



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

“EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL REGIMEN GENERAL DE GARANTIAS EXPLICITAS DE SALUD Y EN LA TABLA DE FACTORES DE RIESGO”

Profesor Guía:

Paulino Varas Alfonso

Autor:

Margarita Martínez Reyes

Santiago, Diciembre 2011

*A Dios y a mis Padres...
seres presentes e incondicionales,
que me entregaron las mejores
herramientas de quien soy*

INDICE

INTRODUCCION	7
CAPITULO I EL DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1980	10
1. Breve reseña histórica de la Salud en la Constitución Política	10
1.1. Periodo de Ensayos Constitucionales	10
1.2. Constitución Política de 1833	11
1.3. Constitución Política de 1925	12
2. La salud en la Constitución Política de 1980	15
2.1 Marco Conceptual	15
2.2 Relación del Derecho de Protección a la Salud con otros derechos fundamentales	17
2.2.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica	17
2.2.2 Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación	19
2.2.3 Derecho a la Seguridad Social	21
2.2.4 Derecho de Propiedad	22
2.3 Relación de artículo 19 n° 9 de la Constitución Política con otros preceptos constitucionales	23
3. Concepto de Salud en la Constitución Política	24
4. Naturaleza jurídica del Derecho a la Protección de la Salud	26
5. Análisis del artículo 19 n°9 de la Constitución Política	28
6. El Derecho a la Protección de la Salud en Tratados Internacionales	33
7. El Recurso de Protección en el Derecho a la Protección de la Salud	37
7.1 Jurisprudencia inicial	38
7.2 Vía indirecta de protección del Derecho a la Protección de la Salud	39
7.3 La acción de protección en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos	41

CAPITULO II	
EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	44
1. Ideas Preliminares	44
2. Funcionamiento del Sistema de Salud	45
2.1 Ministerio de Salud	46
2.2 Subsecretaría de Salud Pública	48
2.3 Subsecretaría de Redes Asistenciales	48
2.4 Instituto de Salud Pública	49
2.5 Secretarías Regionales Ministeriales	50
2.6 Superintendencia de Salud	51
2.7 Fondo Nacional de Salud	54
2.8 Instituciones de Salud Previsional	56
2.9 Central Nacional de Abastecimiento	57
CAPITULO III REGIMEN DE GARANTIAS EXPLICITAS DE SALUD	59
1. Antecedentes históricos de la Ley n° 19.966	59
2. Plan AUGE o GES	63
3. Características del Plan AUGE	64
4. Beneficiarios del Plan AUGE	66
5. Garantías Explícitas de Salud	68
5.1 Garantía de Acceso	69
5.2 Garantía de Oportunidad	69
5.3 Garantía de Protección Financiera	70
5.4 Garantía de Calidad	71
6. Exigibilidad de los derechos creados por la Ley n° 19.966	71
6.1 Mecanismo Administrativo de Exigibilidad Social de la Garantía Incumplida	72
6.2 Mecanismo de mediación contemplado en la Ley n° 19.966	73
6.3 Procedimiento de Arbitraje ante la Superintendencia de Salud	74

6.4 Recursos Judiciales	75
7. Estado del Régimen GES al año 2010	76
7.1. Listas de espera de atención de salud	76
7.2. Rol de la educación y prevención en las enfermedades AUGE	77
7.3. Complementariedad des Sistema Público con el Sistema Privado	78
7.4. Nivel de información de los usuarios AUGE	79
7.5. Crisis de las enfermedades no AUGE	82
7.6. Acceso a los medicamentos	
8. Bono Automático AUGE	83
8.1 Concepto	85
8.2 Características	85
8.3 Funcionamiento	86
8.4 Financiamiento del Bono AUGE	87
8.5 Licitación de Prestadores Privados	88
8.6 Responsabilidad de Prestadores Privados	90
9. ¿Privatización de la Salud o Desmantelamiento del Sector Público?	92
10. El Derecho a la Protección de la Salud en la implementación del Bono Automático AUGE	97

CAPITULO IV LA PROTECCION DE LA SALUD EN LA TABLA DE FACTORES DE RIESGO

DE RIESGO	99
1. Ideas Preliminares	99
2. El Contrato de Salud Previsional	101
2.1 Concepto	101
2.2 Fuente Legal	102
2.3 Características del Contrato de Salud Previsional	104
2.4 Partes del Contrato Previsional de Salud	106
3. Naturaleza Jurídica de la prestación otorgada por las ISAPRES	107
4. Determinación del precio del Plan de Salud	110

4.1 Regulación anterior al año 2005	110
4.2 Regulación a partir del año 2005	111
5. Formación de la Tabla de Factores de Riesgo	113
6. Inconstitucionalidad del Artículo 38 ter de la Ley n° 18.933	117
6.1 Artículo 93 n° 7	117
6.2 Efectos de la Sentencia que Declara la Inconstitucionalidad de una ley	120
6.3 Fallo del Tribunal Constitucional en Causa Rol 1710-2010	123
7. Situación actual de la Tabla de Factores de Riesgo	132
8. La Protección de la Salud en el Proyecto de Ley Corta de ISAPRES II	134
CONCLUSIONES	148
ANEXO	152
BIBLIOGRAFIA	154

INTRODUCCION

“La convicción de que el Derecho a la Salud es un Derecho Humano digno de reconocimiento jurídico, ya sea en el plano nacional o internacional, se encuentra estrechamente vinculado a la idea de que todo ser humano es sujeto de derechos fundamentales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que es deber de todos los gobiernos promover el goce de los mismos...”¹

La Salud se enmarca dentro de las necesidades básicas del ser humano, considerándolo tanto en forma personal como en sociedad. La visión que se ha tenido de la salud en los diversos tiempos ha ido evolucionando conforme cambian los ritmos de vida y los roles de los individuos dentro de una sociedad moderna como la de hoy. De ahí la importancia que tiene dentro de la vida del ser humano, y por tanto, de las políticas que se empleen frente a los desafíos del futuro en esta área.

En el marco de los Derechos Humanos, el derecho a la salud, viene a formar parte de los derechos de segunda generación, pues en las primeras declaraciones de estos derechos, sólo aparecían aquellos relacionados con las ideas de libertad imperantes en la época de su origen, llamados derechos de primera generación. Los derechos de segunda generación, surgen a fines del siglo XIX producto del proceso

¹ BUERGENTHAL, T., Derecho e Instituciones Internacionales sobre Derechos Humanos, en ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, El Derecho a la Salud en las Américas: estudio constitucional comparado, OMS, Washington, D.C, 1989. Página 3.

de industrialización que vivió el mundo, y su correlativa “cuestión social”, y por el carácter de los bienes jurídicos que protegen se denominan “derechos sociales” y pasan a formar parte del listado contenido en la Declaración Universal de Derechos de 1948, los cuales tienen como base los principios de igualdad y solidaridad.

El Derecho a la Salud se reconoce en la Declaración en los términos del artículo 25, que señala que toda persona tiene un derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia, la salud, y el bienestar, y en especial la alimentación, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Los Derechos Humanos universalmente reconocidos por casi la totalidad de los países, adquieren fuerza normativa por medio de disposiciones legales constitucionales, y por medio de Tratados Internacionales. En el caso de Chile, existe un reconocimiento a ellos en los derechos constitucionales plasmados en el artículo 19 de la Constitución, junto con el reconocimiento de diversos tratados que son consagrados.

Las obligaciones que crean estos derechos para los Estados en el marco de los derechos fundamentales contenidos en la Carta Magna de cada uno, son de cuatro tipos: Respetar, Proteger, Promover y Garantizar, las primeras dos son obligaciones inmediatas para el Estado en su ejecución; mientras que las de promoción y garantía, tienen el carácter de progresivas, pues es el Estado quien deberá llevar a cabo políticas públicas que permitan la realización de las mismas.

Chile se caracteriza por ser un país de una estabilidad económica envidiable dentro de América Latina, con altos índices de desarrollo en todas las áreas y en donde los índices de salud mejoran año a año con el pasar del tiempo, debido principalmente a las diferentes políticas de salud y progreso, enfocadas en las

personas, llevadas a cabo desde 1980, cuando empezaron las primeras grandes reformas en salud.

Este trabajo se enfoca principalmente en dos variantes de dichas políticas públicas. La primera de ellas apunta al desarrollo del Régimen de Garantías Explícitas de salud a partir del año 2005 a la fecha, y los desafíos que se han debido enfrentar en la Salud Pública, junto con la implementación del cuestionado Bono Automático AUGE para dar un cumplimiento eficaz a las garantías, constitutivas de derechos, incorporadas en nuestra legislación a partir del año 2005.

La segunda variante, apunta al modelo del contrato de salud previsional en el Sistema Privado de Salud, y específicamente, a la determinación del precio de este, con la tan criticada tabla de factores de riesgo. Esta última, es determinante en las personas, para acceder a las prestaciones de salud del sector privado, tanto así, que en Agosto del año 2010, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los preceptos legales que la estructuraban, por vulnerar, entre otros, el Derecho a la Protección de la Salud.

CAPITULO I

EL DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD EN LA CONSTITUCION POLITICA

La Constitución Política es la norma fundamental de un Estado, siendo el superior jerárquico de todas las leyes. Fija los límites y la organización de los poderes de Estado, y la relación de estos con los ciudadanos, los fundamentos económicos y sociales, y los deberes y derechos de los ciudadanos. Recoge los valores, principios y bienes jurídicos considerados superiores por la sociedad.

1. Breve Reseña a la Historia de la Salud en la Constitución

1.1 Periodo de Ensayos Constitucionales

Con anterioridad a la Constitución de 1833, las constituciones que tuvieron vigencia en Chile, no alcanzaron a durar por mucho tiempo, producto de la inestabilidad económica y social existente en aquél periodo de aprendizaje político.

En el plano de la salud, no se reconoció un derecho propiamente tal a la salud, más bien, en los diversos textos se entendía como una función de diversas autoridades del momento.

Así en la Constitución de 1818, se les encomendó a los cabildos de entonces, el fomento de los hospicios, hospitales y todo lo relacionado al beneficio público.

Luego en la Constitución Moralista de 1823, se le encargó a los Senadores Visitadores, a la dirección de Economía Nacional, los Consejos Municipales, las Municipalidades y a los Regidores distintas funciones dentro del ámbito de su competencia relacionada con la salubridad del país².

Después en la Constitución de 1828, se le encargó a las Municipalidades promover y ejecutar mejoras de salubridad junto con establecer hospitales y a las Asambleas Provinciales inspeccionar la administración de los establecimientos de salubridad³.

De tal modo, que durante este primer periodo de ensayos constitucionales, existe una evidente atención de carácter descentralizada a los medios e infraestructura en el área de la salud existente en ese entonces.

1.2 Constitución de 1833

En la Constitución de 1833 hay una referencia escasa a este derecho, o más aun no existe un reconocimiento explícito como un derecho. Así, en esta Constitución sólo existe mención de la salud en los artículos 151 y 128.

Artículo 151: “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”

Artículo 128: “Corresponde a las Municipalidades en su territorio:

² Constitución de 1823, artículos 58 nº9, 115, 182, 210, 218 y 220

³ Constitución de 1828, artículos 114 nº8 y 122 nº 2 y 6

Nº1: Cuidar de la policía de salubridad, comodidad, ornato y recreo

Nº4: Cuidar de los hospitales, hospicios, casa de expósitos, cárceles, casas de corrección y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban”

Como se ve, en el artículo 151 predomina un concepto de salud pública en relación al interés colectivo; mientras que el artículo 128 manifiesta una leve consideración por el interés individual de las personas por cuanto, permite a las personas con alguna enfermedad tratable en hospital, asegurar un estándar mínimo en los hospitales al cuidado de las municipalidades.

1.3 Constitución de 1925

Durante el gobierno de don Arturo Alessandri Palma se redacta y aprueba la Constitución de 1925, momento en el cual la preocupación por la salud y otros problemas sociales son tema de textos constitucionales.

En esta constitución aparecen las primeras ideas de derechos sociales, y ello se plasma en un primer momento atendiendo a la función social que tiene la propiedad, en este sentido, la salud de los ciudadanos se transforma en un factor que limita el ejercicio del derecho de propiedad y permite al legislador imponer al propietario obligaciones o servidumbres de utilidad pública, como bien lo señala su artículo 10. Así todo, aún explícitamente no aparece un reconocimiento a los derechos sociales propiamente tales en su promulgación, situación que con el tiempo cambio por medio de reformas constitucionales.

La Constitución de 1925 tuvo 10 reformas durante el tiempo que se mantuvo vigente, siendo una de las más importantes la aprobada por la Ley 17.398, del año

1971, que reconoció explícitamente como un deber del Estado garantizar la salubridad pública, estableciéndose la obligación para el mismo, de destinar en forma anual una cantidad de dinero suficiente para mantener el servicio nacional de salud. Además se consagrada explícitamente la garantía de seguridad social a todos los habitantes de la república, poniendo en la palestra los derechos sociales, económicos y culturales. En este camino, quedan a un lado las acciones de los particulares en el ámbito de la salud y la seguridad social, pues el Estado cumple un rol predominante en relación a los derechos sociales.

El 25 de octubre de 1973, mediante Decreto Supremo nº1074, se crea una comisión para que “estudie, elabore y proponga” un anteproyecto de una nueva Constitución Política, a la que en un principio se le denominó “Comisión Ortúzar”, atendiendo a que el presidente de la misma llevaba dicho apellido y de modo oficial “Comisión Constituyente”, la que de su sesión nº 246, pasó a llamarse “Comisión de Estudio de la Nueva Constitución”⁴.

En 1976, se dicta el Acta Constitucional nº3, la cual sustituye casi íntegramente el Capítulo III de la Constitución de 1925 sobre garantías constitucionales. Mediante el Acta el rol del Estado pasa a ser de carácter Subsidiario y no protagónico, contemplándose la libre iniciativa particular en el área de la salud, y por otro lado, más importante aún, se consagra por primera vez en forma explícita el Derecho a la Salud como garantía constitucional, quedando del siguiente modo plasmado:

“Capítulo I: De los derechos y deberes constitucionales

⁴ SILVA BASCUÑAN, A. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, La Constitución de 1980, Antecedentes y Génesis. Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago, 1997. Pág.184

Artículo 1: Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta

Constitucional asegura a todas las personas:

N°19. El Derecho a la Salud.

El Estado asume la responsabilidad de garantizar 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 integradas de salud.

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

Lo anterior significó un gran avance legislativo en el plano de la Salud, pues es el Estado el órgano de la Sociedad que pasa a garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, coordinando y controlando las mismas, con la finalidad de cumplir con el deber de garantizar el Derecho a la Salud a los habitantes de la República.

Por otro lado, el Acta abarca en sus líneas innovaciones en relación a otros derechos que tienen una relación directa con el derecho a la Salud, como son el Derecho a la Vida y a la Integridad Personal y el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. En relación al primero de ellos, se prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos y se protege la vida del que está por nacer; mientras que en relación al segundo de ellos, se fijan los deberes del Estado en la materia y se permite por medio de una ley restringir el ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

2. La Salud en la Constitución de 1980

2.1 Marco Conceptual

La legislación chilena le otorga al derecho a la salud rango de derecho fundamental incorporado en el catálogo de derechos que toda persona posee, en el artículo 19 n°9 de la Constitución, promulgada con fecha 21 de octubre de 1980:

“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 derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.”

Además de su consagración constitucional, este derecho se incorpora a nuestra legislación a través de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, donde es reconocido expresamente. Por mandato de la Constitución estos tratados poseen rango constitucional, al señalar que es deber de

los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales garantizados por los tratados internacionales⁵.

Al hablar de la Salud en la Constitución, encontramos normas de carácter normativas, es decir, no fijan el contenido del derecho, por tanto, es el legislador quien determina su contenido y alcances, en virtud de la Constitución y los Tratados Internacionales. Es por ello, que en el plano de la Salud, para investigar los mecanismos que dan protección a la salud y sus diversas acciones, hay que atender a la forma y condiciones en que se llevan a cabo dichas acciones contempladas en una ley especial para ello.

La norma constitucional sólo resguarda el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, además de señalar que el Estado tiene el deber de garantizar la ejecución de estas acciones, sea que se presten por entes privados o públicos.

Por último, resguarda el derecho a elección entre el sistema público de salud o el privado. Sólo esta última opción, se encuentra resguardada por el recurso de protección. El criterio político que existe en esta disposición, está en que las acciones de promoción, protección, recuperación de la salud y de rehabilitación, cuando sea necesario, sean brindadas por instituciones públicas y privadas, entre los cuales cada persona pueda escoger libremente. A partir de esto, el constituyente establece un inciso que garantice expresamente el derecho a la iniciativa privada en materia de salud, y así el Estado sólo pueda fiscalizar dentro de ese marco.

⁵ Constitución Política de Chile, Artículo 5 inciso 2: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

En el contexto Latinoamericano, el derecho a la salud se encuentra protegido de manera similar. La Constitución de Perú señala que todos tienen derecho a la protección de la salud y que el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud mediante entidades públicas, privadas o mixtas⁶. Otro ejemplo es la Constitución Política de Bolivia, la que en sus artículos 7 y 164, establece la protección a la salud y determina que las condiciones del servicio y asistencias sociales son funciones del Estado y éstas, deberán ser determinadas por la ley⁷.

A diferencia de los ejemplos mencionados con anterioridad, la Constitución Política de Ecuador, señala los medios por los cuales se va a llevar a cabo la protección del derecho a la salud. En su artículo 42 señala *“El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y el saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia”*.

2.2 Relación del Derecho a la Protección de la Salud con otros derechos

2.2.1) Derecho a la Vida y a la Integridad Física y Psíquica

⁶ Constitución Política del Perú. Artículo 7: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. Artículo 11: “El Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad de Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

⁷ Constitución Política de Bolivia. Artículo 7: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: a) A la vida, la salud, la seguridad”. Artículo 164: “La asistencia social es función del Estado. El servicio y la asistencia sociales son funciones del Estado, y sus condiciones serán determinadas por ley. Las normas relativas a la salud pública son de carácter coercitivo y obligatorio”.

El ejercicio del Derecho de Protección a la Salud tiene especial conexión con el derecho a la vida, pues el primero tiene por finalidad, superior y final, la tutela de la existencia misma de una persona, exenta de afecciones, o con las enfermedades inevitables bajo control y en lo posible sin dolor para quienes las padecen⁸.

El derecho a la vida como derecho fundamental se concibe como tal a partir de la Segunda Guerra Mundial, debido a las atrocidades cometidas durante todo el desarrollo del conflicto bélico. Terminada la guerra, en el año 1948 surge la Declaración Universal del Derechos Humanos, la cual señala en su artículo 3 que *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*⁹. A partir de ese momento, la mayoría de los países en procesos de constitucionalización occidental, reconocieron en forma explícita este derecho. La vida humana pasó a tener el valor de un bien jurídico, al cual el derecho objetivo debe dar protección.

Durante las discusiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el derecho a la vida fue considerado como un derecho humano por excelencia y el más importante de todos, sin embargo, no basta con asegurar biológicamente la vida, según señaló Alejandro Silva Bascuñan, lo que hay que asegurar es la vida realmente humana y si no va acompañada del derecho a la integridad física, no se asegura una vida que valga para vivirla¹⁰. En sesiones posteriores se agregó la idea de la integridad psíquica.

⁸ CEA EGAÑA, J., Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías. Editorial Universidad Católica de Chile, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2004 Página 300

⁹ Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos. En http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/es/documents/udhr/index_print.shtml [Visitado el 11 de Junio de 2011]

¹⁰ PFEFFER, E., Manual de Derecho Constitucional, Tomo I. Editorial Ediar-Conosur, 1ª Edición, Santiago 1985. Página 365

Además se protege la vida del que está por nacer. Esto es un mensaje explícito al legislador, ya que agota de antemano una posible discusión respecto a la posibilidad de que se permita el aborto. Por otro lado, proteger la vida del que está por nacer, necesariamente, se relaciona con la protección a la salud de la madre que lleva en su vientre al niño. En Chile existe un control preventivo de las mujeres embarazadas, a las cuales se les educa en alimentación y riesgos del embarazo, junto con llevar un control médico del mismo. De este modo, no se vulnera ni el derecho a la vida, ni tampoco el derecho a la protección de la salud.

El derecho a la vida es presupuesto para la vigencia de los demás derechos fundamentales de la persona, es la base de todo el edificio jurídico. La justificación de este derecho recae en que decir “vida”, importa decir persona o ser humano, ya que resulta imposible distinguir entre el derecho y el sujeto titular del mismo, por el hecho de ser persona se tiene derecho a la vida, pero sin vida no existe persona humana¹¹.

2.2.2) Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación está consagrado en el artículo 19 n°8 de la Constitución Política¹². Este tema ha trascendido a todos los Estados y diversos grupos, que han visto como el crecimiento económico de un país ha tenido como efecto colateral la destrucción del medio ambiente que le rodea, lo que le ha ocasionado diversos trastornos a la vida normal de cada individuo de su sociedad.

¹¹ DE EESTEBAN J. y GONZALEZ-TREVIJANO P., Curso de Derecho Constitucional Español, Tomo II. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993. Página 28

¹² Constitución Política de Chile, Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas: n° 8: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

En una doble visión de este derecho, por una parte debe existir un bienestar derivado del crecimiento y el desarrollo de un país; y por otro, el respeto al entorno en donde se genera ese bienestar, el medio ambiente, pues éste, representa el espacio físico donde se conjugan los diferentes elementos de la naturaleza, los cuales están en constante cambio en atención a las necesidades del ser humano.

En la Ley n° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, define lo que debe entenderse por Medio Ambiente, señalando en su artículo 2 letra II que es *“El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”*. De este modo, no sólo incluye lo que denominamos elementos de la naturaleza, sino también elementos socioculturales. Quedando resguardadas no sólo las áreas propiamente tales de la naturaleza, sino también las obras del ser humano como la ciudad y áreas urbanizadas.

El legislador entiende que el medio ambiente incontaminado no es aquel en que la contaminación es inexistente, sino aquél en que la contaminación se mantiene a niveles aceptables¹³. De ahí que el Estado asume velar por el cuidado de la naturaleza en su preservación y no afección.

El recurso de protección resguarda este derecho, y sólo es procedente cuando se trata de un acto u omisión, arbitrario o ilegal e imputable a una autoridad o persona determinada.

¹³ BERMUDEZ, J., El Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso n°XXI, Valparaíso, Chile, 2000. Página 21.

Nuevamente llegamos a la conclusión de que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tiene un efecto directo en el derecho a la protección de la salud, e indirecto al derecho a la vida. El medio ambiente libre de contaminación no atenta contra la salud de las personas, lo que a la vez, resguarda el derecho a la vida misma.

2.2.3) Derecho a la Seguridad Social

La Constitución Política establece el derecho de todas las personas a la Seguridad Social, por cuanto el Estado debe garantizar el acceso a todos los habitantes a las prestaciones básicas uniformes, a cargo de instituciones públicas o privadas¹⁴.

La Seguridad Social está estrechamente vinculada a la Protección de la salud se manifiesta en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad entre otros, que les impidan a quienes los experimentan obtener mediante el trabajo los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar¹⁵.

La seguridad social tiene como objetivo que exista una entrega de prestaciones que vayan en beneficio de las personas que viven ciertos estados de necesidad. Con ello, se intenta cautelar un nivel de vida digna de las personas que se encuentran en estado de necesidad, y esta cautela, debe ser de modo general, integral, y si es posible, uniforme.

¹⁴ En <http://www.mtin.es/es/mundo/consejerias/chile/pensiones/SSArg.htm> [Visitado el 17 de Junio de 2011]

¹⁵ Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 1710-2010, considerando 136°.

Actualmente la Seguridad Social Chilena tiene cobertura frente a las siguientes contingencias: Seguro de Accidentes Laborales y Enfermedades Profesionales, Asignación Familiar, Subsidio de Cesantía, Licencias Médicas, Subsidio Único Familiar y Pensiones Asistenciales.

Los diferentes estados de necesidad que derivan de enfermedad, edad, cesantía y muerte, hacen posible que la Seguridad Social entregue las herramientas necesarias para enfrentar dichas circunstancias con una mayor dignidad y adecuado tratamiento.

2.2.4) Derecho de Propiedad

El derecho de propiedad se relaciona con el derecho a la protección de la salud, en su función social. El artículo 19 n°24 inciso segundo de la Constitución Política señala que *“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”*.

Los intereses generales de la nación se refieren tanto al país en su totalidad como en zonas determinadas; la seguridad nacional comprende la prevención de riesgos y amenazas contra la independencia nacional; la utilidad pública apunta al desarrollo y provecho que pudiera tener toda la comunidad; la conservación del patrimonio ambiental tiene relación con la preservación de la flora y fauna nacional.

Como límite del ejercicio del derecho de propiedad, salubridad pública quiere decir que en cuanto sea conveniente para la salud, o bien resulta ser funcional y adecuado para fomentarla o aumentar el disfrute de ella¹⁶.

La enumeración anterior es taxativa, por cuanto no puede una ley ni menos una autoridad pública contemplar otras ni tampoco descartarlas.

2.3 Relación de Artículo 19 n°9 de la Constitución con otros preceptos constitucionales

Existen otras disposiciones que no se vinculan directamente al reconocimiento de otros derechos sociales relacionados con la salud, pero que de todos modos tienen incidencia en ella pues apuntan principalmente al modo de accionar del Estado. Una de ellas de ellas, y la en definitiva traza el actuar del Estado es el artículo 1 de la Constitución:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización tanto espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

¹⁶ CEA EGAÑA. Op. cit. Página. 539

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

El artículo 1 de la Constitución Política, consagra la el respeto por la dignidad del ser humano, tanto así que además de encabezar el cuerpo normativo, irradia dicha idea en todo el articulado que le sigue. De ahí se sigue, que la protección a la salud, necesariamente está vinculada a esta dignidad de la persona, que el Estado debe propender a resguardar.

Además se fortalece la idea del Bien Común al que debe propender el accionar del Estado y sus organismos, y esta finalidad va de la mano con el bienestar de las personas, el cual, depende de varios factores, como laborales, habitacionales, sociales y de salud. Sin esta última, el ser humano difícilmente puede llevar a cabo las labores y metas propuestas para sí. De ahí entonces, la importancia de las acciones que realice el Estado para mantener y mejorar las actuales condiciones de salud imperantes, en todas las áreas de ésta existentes en Chile.

3. Concepto de Salud

En el Diccionario de la Real Academia Española la Salud se define como “Un estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones, entendiéndose por funciones el ejercicio de un órgano o aparato de los seres vivos, máquinas o instrumentos”¹⁷

¹⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992. Página 308.

La Organización Mundial de la Salud define la Salud como “un estado completo de bienestar físico, psicológico y social, y por lo tanto, ello no sólo cubre la ausencia de padecimiento o enfermedad”.

El concepto de salud utilizado en la Constitución tuvo su origen en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, y ella resultó de los antecedentes que envió el Ministerio de Salud de la época. Antecedentes que textualmente señalaban: “El concepto de salud ha experimentado un cambio notable en los últimos años, de la concepción que concebía a la salud como la simple ausencia de una enfermedad física reconocible por signos y síntomas, imperante hasta hace algún tiempo, el concepto amplía hasta abarcar aspectos psicológicos y de una clara connotación social. Emerge la salud como algo positivo de tal manera que las acciones que estaban limitadas a la recuperación, se amplían a otros campos, como ser la promoción, la protección, la recuperación y la rehabilitación”¹⁸.

Así, la Salud puede ser entendida en un concepto amplio o restringido. En el restringido, es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones; en el amplio, la salud se refiere al estado de completo bienestar físico, mental y social, no únicamente a la ausencia de enfermedades, minusvalías y dolencias, sean físicas o psíquicas¹⁹. La historia fidedigna de la Constitución, permite afirmar que en ella se sigue la concepción amplia de la Salud, sin embargo, la jurisprudencia se ha inclinado por el sentido restringido.

Ahora bien, la Constitución utiliza la expresión “Derecho a la *Protección de la Salud*”, a diferencia de lo que ocurrió a partir de 1976, y esto es así porque la salud es un bien jurídico que el ordenamiento por sí sólo no puede garantizar, pues ella depende de varios factores que no pueden ser controlados en su totalidad por el

¹⁸ BULNES, L. El Derecho a la protección de la Salud en la Constitución de 1980, Gaceta Jurídica n° 195, Santiago, Enero 2005. Página 17.

¹⁹ CEA EGAÑA, Op. cit Página 308

accionar del Estado, y de ahí la idea de que éste sólo puede ejecutar medidas tendientes a impedir que se deteriore o pierda el estado de salud que una persona posea. En otras palabras, pensar en una idea de Derecho a la Salud, resultaría utópico, ya que cualquier enfermedad de la magnitud que fuera tendría el carácter de inconstitucional.

Jaime Guzmán en la Comisión Constituyente señalaba entonces: “Nadie tiene derecho a la salud, pues ese derecho no se puede reclamar de nadie. Prueba de ello, es el hecho de que repentinamente las personas se enferman y se mueren y, por cierto, ese derecho lo pierden sin que nadie lo haya quebrantado”²⁰.

4. Naturaleza Jurídica del Derecho de Protección a la Salud

El derecho consagrado en el artículo 19 n°9 de la Constitución Política, es un derecho fundamental. Para saber lo que es un derecho fundamental, el profesor Pablo Ruiz Tagle clasifica las doctrinas en intuitivas y razonadas.

Las doctrinas intuitivas lo entienden como un derecho constitucional que se concibe como encerrado en sí mismo o como inspirado en consideraciones extra-constitucionales que no se hacen del todo explícitas, por ejemplo, asumiendo como propias doctrinas de origen pontificio o basadas en encíclicas papales y aceptando su aplicación muchas veces inmediata. En este sentido, no responderían a criterios de derecho positivo, sino a consideraciones extrajurídicas. De modo que todos los conflictos que se plantean entre los derechos fundamentales se deben solucionar de

²⁰ Actas Constitucionales, Sesión 190. Página 11.

una misma manera, y que todos los órganos deben resolver estos conflictos del mismo modo sin discriminar entre diversos tipos de procedimientos²¹.

José Luis Cea cree que la solución a los conflictos entre estos derechos, radica en la idea de jerarquía entre los derechos fundamentales. Es su opinión que “En la enumeración del artículo 19 de la Carta Política no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir, la secuencia jerárquica ya anunciada. Y lo mismo cabe decir del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos. En la Constitución de Chile esa secuencia consta en la historia fidedigna”²².

Por otro lado, las doctrinas razonadas, no justifican estos derechos en principios iusnaturalistas, más bien, los entienden como parte del ordenamiento jurídico en la medida que son consagrados constitucionalmente. En cuanto a la colisión de los derechos, reemplaza la idea de una jerarquía, por la de un balance y delimitación entre todos ellos.

El Tribunal Constitucional, ha reconocido esta postura en una sentencia en la cual dispuso: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella”²³.

²¹ RUIZ-TAGLE, Pablo. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile, *Revista de Derecho Público*, (63), Santiago, 2002. Página 183.

²² CEA EGAÑA, J., *El Sistema Constitucional de Chile: síntesis crítica*. Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral, Valdivia, 1999. Página 174

²³ Fallo del Tribunal Constitucional, “Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones”. Rol N° 33, 24 de septiembre de 1985.

La doctrina razonable fundamenta de un modo más completo y balanceado los derechos fundamentales, principalmente, porque al entenderlos de ese modo, no se deja sin eficacia otro, lo que sí ocurriría si se acepta la doctrina intuitiva. Tanto así, que entender a la Constitución como un conjunto de normas armónicas entre sí, permite, delimitar a su vez cada uno de sus preceptos.

Partiendo de la teoría razonable, Agustín Squella define a los derechos fundamentales como “aquellos derechos humanos consagrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos de los Estados, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”²⁴.

5. Análisis del Artículo 19 n°9 de la Constitución Política

i) Derecho a la Protección de la Salud

Como recién mencioné en nuestra constitución se garantiza el derecho a la protección de la salud y no a la salud misma.

Según la opinión del Sr. José Ignacio Vásquez esta distinción conceptual de Derecho a la Salud y Derecho a la Protección de la Salud, no se materializó al azar por la Comisión de Estudio de la Nueva, ya que a este derecho se le asignó un rango distinto, pues no fue conferido como un derecho social, sino más bien como un derecho individual. Lo anterior, implica especialmente una libertad o un derecho de autonomía

²⁴ SQUELLA, A., Introducción al derecho. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000. Página 159.

lo que lleva a establecer una limitación a la acción del Estado frente a la esfera individual²⁵.

La protección de la Salud abarca consigo una doble esfera, por un lado, está la función del Estado como organismo que propende al fortalecimiento de la salud de la población a través de acciones de salud preventivas, curativas y de rehabilitación, acompañado de políticas educacionales y preventivas; mientras que del otro lado, está el actuar de los individuos en sociedad, de modo tal, de evitar la exposición inapropiada a situaciones que pueden repercutir en la salud en forma negativa o evitar acciones u omisiones de terceros que puedan resultar dañinas para la salud.

- ii) *El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*

Este es el primer deber que tiene el Estado en materia de Salud. Tener libre acceso quiere decir que no se le puede restringir a una persona el acceso a cualquier tipo de prestación de salud que necesite, ni tampoco restringir el beneficio que puede reportarle alguna acción del Estado a favor de la sociedad. Un Ejemplo de esto son las campañas de vacunación masivas para prevenir enfermedades.

Por otra parte, igualitario apunta a que la prestación requerida se entregue sobre la base de la igualdad de los beneficiarios, ello quiere decir, que no existan discriminaciones arbitrarias ni privilegios.

²⁵ VASQUEZ MARQUEZ, J. , El déficit garantístico del Artículo 19 n°9 de la Constitución, en Actas XXXIV, Jornadas de Derecho Público, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005, Página 396

Los tipos de acciones de salud por parte del Estado o sus organismos son:

- *De Promoción:* Son las que crean, modifican o elevan las condiciones para que una persona no esté en peligro o disminuyan los daños en su salud, es decir, fomentan atenciones y cuidados respectivos. De este tipo son por ejemplo las campañas educativas sobre prevención, higiene y salubridad.
- *De Protección:* Son las que establecen métodos preventivos con la finalidad de resguardar la salud de los grupos más expuestos a una determinada patología o deterioro en su salud. Las campañas masivas de vacunación y decomiso de alimentos en mal estado, representan acciones de protección a la salud.
- *De Recuperación:* Son las medidas directas que se llevan a cabo para que una persona recupere su estado normal de salud. En general, se refiere a todas las prestaciones médicas otorgadas por ejemplo en hospitales, en aras de la recuperación de un paciente.
- *De Rehabilitación:* Apuntan a entregar los mecanismos necesarios para personas accidentadas, que han perdido un miembro o lo han visto disminuido.

- iii) *Le corresponderá asimismo la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud*

Este deber dice relación con la institucionalidad existente en materia de salud, tanto del sector público como del privado.

Coordinar significa establecer y seguir un orden entre las instituciones públicas y privadas, para lograr una integración mutua de sus esfuerzos en la tarea común que ambos tienen. De ello se deduce que es concertar medios, de origen estatal y social, en una sinergia que busca lograr el mayor éxito posible en el otorgamiento de las acciones de salud. Controlar, consiste en observar con sentido de inspección o vigilancia, el funcionamiento del sistema, adoptando o sugiriendo las medidas correctivas del caso²⁶.

- iv) *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 l ley, la que puede imponer cotizaciones obligatorias*

En este precepto, se refleja fuertemente la idea del constituyente de evitar la existencia de un sistema estatal único que pudiera ser fuente de dominación política o ideológica y cautelar la necesaria intervención del Estado, que ha de ser siempre relevante en ciertas acciones de salud, pero evitando impedir un monopolio estatal de prestaciones de salud²⁷.

²⁶ CEA EGAÑA, J, Op. cit. Página 310

²⁷ BULNES L., Op. cit Página 9

El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función, que ella es esencial dentro de la protección a la salud. Garantizar implica dar certeza a cualquier titular del derecho, que las acciones de salud serán otorgadas sin discriminación cuando se requiera de ellas. La obligación consiste en garantizar dicha ejecución ya sea por instituciones de salud pública o privada.

El cumplimiento de este deber, se lleva a cabo a través de distintos organismos que tienen dentro de sus funciones principalmente las de fiscalizar y coordinar. Entre las Leyes más importantes en esta materia están la Ley n° 18.469 y la Ley n° 18.933, respecto de las cuales se tratará más adelante.

Se termina señalando que la ley puede imponer cotizaciones obligatorias, que son muchas veces un requisito indispensable para acceder a estas acciones. La cotización es la cuota o parte de los gastos de la seguridad social que, el beneficiario correspondiente, debe pagar contribuir al financiamiento del sistema de salud. Ahora bien, por consideraciones de indigencia o necesidad, más otras consideraciones similares, el Estado siempre el primer llamado a prestar las acciones de salud, pudiendo hacerlo en forma gratuita.

- v) *Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste, estatal o privado*

Este inciso consagra el derecho a elección que está resguardado por la procedencia del recurso de protección en caso de su privación, perturbación o amenaza. Es un típico derecho individual que es producto de la libertad del ser humano, principio rector que inspira nuestra Constitución Política.

La libertad que se asegura no sólo dice relación a la opción de elegir entre el sistema público o privado, sino que además, una vez elegido el sistema que le sea más conveniente a la persona, se le garantiza el libre acceso a él en un plano de igualdad con todos los que demanden atención del sistema. Sin embargo, como veremos más adelante, esta elección no está exenta de circunstancias que terminan por minimizar la garantía, ya que por ejemplo, la tabla de factores de riesgo del contrato de salud privado, representa un atentado al precepto constitucional.

6. El Derecho a la Protección de la Salud en Tratados Internacionales

El Derecho a la Salud está consagrado en numerosos tratados internacionales de Derechos Humanos y en las constituciones de países de todo el mundo²⁸. La importancia de ellos radica en que según la Constitución Política de Chile ellos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1969, fue suscrito por Chile el 16 de Septiembre de 1978 y publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989, señala en su artículo 12:

“1. Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

²⁸ Según la Organización Mundial de la Salud, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/index.html> [Visitado el 19 de Julio de 2011]

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y a lucha contra ellas;*
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad”*

Para aclarar y hacer operacional las medidas enumeradas el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas que supervisa el cumplimiento del Pacto, adoptó una observación general en el año 2000, sobre el derecho a la salud.

La observación efectuada señala que el derecho a la salud no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también, los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, el acceso a los medicamentos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva²⁹.

En tal sentido, el derecho a la salud abarca cuatro elementos:

²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n° 14

1. Disponibilidad: Apunta a contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, junto con políticas y programas de salud, que velen por el fortalecimiento de esta.
2. Accesibilidad: Los bienes públicos pertenecientes a la rama de la salud son accesibles a todas las personas del Estado Parte, y en este sentido, no debe existir discriminación y debe haber accesibilidad física, económica y de información.
3. Aceptabilidad: Los establecimientos de salud, deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, y en torno a la persona, sensibles a los requisitos de ésta y su ciclo de vida.
4. Calidad: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser de una calidad óptima, desde el punto de vista científico y médico.

En el contexto regional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Salvador el 17 de Noviembre de 1988, suscrito por Chile el 5 de junio de 2001, señala en su artículo 10 titulado “Derecho a la Salud”:

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. *La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;*
- b. *La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;*
- c. *La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;*
- d. *La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;*
- e. *La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud;*
- f. *La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.*

En este tratado, se puede apreciar la idea existente en torno a la educación de las personas, en el constante trabajo que tiene el Estado de proporcionar los servicios de salud básicos para la población. Más adelante en este trabajo, se podrá observar la importancia que tiene para la población este aspecto determinante en la salud de las personas.

Además de los tratados mencionados, la salud como un derecho esencial de las personas está reconocido en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1979, ratificada por Chile el 10 de Diciembre de 1989, en donde existen disposiciones protectoras referentes a la salud en las mujeres embarazadas, en cuanto a garantizar su atención y acceso a los servicios de parto, parto y postparto. Además encontramos disposiciones en torno a la salud en la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Chile en

1990, en ella existen normas referentes a la salud de los niños y al compromiso de los Estados Partes de disminuir la mortalidad infantil y mejorar los índices sanitarios que inciden en ella.

7. El Recurso de Protección y el Derecho a la Protección de la Salud

El artículo 20 de la Constitución Política, contempla el Recurso de Protección, para resguardar determinados derechos fundamentales contemplados en el artículo 19, frente a perturbaciones o privaciones que puedan sufrir como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de autoridades o particulares.

Francisco Zúñiga U. y Alfonso Perramont S. definen el Recurso de Protección como *“una acción constitucional que permite a la persona que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales, ocurrir a una Corte de Apelaciones, con el objeto de impetrar la adopción de las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar su protección, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los Tribunales de Justicia”*³⁰.

Dentro de la enumeración taxativa del artículo 20 de la Constitución Política, se establece la procedencia del Recurso de Protección a la libertad para elegir a qué sistema de salud acogerse, más no al Derecho a la Protección de la Salud misma. Esto, se traduce en un resguardo ineficiente por vía del recurso respecto del Derecho a la Protección de la Salud propiamente tal.

³⁰ ZUÑIGA URBINA, F., Y PERRAMONT SANCHEZ, A., Acciones Constitucionales, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, página 74

El Derecho a la Salud constituye uno de los derechos sociales que, para la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, no constituía genuinamente un derecho, sino que una aspiración, pretensión o expectativa de llegar a gozar de un determinado derecho; por lo tanto, no es dotado de una acción constitucional concreta en su total extensión, ya que su eficacia resulta de la exigencia que todos los habitantes y personas del país pueden hacer al respecto de él al Estado en cuanto a su cumplimiento, transformándose en un deber para éste e incluso para los privados o particulares en quienes se delega el otorgamiento de las prestaciones y acciones³¹.

La jurisprudencia de las cortes, en una perspectiva restrictiva, del artículo 20 de la Constitución, protege derechos individuales y algunos derechos sociales como el derecho a sindicarse y el derecho a escoger el sistema de salud que la persona considere conveniente, derechos que no dicen relación con la actividad económica del país.

7.1 Jurisprudencia Inicial

Desde la entrada en vigencia de la Constitución Política, en los tribunales de justicia, se negaba la procedencia del recurso de protección para amparar el Derecho a la Protección a la Salud, en forma categórica. Esta visión fue muy cerrada durante los primeros años de vigencia de la Constitución, señalando la Corte Suprema en sentencia de día 14 de Diciembre de 1987, que “El Derecho a la Protección de la Salud asegurado en el n°9 del artículo 19 de la Constitución no está asegurado por el Recurso de Protección, salvo en cuanto a elegir el sistema de salud a que las personas deseen acogerse³²”. Esta concepción se mantuvo hasta poco más del año 2000.

³¹ VASQUEZ MARQUEZ J., Op. cit. Página. 396.

³² BULNES L., Op. cit. Página 21

El año 2001, un grupo de enfermos de VIH interpuso un recurso de protección³³ en contra del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente y del Ministerio de Salud, con la finalidad de que los recurridos entregaran los medicamentos necesarios para su enfermedad, junto con el monitoreo constante de ella, atendiendo al Derecho a la Vida y a la Igualdad ante la Ley, una vía indirecta para garantizar el la protección de la salud. El argumento de los ministros para rechazar el recurso se basó en la idea de que sería atentatorio contra la igualdad ante la igualdad ante la ley el hecho de entregar los medicamentos requeridos por el sólo hecho de pedirlos mediante amparo constitucional (considerando 5°), y ello en el sustento de que la protección estatal a la salud se encuentra contemplada como garantía constitucional en el artículo 19 n° 9, y de éste, lo único incluido en el recurso de protección es el inciso final, referido a que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado, lo que no era asunto de autos (considerando 7°).

7.2 Vía indirecta de protección del Derecho de Protección a la Salud

i) Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de una persona

De una negativa general a acoger el recurso de protección por vía directa para resguardar el Derecho a la Protección de la Salud, la Jurisprudencia avanzó en post de su aceptación, pero ello sólo fue posible por la vía indirecta, es decir, solicitando la protección de otros derechos resguardados por el recurso de protección, para que en último lugar el Derecho a la Protección a la Salud, resultara beneficiado. El mecanismo directo a utilizarse, es la vulneración del Derecho a la Vida y a la Integridad Física y Psíquica de una persona y en último lugar, en determinados casos, el Derecho a la Propiedad.

³³ Corte Suprema, Rol n° 2599-2001

Un ejemplo de esto es el recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Copiapó (Rol n° 3.569) caratulado “Luz Hidalgo, Omar, Director del Hospital de Copiapó por Muñoz Bravo, Luis con Bravo Bravo, Luzmenia”, el cual fue finalmente aceptado, referido a transfusiones de sangre en un menor Testigo de Jehová. En el considerando 6° del fallo señala “que si bien es cierto que nuestra Constitución asegura a todas los habitantes la liberta de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (..) el cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados porque la recurrida solicitó atención médica para su hijo, a fin de preservar su salud y conservar su vida, disponiendo el hospital de los elementos humanos y materiales para que el paciente pudiera recuperar su salud y mantuviera su vida”³⁴. En este sentido, se privilegió el derecho a la vida, y finalmente, pudo asegurarse la protección a la salud de la paciente.

En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de Agosto de 1984, en donde se acoge una acción de protección interpuesta por don Fernando Rosas Vial, se señala “que la integridad corporal y la salud, no constituyen para el hombre bienes disponibles, de donde se desprende que un atentado en contra de estos bienes, es por lo menos arbitrario e injusto”³⁵, haciendo una relación directa entre la vida y la salud.

ii) Derecho de Propiedad

Dentro de las vías indirectas del recurso de protección para resguardar el Derecho a la Protección de la Salud, el Derecho de Propiedad consagrado en el artículo 19 n°24, ha resultado ser eficiente.

³⁴ GOMEZ BERNALES, G., Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Editorial Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005. Página 274.

³⁵ BULNES, L., Op. Cit. Página 24

Ejemplo de esto es el recurso de protección acogido por la Corte Suprema el día 1 de Agosto de 2005 (Rol 3345-2005), en cuyo considerando 9° señala “que de lo expuesto se puede colegir que, en lo tocante a lo que se ha llamado adecuación del contrato respectivo, la ISAPRE ING, actuó arbitrariamente al revisar el precio del plan del actor y proponer las modificaciones indicadas en la correspondiente comunicación, dicha arbitrariedad importa afectar directamente el derecho a la propiedad del recurrente, desde que lo actuado importa una disminución concreta y efectiva del patrimonio de ésta...”.

Similar criterio entregó la sentencia de 19 de octubre de 2006 (Albornoz Argandaña, Waldo con ING S.A) en que la Corte Suprema estimó en su considerando 5°, que la recurrida, al revisar los precios del plan del recurrente y proponer las modificaciones, procedió sin que se hubieran producido las variaciones en cuya virtud pudo válidamente actuar, afectando con ello su derecho de propiedad desde que lo actuado importa una disminución concreta y efectiva de su patrimonio.

Las jurisprudencias señaladas, dan una idea de la necesidad de reformar la Constitución Política, para hacer efectiva la protección del derecho consagrado en el artículo 19 n°9 en su totalidad.

7.3 La Acción de Protección en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos³⁶, conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica es una de las Bases del Sistema Interamericano. Los

³⁶ Suscrita el 22 de Noviembre de 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica. Entró en vigencia el 18 de Julio de 1978 y fue ratificada por Chile el 10 de Agosto de 1990.

Estados partes se comprometieron a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 25 de la Convención señala que:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

Como ya señalé anteriormente, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla el derecho a salud, en diversas manifestaciones. Por tanto, si relacionamos ambos artículos, podemos concluir que el Estado de Chile está obligado a cumplir de buena fe la norma convencional que

exige la protección de tales derechos fundamentales sin discriminación alguna, contando los mecanismos judiciales para hacerlos efectivos.

Con esto, resulta clara la necesidad de ampliar el recurso de protección o de crear una nueva acción que tenga por finalidad proteger directamente el derecho a la salud, que sí está consagrado en la Convención referida, y que tiene plena validez, por cuanto, no es contraria a la Constitución Política del país, sino que, podría decirse que la complementa en la protección y consagración de derechos fundamentales.

CAPITULO II

EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. Ideas Preliminares

A continuación se hará una breve explicación del funcionamiento del Sistema de Salud chileno, tanto público como privado, a fin de exponer principalmente las funciones que cada organismo realiza dentro de él, para luego en los siguientes capítulos asociar de mejor forma el rol de las diferentes Instituciones dentro del marco del Régimen de Garantías Explícitas de Salud y la Tabla de Factores de Riesgo en los Contratos de Salud Previsional, objetos de éste trabajo.

El sistema nacional de salud es de carácter mixto, compuesto por financiamiento y prestadores de salud, públicos y privados. Por las características que posee ha sido calificado como uno de los mejores y más confiables de Latinoamérica³⁷.

La Prestación de los servicios también es mixta, la gran mayoría de los establecimientos de primer nivel de atención de salud dependen administrativamente de las municipalidades, mientras que los hospitales están bajo la dirección de los Servicios de Salud.

Entonces, podemos decir que el sistema de salud chileno, está compuesto por dos subsistemas que son:

³⁷ Según la Organización Mundial de la Salud, por resolución emitida en junio de 2008

- El sistema de Salud Público, cuyo marco legal está dado por el Decreto Ley n° 2763 y la Ley n° 18469, actuales Libro I y II del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud.
- El sistema de Salud Privado, cuyo marco legal se encuentra en la Ley n° 18.933 y el Decreto con Fuerza de Ley n° 44 que “fija las normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.

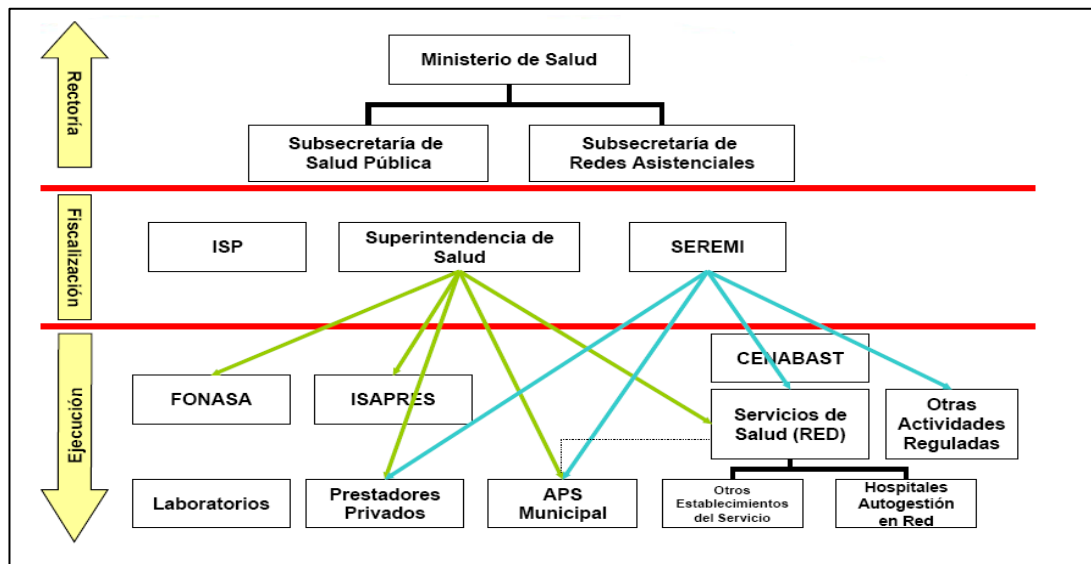
A ambos subsistemas, pueden agregarse el sistema de salud ocupacional, relacionado con la regulación y administración del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades previsionales amparados en la ley n° 16.744; y el sistema compuesto por los organismos de las Fuerzas Armadas y Carabineros, las cuales cuentan con sistemas previsionales cerrados que benefician al personal activo y pasivo de sus filas.

2. Funcionamiento del Sistema de Salud

El Ministerio de Salud se encuentra en la cúspide de la organización de la salud en el país. A su cargo se encuentran las Subsecretaria de Salud Pública y la Subsecretaria de Redes Asistenciales. En un trabajo conjunto llevan a cabo el establecimiento de normas y directrices de la organización del sistema.

En el área de fiscalización están el Instituto de Salud Pública, la Superintendencia de Salud y las Secretarías Regionales Ministeriales, estas últimas llevan a cabo el proceso de fiscalización regional, producto de la descentralización del Sistema de Salud, sobre los prestadores privados de salud, los centros de atención primarios de salud municipal y los Servicios de Salud. La Superintendencia

de Salud ejerce funciones fiscalizadoras sobre el Fondo Nacional de Salud, las Instituciones de Salud Previsional, las APS municipales y los servicios de Salud.



2.1 Ministerio de Salud

El Ministerio de Salud es un organismo estatal encargado de ejercer la función que le corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo; así como coordinar, controlar, y cuando corresponda, ejecutar tales acciones³⁸. De este modo, le corresponde formular, fijar y controlar las políticas de salud. Está integrado por el Ministro, la Subsecretaría de Redes Asistenciales, la Subsecretaría de Salud Pública y las Secretarías Regionales Ministeriales.

En materia de rectoría le corresponde:

³⁸ Artículo 1 de Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de año 2005 del Ministerio de Salud

- Formular, controlar y evaluar planes y programas generales en materia de salud.
- Definir los objetivos sanitarios nacionales. Los objetivos nacionales estaban establecidos para el año 2010³⁹, y actualmente existe una mesa de trabajo para determinar los objetivos sanitarios para el 2017.
- Coordinar y orientar todas las actividades del Estado relativas a la provisión de acciones de salud, de acuerdo a las políticas que se fijen.

Los programas básicos del Ministerio de Salud así como los respectivos subprogramas, se han estructurado con enfoques integrales, que incorporan en su diseño acciones de promoción, prevención, curación y rehabilitación. Entre los programas de prevención específicos destacan los de vacunación, alimentación complementaria, control de los trastornos respiratorios y prevención de los accidentes de tránsito, entre otros.

En el marco normativo, al Ministerio de Salud le corresponde principalmente dictar normas generales sobre materias técnicas, administrativas y financieras a las que deberán ceñirse los organismos y entidades del sistema de salud, junto con establecer estándares mínimos que deben cumplir los distintos prestadores de salud existentes.

Por otro lado, está a cargo de llevar a cabo, la acreditación de los prestadores de salud, que cumplan con los estándares mínimos exigidos. Para ello se basa en el Reglamento del Sistema de Acreditación para los Prestadores de

³⁹ Objetivos Sanitarios para el 2010: a) Mejorar los logros sanitarios alcanzados, b) Enfrentar los desafíos derivados del envejecimiento y de los cambios de la sociedad, c) Disminuir las desigualdades y d) Prestar servicios acorde a las expectativas de la población.

Instituciones de Salud, Decreto Supremo n° 15 del año 2007, publicado en el Diario Oficial el 3 de julio de 2007.

2.2 Subsecretaría de Salud Pública

El objetivo principal de la Subsecretaría de Salud Pública es asegurar a todas las personas el Derecho de Protección a la Salud. Ejerce funciones reguladoras, normativas y fiscalizadoras que le competen al Estado, para contribuir a la calidad de los bienes públicos⁴⁰.

Principalmente su actividad se centra en ser un apoyo en la gestión que desarrolla el Ministerio de Salud, desarrollando políticas públicas que fomenten estilos y hábitos de vida saludables, a través del fortalecimiento de los programas de prevención y promoción de la salud. Además busca fortalecer las políticas públicas orientadas a la reducción de inequidades de los grupos en riesgo social, mediante acciones y programas focalizados, para mejorar su calidad de vida.

Por último, en relación al Plan AUGE, busca optimizar la implementación del régimen de garantías, creando herramientas para favorecer un mejor ejercicio de los Derechos y Garantías estipulados.

2.3 Subsecretaría de Redes Asistenciales

Tiene por finalidad regular y supervisar el funcionamiento de las redes de salud, mejorando el sistema de gestión en red de los servicios de salud, a través de

⁴⁰

En http://www.minsal.gob.cl/portal/url/page/minsalcl/g_conozcanos/g_subs_salud_publica/preseleccion_subs_salud_publica.html [Visitado el 22 de Junio de 2011]

políticas, planes y programas de coordinación y articulación, en el marco de los objetivos sanitarios del país.

Mejorar el modelo de gestión de red en los Servicios de Salud, en las distintas áreas de la salud es uno de sus objetivos, con el fin de aumentar la eficiencia, eficacia y efectividad en la resolución de los problemas de salud de la población.

El Subsecretario de Redes Asistenciales es el superior jerárquico de las secretarías regionales ministeriales, en las materias de su competencia, y de las divisiones, departamentos, secciones, oficinas, unidades y personal que corresponda dentro de las materias que le competen.

2.4 Instituto de Salud Pública

Es un servicio público funcionalmente descentralizado, que posee autonomía de gestión y está dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, dependiendo del Ministerio de Salud para la aprobación de sus políticas, normas y planes generales de actividades, así como en la supervisión de su ejecución.

Su misión es contribuir al mejoramiento del sector salud y de la población, garantizando calidad de bienes y servicios, a través de la fiscalización y la normalización.

2.5 Secretarías Regionales Ministeriales

Las secretarías regionales ministeriales, representan al Ministerio de Salud en cada Región, ejerciendo por lo tanto las funciones de este en forma descentralizada.

Sus principales funciones son:

1. Velar por el cumplimiento e implementación de los programas y políticas nacionales en salud, en la respectiva región que tienen a su cargo.
2. Llevar a cabo las acciones para la protección de la salud producto de los riesgos que puedan producirse del medio ambiente, y las que tengan por finalidad la conservación, mejoría y recuperación de los elementos básicos del ambiente que inciden en la salud. Ello, velando por el cumplimiento de las disposiciones del Código Sanitario y demás reglamentos que se relacionen.
3. Fiscalizar y otorgar acreditación a entidades privadas en los casos que señale la ley y los reglamentos, y en aquellos casos que le sean recomendadas por otros organismos públicos.
4. Evaluar el nivel de cumplimiento de las metas fijadas a las entidades administradoras de salud municipal y sus establecimientos, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley n° 19.813.

2.6 Superintendencia de Salud Previsional

La Superintendencia de Salud Previsional es el sucesor legal de la Superintendencia de ISAPRES. Comenzó su funcionamiento el 1 de enero del año 2005, conforme a la Ley n° 19.937 de Autoridad Sanitaria, la que sienta las bases de su institucionalidad en el Sistema de salud chileno.

El artículo 6 de la Ley n° 19.937 señala que la Superintendencia de Salud Previsional es un organismo funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud, y que se encuentra afecta al Sistema de Alta Dirección Pública establecido en la Ley n° 19.882.

Su misión es:

- Supervigilar y controlar a las instituciones de salud previsional en los términos de la Ley n° 19937 y la Ley n° 18.933, velando por el cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley referente al Régimen de Garantías de Salud y los contratos de salud, entre otros.
- Supervigilar y controlar al Fondo Nacional de Salud en todas las materias que se relacionan con los derechos que tienen los beneficiarios de la ley 18.469 en las modalidades de atención institucional, libre elección, y en lo relacionado al Régimen de Garantías Explícitas de Salud.
- La fiscalización de todos los prestadores de salud públicos y privados, sean estas personas naturales o jurídicas, respecto de su acreditación y

certificación, y de la mantención del cumplimiento de los estándares de acreditación.

En cuanto a sus facultades fiscalizadoras del Régimen General de Garantías, éstas atienden principalmente a:

1. Interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen el otorgamiento del Régimen de Garantías, para su debido cumplimiento.
2. Fiscalizar el cumplimiento de los aspectos jurídicos y financieros relacionados con el cumplimiento de las obligaciones del GES.
3. Difundir periódicamente información que permita a los cotizantes y beneficiarios de las ISAPRES y de FONASA una mejor comprensión de los beneficios y obligaciones que impone el Régimen de Garantías e informar periódicamente sobre las normas e instrucciones dictadas e interpretaciones formuladas por la Superintendencia, en relación con los beneficios y obligaciones de los cotizantes y beneficiarios de las ISAPRES y FONASA, respecto del Régimen de Garantías en Salud.
4. Dictar las instrucciones de carácter general que permitan la mayor claridad en las estipulaciones de los contratos de salud y los convenios que se suscriban entre los prestadores y las instituciones de salud previsual y el Fondo Nacional de Salud, con el objeto de facilitar su correcta interpretación y fiscalizar su cumplimiento, correspondiéndole especialmente velar por que éstos se ajusten a las obligaciones que establece el GES.

5. Requerir de los prestadores, tanto públicos como privados, la información que acredite el cumplimiento del Régimen GES sobre acceso, oportunidad y calidad de las prestaciones y beneficios de salud que se otorguen a los beneficiarios, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponder a otros organismos.

En relación a las atribuciones de la Superintendencia en relación a las ISAPRES, éstas se encuentran reguladas en los títulos II, III y IV del capítulo VII del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, de las cuales se destacan las siguientes:

- Registrar a las ISAPRES, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos que señale la ley. Para ello, se les obliga estar organizadas, poseer personalidad jurídica, tener un giro único, acreditar un patrimonio mínimo y entregar una garantía mínima.
- Interpretar administrativamente en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas por la Superintendencia.
- Fiscalizar a las ISAPRES en los aspectos jurídicos y financieros, para el debido cumplimiento de las obligaciones que establece la ley y aquellas que emanen de los contratos de salud.
- Exigir que las Instituciones den cumplimiento a la constitución y mantención de la garantía y patrimonio mínimo exigidos por la ley.

- Imponer las sanciones que establece la ley.

2.7 Fondo Nacional de Salud

Es el organismo público encargado de otorgar cobertura de atención, tanto a las personas que cotizan el 7% de sus ingresos mensuales para la salud en FONASA, como a aquellas que, por carecer de recursos propios, financia el Estado a través de un aporte fiscal directo.

Asimismo FONASA da cobertura de salud a todos sus beneficiarios, sin exclusión alguna de edad, sexo, nivel de ingreso, número de cargas familiares legales y enfermedades preexistentes, bonificando total o parcialmente las prestaciones de salud que les son otorgadas por profesionales e instituciones del sector público y privado⁴¹.

Su misión principal es satisfacer necesidades de salud de sus asegurados, entregando cobertura financiera de las prestaciones de salud en el sector público y privado, y resguardando un eficiente manejo financiero del sector público de salud.

Entre sus principales atribuciones se encuentran:

1. Recaudar, administrar y distribuir los recursos señalados en el artículo 33 del Decreto Ley N°2763 de 1979 y fiscalizar la recaudación de los ingresos por concepto de cotizaciones de Salud.
2. Financiar, total o parcialmente, a través de aportes directos, per cápita, pagos directos por prestaciones o asociados a diagnósticos, convenios u

⁴¹ En <http://www.fonasa.cl/> [Visitado el 5 de Julio de 2011]

otras modalidades; las prestaciones otorgadas a los beneficiarios del régimen de salud, en cualquiera de sus modalidades por organismos, entidades y personas sean públicas o privadas; y financiar de igual manera, la adquisición de los equipos, instrumental, implementos y otros elementos de infraestructura que requieran los establecimientos públicos.

3. Ejercer la tuición y fiscalización del financiamiento que se efectúe, de tal manera que se destine a las prestaciones otorgadas a sus beneficiarios, y velar por el cumplimiento de las normas e instrucciones que dicte el Ministerio de Salud sobre acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios de la Ley N° 18.469 en la Modalidad de Libre Elección.
4. Proponer a los Ministerios de Salud y de Hacienda, el Arancel del Régimen a que se refiere el artículo 28 de la Ley N°18.469, y proponer al Ministerio de Salud las normas técnicas y administrativas para la aplicación del Arancel.
5. Otorgar préstamos médicos de conformidad a la normativa vigente.
6. Colaborar con el Ministerio de Salud, en la compatibilización y consolidación financiera de los proyectos de presupuestos de los Servicios de Salud, y de otros organismos vinculados con ese Ministerio, con el presupuesto global asignado para salud.
7. Requerir la información que estime necesaria a los Beneficiarios, Afiliados, empleadores del sector público y privado, y entidades de previsión y demás servicios públicos, para el mejor cumplimiento de sus funciones.

2.8 Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES)

Las ISAPRES tienen su origen en el DFL N°3 del Ministerio de Salud, de marzo de 1981, con el cual se faculta a los trabajadores y personas en general, a depositar sus cotizaciones obligatorias en organismos privados en base a un esquema de seguros, en donde las personas cotizan periódicamente para cubrir el financiamiento de sus gastos de salud.

No se encuentran definidas en ninguna ley, pero para efectos de este trabajo, se definirán como “Personas jurídicas de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que tienen por objeto exclusivo el financiamiento de prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso pueden implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores, y que para su nacimiento requieren registrarse en la Superintendencia de Salud, ente que las fiscaliza⁴².”

La Ley n° 20.015 fijó como objeto exclusivo de las ISAPRES:

- Artículo 171 inciso 1°: “Las Instituciones de Salud Previsional financiarán las prestaciones y beneficios de salud con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida...”

⁴² PRADO A., y SALAMERO A., Isapres y Contrato Previsional de Salud, Tesis para el obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2006. Página 71.

- Artículo 173 inciso 1°: “Las Instituciones tendrán por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso podrán implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores”.

Existen dos tipos de ISAPRES las abiertas, con participación de más del 95% de los beneficiarios, que ofrecen planes de salud de manera pública; y las cerradas, que otorgan prestaciones a trabajadores de una empresa o institución determinada.

2.9 Central Nacional de Abastecimiento (CENABAST)

La CENABAST es un organismo público dependiente del Ministerio de Salud, encargado de las adquisiciones y distribución de los fármacos, insumos médicos y bienes a los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Servicios de Salud, a los establecimientos municipales de salud y a todos los hospitales de las Fuerzas Armadas y universidades.

El financiamiento de CENABAST no es de aportes fiscales, sino que proviene de un modelo de gestión interno de los ingresos derivados de las comisiones que cobra, correspondiente al 6%, en las labores de intermediación entre los distintos proveedores de insumos clínicos y los usuarios del sistema público de salud. Por ello su éxito en la gestión de abastecimiento depende en gran medida del pago oportuno de los servicios que presta.

Lamentablemente, el funcionamiento de este organismo, no cumple con las necesidades que requiere la población en las atenciones primarias de salud, pues

las Municipalidades mantienen deudas con la institución, lo que rebota como un daño a todas las personas que acceden a los medicamentos en los consultorios del país. Esto, también perjudica la entrega de medicamentos de las enfermedades que se encuentran dentro de las GES. Por ende, muchas municipalidades han tenido que acceder al sistema de licitaciones a través de www.chilecompras.cl para poder dar a los usuarios del sistema primario, garantía de acceso a los medicamentos.

Lo anterior, dentro del marco de la Reforma GES, causa un grave daño, pues impide que se midan estándares de calidad en los medicamentos otorgados a la población y a la vez, causa inequidad entre la población, por no permitirse el acceso equitativo a la totalidad de ella. Por ello, se requiere en forma urgente, para dar un cabal cumplimiento al GES, y más allá, para resguardar el Derecho a la Protección de la Salud, una nueva institución, en donde no sea la municipalidad la principal encargada de abastecer medicamentos en los consultorios de atención primaria, sino que todo se realice por medio de las Secretarías Regionales Ministeriales.

CAPITULO III

REGIMEN DE GARANTIAS EXPLICITAS DE SALUD

1. Antecedentes Históricos de Ley 19.966

El periodo de reformas a la Salud en Chile comienza aproximadamente en el año 2000, cuando se establece la Comisión de estudios para la Reforma de Salud, y el Presidente de la República se compromete a presentar distintos proyectos legislativos para mejorar una mejor salud para todos los chilenos, garantizando igualdad de derechos e implementando políticas basadas en la equidad, solidaridad, efectividad técnica, eficiencia en el uso de los recursos y participación social en la formulación, puesta en marcha y análisis de las políticas y programas. Los contenidos de esos proyectos legislativos apuntaban:

1. Los derechos y deberes de los pacientes, relacionado a las acciones de salud, que se ejercen en contra de los prestadores de servicios tanto públicos como privados, el derecho que tiene toda persona. Este proyecto, aún no se ha transformado en ley, pues siguen las discusiones parlamentarias respecto al tema y se ha visto desplazado por temas “más importantes” en el congreso.
2. El financiamiento del Plan de Salud de Garantías Explícitas, considerando el incremento del Impuesto al Valor Agregado (IVA) y de impuestos específicos.

3. Reformar la Autoridad Sanitaria del Ministerio Público, fortaleciendo sus potestades, como las de regulación y fiscalización. Además de considerar

Con fecha 22 de marzo del año 2002, el Presidente de la República de entonces, Sr. Ricardo Lagos, envió un mensaje de proyecto de ley al congreso, con el objeto de crear un Régimen de Garantías de Salud.

En el mensaje, se expresa preocupación por mejorar el estado de salud en el país, señalando que el modelo existente hasta entonces no da abasto para enfrentar las necesidades sanitarias de la población. Lo anterior, tiene su fundamento en la insatisfacción de los usuarios con el sistema de salud, tanto a nivel público como privado. En el primero se demanda mejorías tanto en la cobertura, trato y oportunidad de atención; en el segundo, se requiere de una mayor protección a los derechos de las personas.

Entre los valores y principios que sustentan la reforma propuesta se encuentra el derecho a la salud, la equidad y solidaridad en la salud, la eficiencia en el uso de recursos y la participación social. Todos ellos se encuentran relacionados directamente en la idea de entregar un mejor sistema de salud a los chilenos.

La salud como un derecho de las personas, es el primer pilar fundamental sobre el cual descansa la reforma a la salud, y se entiende en el contexto de que *“toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, debe contar con un mecanismo de protección social y con acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar situaciones de enfermedad, y la existencia de condiciones saludables en su comunidad y trabajo, dentro de las capacidades y recursos del*

país⁴³. Y para lograr resguardar este derecho, es que se hace necesario garantizarlo estableciendo garantías como acceso a la salud, oportunidad de atención, calidad del servicio y protección financiera.

La búsqueda de la equidad en la salud, también juega un papel importante en la reforma, como un imperativo moral en la necesidad de reformar el sistema de salud. La idea apunta a reducir las desigualdades existentes que son evitables e injustas, otorgando acceso universal a la atención de salud y fortaleciendo mayores niveles de protección social.

En el mensaje se señala que la inequidad es producto de una forma de organización social que genera exclusión y marginación del progreso económico y social, que abarca muchas esferas de la vida, y es en el plano de la salud, donde se expresa con singular dureza la disminución de la esperanza de vida, calidad de vida, aumento de la discapacidad y dependencia.

La equidad por el contrario, apunta a ejecutar todo tipo de acciones con la finalidad de disminuir las variables que general desigualdad, exclusión y marginación, lo que sin duda alguna, va unido a la idea de solidaridad (tercer fundamento de la reforma), pues con ella los sanos solidarizan con enfermos, los hombres con las mujeres, los jóvenes con las personas mayores, y así dentro de un sistema de salud solidario, pueden alcanzarse mejores estándares de equidad.

Los componentes del sistema de salud propuesto comprendían:

1. Las acciones de salud pública en su conjunto, consideradas “Bienes de salud pública. Mediante ellas se busca proteger la salud de las personas

⁴³ Historia de la Ley nº19.966, Proyecto de Ley 19.966, Mensaje del Ejecutivo. Página 9

de los riesgos del ambiente y otras variables, promover la creación de condiciones saludables en la ciudad, vivienda y trabajo, y fortalecer la educación colectiva e individual de la población con la finalidad de propender a mantener sana a la población en general.

2. El conjunto de enfermedades y condiciones de salud, priorizadas de acuerdo a la importancia sanitaria, la efectividad del tratamiento, el impacto financiero sobre las familias y las expectativas de las personas

El proyecto en un principio abordaba también a la Superintendencia de Salud, para el mejor control de gestión de los servicios, y como parte del financiamiento del mismo la creación de un Fondo de Compensación Solidario. Ambos tópicos fueron excluidos de la discusión parlamentaria por no lograr un consenso sobre ellos, pues su tratamiento necesitaba de un largo período de tiempo por abordar en ellos muchas aristas relacionadas con la salud en general, y no sólo con la creación del régimen propuesto, por ende se requería de mayor precaución en su tratamiento legislativo, lo que en definitiva entorpecía la tramitación del proyecto propiamente tal, respecto del cual existía un amplio consenso.

Durante de la discusión parlamentaria, uno de los temas de mayor preocupación fue la situación en la que quedarían la atención, calidad y protección de las demás enfermedades que no estuvieran contempladas en el listado de Garantías Explícitas de Salud. Ante esto, se acordó que estas enfermedades no podrían quedar en una situación de vulnerabilidad y menoscabo frente a las otras, y que en definitiva, su acceso y tratamiento no tendría modificaciones por la implementación del régimen de garantías.

Con todo, se finalizó su discusión con una amplia aceptación por parte del parlamento, siendo promulgada con fecha 25 de Agosto del año 2004, y publicada el

3 de septiembre del mismo año. Sin embargo, en su artículo transitorio tercero, se estableció que la ley comenzaría a regir a contar de la entrada en vigencia del Decreto Supremo que establezca las Garantías Explícitas de Salud, el que comenzó a regir a contar del 1 de Julio de 2005.

2. Plan AUGE O GES⁴⁴

El Sistema de Garantías Explícitas de Salud, es un complejo mecanismo que permite al Estado otorgar prestaciones específicas de salud. Actualmente son 69 las enfermedades cubiertas por él, en donde para cada enfermedad existe un detalle de las prestaciones garantizadas y sus medicamentos.

El plan AUGE o GES busca garantizar la equidad en el acceso de atención de Salud, tanto curativa como preventiva, con independencia de la capacidad de pago de las personas. Si esta expresión de la equidad social es difícil de alcanzar, mucho más lo es la equidad de impacto, es decir, la búsqueda de un resultado de salud igualitario para todos. Los problemas en relación a esta segunda expresión de equidad, son los llamados determinantes de la salud, es decir, los factores socioeconómicos y culturales, como educación, vivienda, agua potable, acceso a condiciones de trabajo seguras, ambiente laboral y ambiente sociocultural, sobre los cuales no es injerencia del Plan influir directamente⁴⁵.

⁴⁴ El Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE) fue el nombre original que se le dio a la propuesta que luego fue aprobada como Ley de Régimen de Garantías de Salud. Sin embargo, en la ley se cambió la terminología por Garantías Explícitas de Salud (GES). Ahora bien, para la opinión pública y actores interesados, se sigue utilizando la terminología AUGE, sin por ello excluir la terminología GES.

⁴⁵ CONGRESO NACIONAL. Estudios Anticipados. Conceptualización del Plan de acceso universal con Garantías Explícitas, eje de la actual reforma de salud. Año 1, nº 2, 2002. Página 4

La ley 19.966 señala en su artículo 1: *“El Régimen General de Garantías de Salud, en adelante Régimen General de Garantías, es un instrumento de regulación sanitaria que forma parte integrante del Régimen de Prestaciones de Salud, a que se refiere el artículo 4 de la ley n° 18.469, elaborado de acuerdo al Plan Nacional de Salud y a los recursos que disponga el país. Establecerá las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional, conforme a lo establecido en la ley n° 18.469”.*

3. Características de AUGE

1. Sus principales objetivos de su etapa inicial fueron⁴⁶:
 - a) Mejorar los logros sanitarios alcanzados;
 - b) Enfrentar los desafíos derivados del envejecimiento de la población y de los cambios de la sociedad;
 - c) Corregir las inequidades en salud; y
 - d) Proveer servicios acordes con las expectativas de la población

2. Es Universal, es decir, las personas beneficiadas son todos los cotizantes, tanto de FONASA como de ISAPRES, indígenas, chilenos y extranjeros, residentes en el territorio nacional, no pudiendo haber discriminación entre ambos.

⁴⁶ Objetivos Sanitarios determinados por el Ministerio de Salud, que eran parte del plan de salud al año 2010.

3. No es Excluyente, es decir, las personas beneficiarias del plan AUGE, pueden a la vez tener vigentes contratos de seguros de salud complementarios.
4. Es Integral, pues considera las enfermedades y condiciones de salud de las personas en sus diversas fases de evolución clínica.
5. Es standard, ya que es igual para todos, entendido además como elemento indispensable que todo contrato de afiliación.
6. Es incremental, pues persigue el mejoramiento de la protección existente mediante un proceso dinámico entre el Ministerio de Salud, Ministerio de Hacienda y el Consejo Consultivo, tomando en consideración la situación de la salud de la población, la efectividad de las intervenciones, su contribución a la extensión o a la calidad de vida, y cuando es posible su relación costo efectividad.

Con todo, contribuye a lograr consensos y eficacia en la determinación de los objetivos sanitarios y Garantías Explícitas de salud, ya que la participación de los diversos intervinientes en el proceso de determinación de las enfermedades, le da al sistema mayor credibilidad y respaldo.

7. Es total, pues incorpora acciones y prestaciones, necesarias y de comprobada efectividad, asociadas al ciclo de salud-enfermedad, fundamentadas en el conocimiento científico disponible. Las acciones se refieren a la promoción, prevención, curación, cuidados paliativos y la rehabilitación de la salud.

8. Se garantiza la equidad e igualdad en el acceso a la atención de salud, ya que se garantiza el acceso a las prestaciones independientemente de la capacidad económica de las personas. De este modo, los indigentes y carentes de recursos (Grupos A y B) beneficiarios de FONASA, gozan de gratuidad en las atenciones que reciban. Las demás personas afiliadas a FONASA e ISAPRES, sólo contribuyen un 20% en el pago de las prestaciones. Y aún más, si ese porcentaje es excesivo para una persona que posee una enfermedad de alto costo, esa persona tiene derecho a una cobertura adicional del 100% de cargo de FONASA e ISAPRES, cumpliéndose determinadas circunstancias.

9. Da certeza, pues permite a todas las personas que puedan tener una enfermedad, entregar la seguridad de que se encuentra dentro del Plan AUGE, y por ende, será atendida dentro de él.

4. Beneficiarios del Plan AUGE

El artículo 2 del Decreto Supremo n° 44 del Ministerio de Salud, promulgado el 9 de enero del año 2007, establece quienes son los beneficiarios del Plan AUGE señalando a las *“Personas que sean beneficiarias del Libro II o que sean afiliados o beneficiarios del Libro III, ambos del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud”*. El Libro II hace referencia a los beneficiarios de la Ley n° 18.469, que Regula el Ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud; mientras que el Libro III, se relaciona con los beneficiarios de la Ley n° 18.933, que Crea la Superintendencia de Salud Previsional, Dicta Normas para el Otorgamiento de Prestaciones por ISAPRE y Deroga el Decreto con Fuerza de Ley n° 3 del Ministerio de Salud de 1981.

Pertenece a FONASA, según la Ley n° 18.469, en el carácter de beneficiarios⁴⁷:

1. Los trabajadores del sector público o privado, dependiente o independiente, y las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley n° 18.469⁴⁸.
2. Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a y d del artículo 5 de la Ley n° 18.469, perciban asignación familiar.
3. Las personas que respecto de los afiliados señalados en las letras b y c del artículo 5 de la Ley n° 18.469, cumplan las mismas calidades y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar de un trabajador dependiente.
4. La mujer embarazada, aún cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años de edad, para los efectos del otorgamiento de las prestaciones que alude el artículo 9 de la Ley n° 18.469⁴⁹.

⁴⁷ Artículos 5 y 6 de la Ley n° 18.469, que Regula el Ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y Crea un Régimen de Prestaciones de Salud, Publicada en el Diario Oficial el 23 de Noviembre de 1985

⁴⁸ Artículo 5 de Ley n° 18.469: "Tendrán la calidad de afiliados al Régimen: A) Los Trabajadores dependientes de los sectores público y privado. Tratándose de personas que hayan efectuado cotizaciones, al menos, durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, mantendrán la calidad de afiliados por un periodo de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización. En todo caso, los trabajadores dependientes contratados diariamente o por turnos o jornadas, que registren, al menos, sesenta días de cotizaciones en los doce meses calendario anteriores, mantendrán la calidad de afiliados durante los doce meses siguientes a aquel correspondiente a la última cotización; B) Los trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión; C) Las personas que coticen en cualquier régimen legal de previsión en calidad de imponentes voluntarios, y; D) Las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o por cesantía".

5. Las personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley n° 869, de 1975.
6. Los causantes del subsidio familiar establecido en la Ley n° 18.020.
7. Las personas que gocen de una prestación de cesantía de acuerdo a la Ley n° 19.728 y sus causantes de asignación familiar.

Los beneficiarios de ISAPRES son todos los beneficiarios de FONASA antes mencionados que suscriben un contrato de salud con alguna de las Instituciones de Salud Previsional existentes en el país.

5. Garantías Explícitas de Salud

Las Garantías Explícitas de Salud se definen como aquellos derechos en materia de salud relativos a acceso, calidad, oportunidad y protección financiera, con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a los problemas de salud incluidos en el Régimen de Garantías Explícitas de Salud⁵⁰.

⁴⁹ Artículo 9 de la Ley n° 18.469: "Toda mujer embarazada tendrá derecho a protección del Estado durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, la que comprenderá el control del embarazo y puerperio. El niño recién nacido y hasta los 6 años de edad tendrá también derecho a la protección y control de salud del Estado. La atención del parto estará incluida en la asistencia médica que se refiere la letra b) del artículo 8 de esta misma ley".

⁵⁰ BASTIAS G. y VALDIVIA G. Reforma a la Salud en Chile; Plan AUGE o Régimen de Garantías Explícitas de Salud (GES). Su origen y Evolución. Boletín Escuela de Medicina U.C, Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 32 n°2, 2007. Página 53. En <http://escuela.med.puc.cl/publ/Boletin/20072/ReformaSalud.pdf> [Visitado el 23 de Junio de 2011].

Debido al carácter universal que poseen, son las mismas tanto para los afiliados de FONASA como para los de ISAPRE, por tanto, los afiliados de ambas instituciones tienen derecho a exigir su cumplimiento⁵¹.

5.1 Garantía de Acceso

Es la obligación que tienen FONASA y las ISAPRES de asegurar a sus afiliados el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas por las leyes n° 18.469 y n° 18.933, en la forma y condiciones que determina el decreto n°44 del año 2007 y el decreto n° 1 del año 2010, ambos del Ministerio de Salud.

5.2 Garantía de Oportunidad

Se garantiza que las atenciones de salud incluidas en el AUGE, tengan un plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud requeridas. Este plazo considera en primer lugar, el tiempo para ser atendido por un prestador de salud preestablecido, luego, sino ha sido atendido por el primer prestado, considera el tiempo para ser atendido por un prestador alternativo designado por FONASA o la ISAPRE correspondiente; y por último, si no se cumple dentro del plazo, el tiempo en que el prestador definido por la Superintendencia de Salud deba otorgar la prestación con cargo a FONASA o ISAPRE.

En la actualidad, el Bono Automático AUGE, permite que la persona que ha sido vulnerada en los plazos de atención, y se encuentra en lista de espera, se atienda en la red privada que más le convenga, para así hacer efectiva una real garantía de oportunidad. Esto será tratado más adelante.

⁵¹ Por cuanto, el artículo 24 inciso 1 de la ley 19966 señala: “El fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán dar cumplimiento obligatorio a las Garantías Explícitas de Salud que contemple el Régimen que regule esta ley para su respectivos beneficiarios”

5.3 Garantía de Protección Financiera

Se garantiza un desembolso máximo por patología perteneciente al AUGE, la que se determinará en relación a un arancel de referencia del Régimen, incluyéndose los medicamentos. La protección financiera opera del siguiente modo:

- i) Gratuidad en la atención: Los indigentes y las personas carentes de recursos de los grupos A y B de FONASA, gozan de gratuidad en las atenciones de salud que reciban.
- ii) Copago de 10% a 20%: Las personas pertenecientes al grupo C de FONASA, efectuaran un copago del 10% del arancel de referencia AUGE, mientras que el grupo D y las personas pertenecientes a ISAPRES deben efectuar un copago de un 20%.
- iii) Cobertura Financiera Adicional⁵²: Este es un mecanismo de protección del beneficiario en caso de que el porcentaje a pagar resulte excesivo por tratarse de enfermedades de alto costo. Así, tienen derecho al financiamiento del 100% de los copagos, los afiliados a FONASA o ISAPRES, cuando ellos superen dos remuneraciones mensuales, o en el caso de los afiliados al grupo C de FONASA un 1.47 del promedio mensual de sus remuneraciones.
- iv) Más de una enfermedad: Si existe más de una enfermedad, no se pagará más allá de tres sueldos mensuales, y en el caso del grupo C de FONASA, no se pagará más de 2.16 sueldos.

⁵² Artículos 5 y siguientes de la Ley n° 19966.

La Superintendencia juega un rol importante al fiscalizar que los pagos efectuados por las personas beneficiarias de las atenciones de salud, no sobrepasen los montos señalados.

5.4 Garantía de Calidad

Apunta a que la prestación AUGE, sea otorgada por prestadores (hospitales, clínicas, profesionales, particulares, consultorios, etc) que se encuentren acreditados o certificados según lo establece la ley.

6. Exigibilidad de los derechos creados por la Ley n° 19.966

El Plan AUGE se enmarca dentro de un plan de salud que da prioridad a enfermedades que son de alta necesidad en la población, y en él la estrategia sanitaria convierte en verdaderos derechos, las garantías señaladas en el AUGE, y como tales son exigibles por parte de los beneficiarios del sistema AUGE. No por nada, el mensaje presidencial del proyecto ya anunciaba señalando que con esto “cambia el paradigma que, hasta el momento existe en nuestro derecho”⁵³. De este modo, la Ley del Régimen General de Garantías de Salud señala en su artículo 2 inciso 2:

“Las Garantías Explícitas de Salud, serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”

⁵³ Historia de la Ley n°19.966, Proyecto de Ley 19.966, Mensaje del Ejecutivo. Página 22.

Bajo este precepto, por primera vez en el área de la salud, se incluyó un mecanismo de exigibilidad social. Ahora bien, el procedimiento administrativo contemplado en la ley es el único medio que tiene el beneficiario AUGE para hacer efectivo el cumplimiento de la garantía incumplida, toda vez, que es el único que atiende al cumplimiento de ella y no a una indemnización por los daños provenientes del incumplimiento. El mecanismo de mediación contemplado en la ley junto a la posibilidad de entablar recursos judiciales, tienen como finalidad el resarcimiento de daños, por medio de una indemnización pecuniaria de los daños causados. A continuación se hará una breve mención de ellos.

6.1 Mecanismo Administrativo de Exigibilidad Social de la Garantía Incumplida

El objeto de las garantías apuntan al acceso, oportunidad, calidad y protección financiera establecida por la Ley 19.966, y para conocer el contenido de la ellas, es necesario remitirnos a lo señalado anteriormente. Sin embargo, es preciso tener presente el artículo 24 de la ley, pues en él se reafirma la idea de la obligatoriedad para el Fondo Nacional de Salud y para las ISAPRES, de dar cumplimiento a las Garantías Explícitas de Salud contempladas en el régimen, a favor de los beneficiarios de las instituciones.

En primer lugar, la ley obliga a los prestadores de salud a informar a sus pacientes que tienen derecho a las Garantías Explícitas de Salud, otorgadas por el régimen. Como titulares de derechos que son, pueden reclamar en diferentes niveles administrativos, que están formulados para el cumplimiento efectivo de las Garantías Explícitas de Salud. Ellos son:

- i) Reclamo ante el prestador de salud designado por FONASA o ISAPRE según corresponda

- ii) En caso de incumplimiento del prestador, el beneficiario debe concurrir ante FONASA o ISAPRE respectiva según corresponda, para que se le asigne un nuevo prestador de salud que le dé la atención requerida.

- iii) Si el prestador designado tampoco cumple con los plazos de atención, el beneficiario puede dirigirse directamente ante la Superintendencia de Salud, quien estará a cargo de designar un nuevo prestador con cargo a FONASA o la ISAPRE respectiva.

El inciso 2 del artículo 24 de la Ley n°19.966 señala que “en caso de incumplimiento, el afectado o quien lo represente podrá reclamar ante la Superintendencia de Salud, la que podrá sancionar a los prestadores con amonestación, o en caso de falta reiterada, con suspensión de hasta ciento ochenta días para otorgar las Garantías Explícitas de Salud, sea a través del Fondo Nacional de Salud o de una Institución de Salud Previsional, así como para otorgar prestaciones en la Modalidad de Libre Elección del Fondo Nacional de Salud”.

Como sanción, la Superintendencia de Salud en el caso de FONASA puede requerir al director de la institución para iniciar una investigación administrativa de la falencia del sistema para determinar posibles sanciones; en el caso de establecimientos privados, se consideran multas entre 500 y 1000 UF y su cancelación del registro de ISAPRES.

6.2 Mecanismo de mediación contemplado en la Ley n° 19.966

Para obtener la reparación de los daños causados en el cumplimiento de las funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, se creó un

sistema de mediación anterior a la etapa judicial, siendo la mediación requisito de procedencia de la futura acción judicial.

La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objeto propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia⁵⁴.

El procedimiento de mediación, de las acciones que se sigan en contra de los prestadores públicos, se lleva a cabo ante el Consejo de Defensa del Estado, con carácter gratuito, que cuenta con toda una institucionalidad dispuesta para este efecto. Además tiene presencia a lo largo de todo el país en las distintas regiones, para que las personas puedan acceder a él.

En el ámbito de los prestadores privados, la mediación se lleva a efecto ante árbitros acreditados por la Superintendencia de Salud, con cargo a las partes, quienes tienen que designar de común acuerdo al mediado, no habiendo acuerdo, la mediación se entiende frustrada.

6.3 Procedimiento de Arbitraje ante la Superintendencia de Salud

Este procedimiento está contemplado para las controversias que se genere entre FONASA o las ISAPRES y sus cotizantes y beneficiarios, y se regula en el artículo 3 de la LOC de la Superintendencia de Salud.

El procedimiento de arbitraje se somete a conocimiento del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales, quien actúa en calidad de árbitro arbitrador,

⁵⁴ Artículo 43, inciso final de la Ley n° 19.966

debiendo sustanciarse de acuerdo a las facultades fiscalizadoras que tiene la Superintendencia de Salud en el plano del cumplimiento de las Garantías Explícitas de Salud.

El procedimiento se inicia con la recepción del reclamo o solicitud de arbitraje, y una vez admitida a tramitación, existen 10 días hábiles para contestar el reclamo, bajo apercibimiento de proseguir el procedimiento en su rebeldía. Una vez recibida la contestación, si el árbitro lo estima pertinente puede abrir un término probatorio de 20 días hábiles o en caso contrario puede dictar sentencia inmediatamente. En contra de la sentencia definitiva proceden los recursos de aclaración, rectificación y enmienda, reposición y apelación, este último se presenta ante el Superintendente de Salud, previa interposición de recurso de reposición.

6.4 Recursos Judiciales

La ley 19.666 establece en forma explícita en su artículo 38, que los órganos de la Administración del Estado en materia Sanitaria serán responsables por los daños que causen a los particulares por Falta de Servicio, debiendo los particulares acreditar que el incumplimiento de la Garantía Explícita es imputable a FONASA. Las ISAPRES son responsables por “incumplimiento negligente” de su obligación de asegurar el otorgamiento de la Garantía Explícita, respondiendo según las reglas civiles, debiendo el afectado acreditar la negligencia del asegurador privado.

Lo anterior, se traduce en llevar a cabo un juicio de lato conocimiento, que apunta únicamente al resarcimiento de los daños causados como consecuencia de la prestación u omisión de las acciones de salud necesarios para una persona.

7. Estado de Régimen GES al año 2010

Lo más valorado por los usuarios del Plan AUGE en las distintas encuestas es que se ha aumentado el acceso a la salud, desde su puesta en marcha al año 2010. Sin embargo, lo que dice relación con las garantías de oportunidad y calidad en el servicio de salud, el sistema no ha sido satisfactorio.

7.1 Listas de Espera de atención de Salud

Al año 2010, el presidente Sebastián Piñera señalaba en su mensaje del 21 de mayo, que la salud a la que accedían las personas de escasos recursos, era tardía y de mala calidad. Uno de los principales problemas se tradujo en las listas de espera que al año 2010 llegaban a 380 mil pacientes en AUGE, mientras que en otras enfermedades no contempladas en el AUGE el número bordeaba las 300 mil personas⁵⁵.

Sin lugar a dudas, el tema de las listas de espera, es un fiel reflejo de las falencias del sistema de salud. La vulnerabilidad de un paciente en su derecho de protección a la salud, es preocupante, pues el sistema de salud debe ser capaz de cumplir con las garantías que por ley existen para las personas y que se traducen en reales derechos. La falta de oportunidad en la atención de un determinado tratamiento, en último lugar pone en riesgo la vida del ser humano.

A partir de 1 de enero de 2011, se puso en marcha el Bono Automático AUGE, que tiene como finalidad principal, terminar con las listas de espera.

⁵⁵ Datos obtenidos del Mensaje Presidencial de Sebastián Piñera del 21 de mayo de 2010.

7.2 Rol de la educación y la prevención en las enfermedades AUGE

Otra falencia actual del sistema dice relación al tipo de garantías GES, en específico a las enfermedades que se encuentran garantizadas, pues, como puede observarse en las 69 enfermedades, la mayoría de ellas, dicen relación a una acción curativa, y no preventiva. Un ejemplo de esto, es que el cáncer de mamas tiene garantizado su tratamiento una vez que este ha sido detectado, sin embargo, no está garantizada la mamografía para todas las mujeres a fin de detectar un diagnóstico precoz de esta patología, sobretodo, considerando que en etapa precoz no requiere quimioterapia ni tampoco la resección completa de la mama, y aún más, la esperanza de vida es de un 90% de las mujeres tratadas.

En Chile existen dos programas preventivos exitosos reconocidos a nivel internacional: el programa de control de niño sano y el programa de control del embarazo. En ambos es prioridad la prevención y la educación del paciente. Lo que hoy nos da índices de mortalidad infantil bajísimos a nivel mundial.

Lamentablemente el 50% del gasto GES se concentra en 3 patologías prevenibles y asociadas a hábitos y educación de la población: Hipertensión Arterial, Diabetes Mellitus tipo II y VIH-SIDA. Sin duda, un cambio de hábitos por parte de la población para prevenirlas traería beneficios tanto al sistema de salud como a las personas, pero dicho cambio no puede venir sino de la mano de la educación. Es en este sentido, que las campañas preventivas educativas que los diferentes gobiernos llevan a cabo, tiene un efecto rebote inmenso en la salubridad de las personas, siendo ellas de gran importancia.

7.3 Complementariedad del Sistema Público con el Sistema Privado

Un aspecto controversial en la salud, pero que no se puede dejar afuera por temas ideológicos, es la complementariedad del sistema público con el sistema privado. Como ha podido observarse en las noticias durante muchos años, los hospitales públicos, tienen problemas de abastecimientos de camas e insumos, atención oportuna, recursos humanos e implementación de tecnologías en equipos necesarios para tratar diversos tipos de enfermedades, provocando largas esperas para realizar exámenes, cirugías y las diversas prestaciones médicas que requiere la población. Hablar de complementariedad entre ambos sistemas, es sin duda, una posible solución a las miles de personas que esperan en el sistema público una atención de salud, y dicho de otro modo, permitiría otorgar una real garantía de oportunidad en la atención (garantía explícita de Plan AUGE).

Además es un hecho cierto que existen graves problemas de gestión en el sistema público que traen consecuencias negativas en la atención final que se le da a una persona. El plan AUGE, fue implementado, ignorándose la falta de capacidad de atención que hasta entonces existía. Marcelo Tokman⁵⁶ en el año 2000 advertía que existían ineficiencias en la gestión administrativa y en el uso y rendimiento de los recursos del sector salud, concluyéndose que el rendimiento del gasto público venía cayendo año tras año, a una tasa promedio anual de 5.3%, cifra que se explicaría por la disminución de la eficiencia en la producción del gasto en personal y en producción del gasto agregado de los Servicios de Salud, en un 45% y 40%, respectivamente, entre 1992 y 1999⁵⁷. Problemas de gestión que también dicen relación al aumento creciente de los costos de salud, producto del envejecimiento de la población, los avances tecnológicos y los problemas de estructura del sistema de salud.

⁵⁶ Ex Ministro de Energía de la Presidenta de la República Michelle Bachelet

⁵⁷ RODRIGUEZ J., TOKMAN M., Resultados y rendimientos del gasto en el sector público de salud en Chile 1990-1999. Financiamiento del desarrollo n°106. Santiago: ECLAC (CEPAL); 2000

Considerar que el lucro en la salud, está fuera de la esfera de lo permitido, por enfrentarse ideológicamente a los fines que tiene el Servicio Público, es restringir a su vez el acceso a la salud que tienen todos los chilenos (al menos beneficiarios del AUGE), pues, poder recurrir al sistema privado cuando el sistema público se ve sobrepasado en las demandas de atención de salud, evita que el estado de salud de una persona se deteriore por la demora que significaría atenderse en el sistema público, lo que al final del día se traduce en un modo eficaz de salvaguardar su derecho a la protección de su salud.

Más allá de un inconveniente ideológico, creo más sensato atender a la realidad, y en ella las personas que padecen una enfermedad avanzada, no pueden esperar a que el sistema público funcione óptimamente, para que le otorguen la atención de salud requerida. Sin duda alguna, mejorar el sistema de salud público en gestión, requiere de un trabajo en conjunto de todos los sectores políticos, pero eso tomará por lo menos 5 a 8 años, y en el entretanto, es necesario buscar soluciones eficaces, que miren el interés de cada persona en particular, más que el de un sistema de salud que hace años se ve sobrepasado por todas las demandas en prestaciones de salud existentes en el país (considerando las prestaciones AUGE y las que no están en el AUGE).

7.4 Nivel de información de los usuarios AUGE

Diversos estudios realizados en el país han revelado que la población chilena tiene problemas de información respecto del AUGE en temas relacionados con el funcionamiento general del sistema y garantías que este posee.

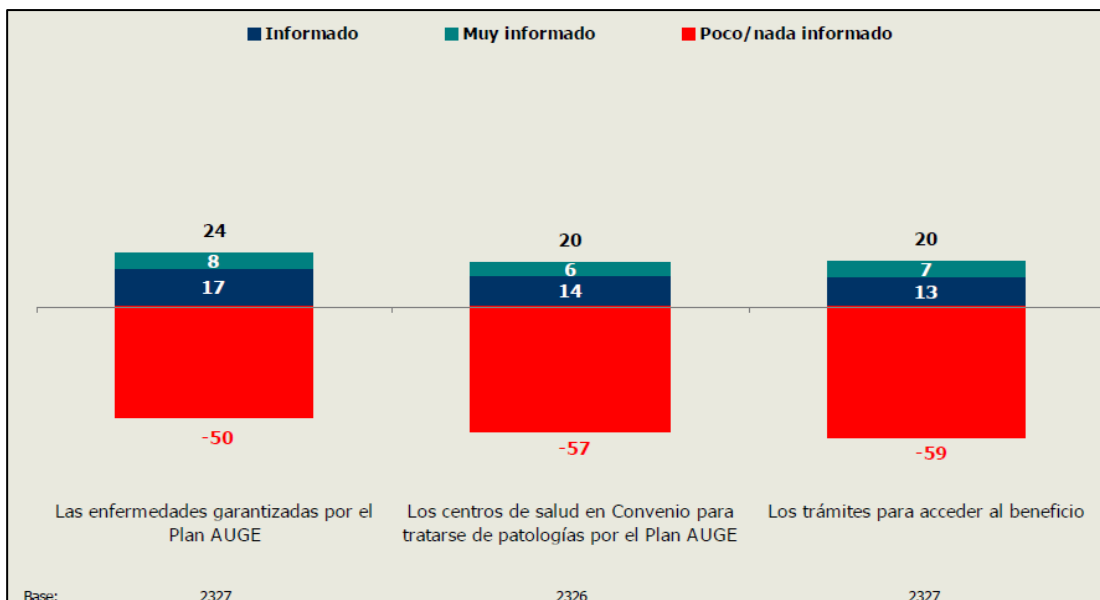
En el 2006, la Superintendencia informaba por medio de un estudio realizado que sólo el 13.2% de las personas conocía los problemas de salud incluidos en las garantías explícitas de salud. Por otro lado, un 58.1% desconocía el procedimiento a seguir en caso de presentar alguna enfermedad GES. Mientras que 2/3 de los encuestados no sabía donde recurrir en caso de incumplimiento de alguna de las garantías de salud⁵⁸.

En marzo del presente año, la Superintendencia de Salud presentó el último estudio realizado sobre la “Opinión de los Usuarios del Sistema de Salud. Conocimiento y Posicionamiento de la Superintendencia de Salud, GES-AUGE y otros aspectos de la Reforma” el cual tenía como objetivo principal conocer el nivel de satisfacción, percepción y experiencia que los usuarios de FONASA e ISAPRE tienen sobre el sistema de salud, del AUGE/GES, de la Superintendencia de Salud, de otras materias vinculadas con la Reforma y de otros temas de alto impacto en el aseguramiento.

La figura n°1 nos indica el grado de conocimiento que tienen beneficiarios de FONASA e ISAPRES respecto al Plan AUGE al año 2011. Resulta preocupante que un 50% de los encuestados señale estar poco o nada informado de las enfermedades garantizadas, y del mismo modo un 59% lo estén de los trámites para acceder al beneficio otorgado. Situación no menor, considerando que el Plan AUGE se implementó a partir del año 2005, y a la fecha han sido miles las personas que han podido acceder a los beneficios GES.⁵⁹

⁵⁸ SUPERINTENDENCIA DE SALUD, Informe Nacional “Conocimiento de nuestros usuarios sobre GES”. Período de consulta: 14 al 24 de noviembre de 2006.

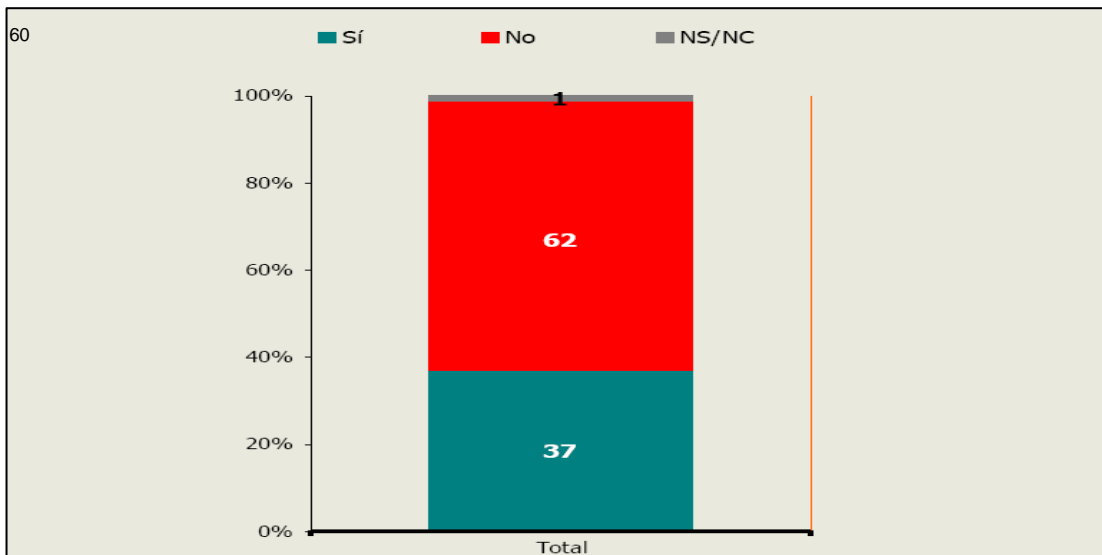
⁵⁹ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Estudio “Opinión Usuarios del Sistema de Salud. Conocimiento y Posicionamiento de la Superintendencia de Salud, GES-AUGE y otros aspectos de la Reforma”. Período de consulta de 4 de Enero al 20 de Febrero de 2011. Realizada por ADIMARK GFT. Marzo, 2011. Página 69. En www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-6953_recurso_1.pdf [Visitada el 5 de Julio de 2011]



Por otro lado, llama la atención, la “primera idea” que tienen los encuestados de lo que es el Plan AUGE, y de ahí lo que le explicarían a un amigo o conocido. Un 47% señaló que “es un sistema que cubre ciertas enfermedades”, lo que dentro de las 5 posibles respuestas era la más acertada, pero, un porcentaje no menor, de un 29% le explicaría a un amigo que es un sistema gratuito. Este último dato, responde a falta de información en la población, ya que el Plan AUGE en sí, sólo es gratuito para las personas pertenecientes a FONASA A y B, y los demás tramos C y D junto con los beneficiarios de ISAPRES deben cubrir hasta el 20% de la prestación médica.

La falta de información que existe en la población, se traduce a su vez en la desprotección de los derechos de las personas garantizados en el AUGE, lo que una vez más repercute en el derecho de protección de la salud consagrado en nuestra Constitución de la República. Otro ejemplo claro de ello dice relación al desconocimiento que existe por parte de los usuarios del sistema en relación a la garantía de oportunidad en la prestación. La encuesta referida nos muestra que un

62% de los usuarios del AUGE no tenía conocimiento de la existencia de plazos máximos para recibir atención.



Por último, tomando las conclusiones del estudio referido, cabe señalar, que para la población el plan AUGE se ha debilitado como un elemento de protección ante los problemas de salud, ya sea por falta de información, por problemas de gestión de los servicios de salud y sistema de salud en general, y por las listas de espera, reflejo del colapso de garantías explícitas de salud.

7.5 Crisis de las Enfermedades no AUGE

La situación de vulnerabilidad en que podrían quedar las patologías que no estuvieran contempladas en el AUGE, fue una situación que se tuvo presente en la discusión de la Ley n° 19.966.

⁶⁰ Ibid. Página 84

Frente a los incentivos económicos administrativos a los hospitales públicos que cumplieran con las metas de atención de los pacientes AUGE, las garantías contempladas en la ley y la ineficiencia del sector público en términos de gestión, los pacientes no AUGE que esperan por atención han llegado a las 89.000 personas según un estudio publicado por el Ministerio de Salud en marzo de 2011.

El problema principal radica en la falta de protección legal de estas personas a la luz de las garantías constitucionales y la ley, pues no existe textualmente un derecho propio de ellos a exigir una atención de salud oportuna que no deteriore su estado de salud.

Desde una perspectiva radical, la falta de equidad en las prestaciones de salud, implicaría contar con un mecanismo de Garantías Explícitas de Salud discriminatorio, que en post de otorgar prestaciones de salud a un determinado grupo de pacientes, perjudica la salud de otros que simplemente no entran en la política gubernamental.

Como vimos, el recurso de protección como mecanismo de resguardo de la salud de estas personas, resulta ineficiente, salvo que se intente por la vía de existir un atentado al Derecho a la Vida y a la Integridad Física y Psíquica de una persona. No existe en la ley ningún mecanismo administrativos de reclamo para un paciente no AUGE, siendo el estado de salud deteriorado, el que en definitiva le otorgue la prestación médica necesaria.

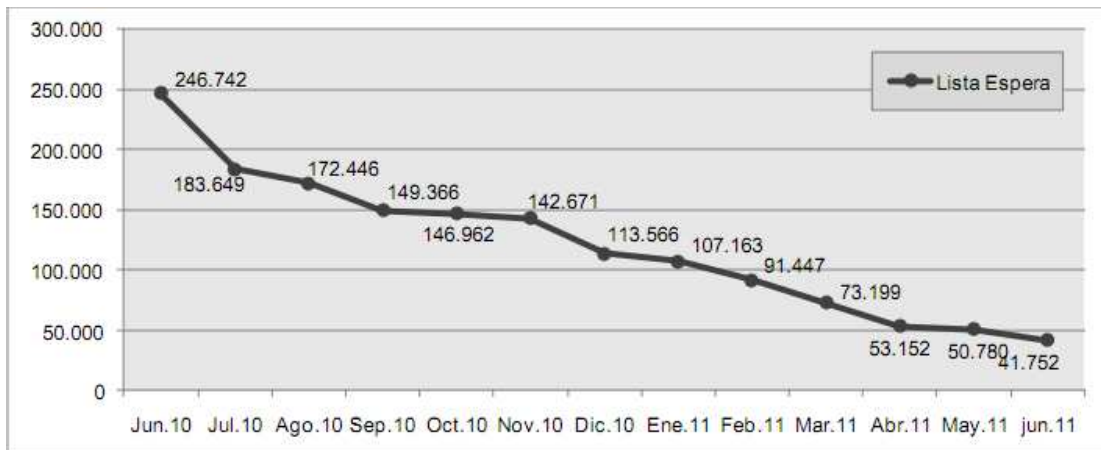
8. Bono Automático AUGE

A modo de proveer una atención digna, oportuna y eficaz, en el Mensaje

Presidencial del 21 de mayo de 2010, el Presidente de la República, Sebastián Piñera, se comprometió con todos los chilenos a terminar con las listas de espera de cirugía y enfermedades AUGE dentro de los siguientes 2 años.

La garantía de oportunidad consignada en la Ley n° 19.966, hasta el año 2010, era transgredida por parte del sistema de salud público chileno, cada vez que un beneficiario AUGE, no era atendido dentro del tiempo máximo establecido en la ley para su enfermedad. Con la puesta en marcha de este bono automático, esa garantía puede ser real, y no utópica.

En marzo del año 2010, las listas de espera alcanzaban a 380.000 personas; en la actualidad sólo quedan 41.000 casos en listas de espera AUGE, y un 92% de las personas beneficiarias del Bono Automático AUGE ha recibido la atención de salud requerida dentro del plazo por el prestador de salud designado⁶¹.



⁶¹ Dato obtenido de <http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-7141.html> [Visitado el 21 de Julio de 2011]

8.1 Concepto

El Bono Automático AUGE es un instrumento mediante el cual el beneficiario de FONASA, a quien no le han respetado los plazos de atención en un problema de salud AUGE, puede acceder a la prestación requerida en otro establecimiento asistencial, público o privado, designado por FONASA.

8.2 Características

1. Es una herramienta que permite a los usuarios de FONASA que están en lista de espera AUGE, atenderse en otra entidad de salud y dar una solución eficaz a la patología que lo apremia.
2. Tiene como única finalidad, terminar con las listas de espera AUGE existentes.
3. Pone en el centro del servicio de salud al paciente que se encuentra en lista de espera.
4. El beneficiario tiene libre elección de atención de salud, dentro de una red determinada de prestadores privados, pudiendo elegir el prestador que más le convenga.
5. Los prestadores de salud privados que participan en este proceso, lo hacen mediante un proceso de licitación, a través de www.mercadopublico.cl.

8.3 Funcionamiento

La puesta en marcha del Bono Auge, se realizó en forma piloto para algunos pacientes de cataratas durante los últimos 3 meses del año 2010. A contar del 1 de Enero de 2011, se extendió a todos los beneficiarios de FONASA que padecieran de cataratas y en la actualidad, el bono se encuentra extendido a todas las enfermedades AUGE.

Este instrumento opera una vez que el plazo máximo legal de atención establecido para una enfermedad se ha cumplido; sin embargo, no es automático como su nombre lo señala. Vencido el plazo, el beneficiario de FONASA debe acercarse a FONASA a interponer un reclamo por no habersele respetado el plazo legal dentro de los 15 días siguientes al vencimiento del plazo; y luego, FONASA tiene un plazo máximo de 48 horas para verificar el incumplimiento de esta garantía y a su vez, proponer al beneficiario alternativas de diversos prestadores en donde podrá ser atendido a la brevedad, ya sea del sector público (si no tienen listas de espera y poseen capacidad de respuesta) o del sector privado, previamente licitados por FONASA.

Frente a las distintas posibilidades otorgados por FONASA, el beneficiario AUGE, tiene plena libertad de elegir el prestador que más le acomode según sus propios criterios. Una vez elegido, el beneficiario debe acercarse a éste, señalando que se atenderá mediante el Bono AUGE. El prestador de salud tiene un plazo máximo de 10 días para entregar la atención requerida.

Según datos entregados por la Superintendencia de Salud, entre enero y abril del presente año, FONASA emitió un total de 3.206 bonos AUGE. La Superintendencia fiscalizó 1.668 de ellos, y en un 97% de los casos FONASA cumplió con la designación del segundo prestador dentro de los 2 días que tiene

desde que concurrió el beneficiario a presentar el reclamo por la garantía de oportunidad retrasada.

Los problemas de salud que más emisión de bonos acumularon entre enero y abril fueron: Cataratas (1.008 bonos), Vicios de Refracción (872 bonos), Colectomía Preventiva (544 bonos, operación a la vesícula) y Retinopatía Diabética (105 bonos). Además de los 1.668 bonos fiscalizados, 434 correspondían a la Región Metropolitana, 314 a Valparaíso, 283 a la Región de la Araucanía, siendo las regiones de mayor concentración en la emisión de Bonos Automáticos AUGE.

8.4 Financiamiento Estatal

En el presupuesto para el 2011, se destinaron dos fondos AUGE: para la implementación del Bono Automático AUGE una suma de \$6.269 millones y para el AUGE en general \$41.512 millones⁶².

La protección financiera del AUGE se mantiene para todos los asegurados que hagan uso del Bono Automático AUGE, independiente de donde sean atendidos, es decir, hay gratuidad para los tramos A y B, y para los adultos mayores de 60 años. De este modo, los tramos C y D deben realizar un copago respectivo entre el 10% o 20%, del arancel AUGE, pues el valor no varía a los precios del sistema privado.

Respecto a la cobertura financiera del adicional del Plan AUGE, esta también se mantiene, de modo tal que en todo sentido el usuario queda protegido financieramente al utilizar el Bono Automático AUGE.

⁶² Ley de Presupuesto para el año 2011, Ley n° 20481, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010. En www.dipres.gob.cl/572/articles-66363_pres_2011.pdf. [Visitado el 9 de Julio de 2011]

Lo más importante de este sistema, radica en el hecho de que se le permite a una persona acceder a una prestación de salud con protección financiera AUGE, pues es el Estado que en último lugar, se hace cargo del valor económico de dicha prestación.

8.5 Licitación de Prestadores Privados de Salud⁶³

El 10 de enero del presente año se dieron a conocer las bases de licitación del Convenio Marco de Prestación de Servicios de Salud GES, a través de Mercado Público, por un monto total estimado de 3.000 millones.

El objetivo era contar con prestadores privados para entregar prestaciones médicas a usuarios del Plan AUGE del sector público de salud

Los criterios de evaluación de los oferentes que se presentaron en el proceso de licitación, fueron:

Criterios Técnicos	50%
Criterios Comerciales	40%
Criterios Administrativos	5%
Servicios Complementarios sin Costo	5%

⁶³ Ficha de Licitación n° 2239-21-LP10 Convenio Marco, Prestación Servicios de Salud GES En <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=CcVMk8exbyFdGEHRjFEw0A==> [Visitado el 12 de Julio de 2011]

Dentro de los criterios técnicos se consideró los Recursos Humanos disponibles en el prestador de salud, en cuanto a disponibilidad de ellos y acreditación de los mismos. Además el criterio técnico contempla consideraciones respecto al equipamiento e infraestructura del prestador, en cuanto estos sean no más antiguos a 5 años, que exista el equipamiento técnico necesario para cada enfermedad y la infraestructura sea propia.

Las condiciones comerciales apuntan al precio que el oferente exige para realizar la prestación. Y de determina de acuerdo al precio mínimo ofertado.

Los criterios administrativos y de servicios complementarios sin costo, casi no tienen relevancia dentro del proceso de adjudicación, pero sin embargo, pueden marcar la diferencia en el caso de existir un alto número de oferentes.

Los criterios administrativos contemplan la existencia de políticas ambientales, la responsabilidad social en la contratación de mano de obra y la completitud de la oferta.

Finalmente, los servicios complementarios sin costo, se relacionan principalmente al traslado de paciente y acompañante desde y hacia su domicilio, al alojamiento del acompañante durante la hospitalización, alojamiento del paciente entre los exámenes preoperatorios, hospitalización y controles post-alta.

Ahora bien, entre las ofertas presentadas, se puede concluir que la mayoría de ellas tiene un sobrepeso de los valores que referenciales de FONASA, es decir, la implementación del Bono Automático AUGE, tiene un costo mucho mayor que el que tiene el Plan AUGE como tal.

Por otro lado, existe una alta concentración de oferentes en Santiago, mientras que en regiones existe un solo oferente. De este modo, los costos de traslado de una persona al lugar del prestador privado, deberán ser cubiertos por el patrimonio de esa misma persona, pues, no se contemplan mecanismos de solución para estas situaciones.

8.6 Responsabilidad de Prestadores Privados

En el Convenio Marco de Prestaciones de Prestación de Servicios de Salud GES, se establecen una serie de sanciones ligadas a determinados incumplimientos:

- El cobro indebido de prestaciones, tiene como sanción el 100% del valor cobrado o por cobrar, además de la devolución de los montos cobrados injustamente.
- Los cobros realizados al beneficiario con objeto de la prestación médica tiene una sanción del 500% del valor cobrado, más la devolución de los montos cobrados a los beneficiarios
- Frente al incumplimiento de los plazos para realizar la prestación, establecidos en las bases técnicas de Convenio, la multa corresponde a 50 Unidades de Fomento.
- Por la existencia de reclamos de los beneficiarios atendidos por el prestador oferente, que digan relación a la calidad ser servicio o atenciones otorgadas,

los prestadores de salud tienen una sanción de 20 Unidades de Fomento por reclamo acogido por FONASA.

- Realizar cambios no autorizados por FONASA respecto de los servicios licitados en cuanto a equipamiento, infraestructura, profesionales, implantes, etc, trae consigo una multa de 100 Unidades de Fomento, junto con la posibilidad de dar término anticipado al Convenio

Para la aplicación de las multas por parte del Supervisor del Convenio, que en este caso es FONASA, éste le debe informar al prestador de servicios por carta certificada la infracción cometida, indicando los hechos que la constituyen y el monto de la multa. Luego dentro de 8 días hábiles, el prestador debe efectuar sus descargos acompañando los antecedentes que estime necesarios. Una vez que se han recibido los descargos, se resuelve de ellos, y se procede a determinar mediante resolución o acto administrativo, la procedencia de la multa.

Según se puede observar, el Convenio no establece ninguna norma que diga relación a la responsabilidad en que puede incurrir el prestador del servicio al causar un daño al paciente por negligencia o por no prestar los servicios que éste requiere; sin embargo, creo que esta situación, se resuelve aplicando subsidiariamente el procedimiento contemplado en la Ley de Garantías Explícitas de Salud, con una pequeña, pero a la vez muy importante modificación.

El procedimiento de mediación sería procedente sin ninguna duda, pero el mediador debería ser necesariamente la Superintendencia de Salud, por el grado de imparcialidad que tendría frente al prestador privado y FONASA. Así, la responsabilidad del prestador privado de salud, también sería responsabilidad del que contrató el servicio, pues él era el llamado en la ley a dar cumplimiento a la

atención de salud requerida, pues, es FONASA quien debe velar por el cumplimiento de la garantía de acceso. Vulnerada esta garantía junto con el daño que puede experimentar una persona por la atención recibida en un establecimiento privado, es también FONASA quien debe responder subsidiariamente por el hecho de los prestadores de salud con los cuales contrata.

Esto último, muestra un vacío enorme en nuestra legislación y en la situación que puede quedar un paciente AUGE que utiliza el Bono AUGE, sufriendo diversos daños en su atención.

9. ¿Privatización de la Salud? o ¿Desmantelamiento del Sector Público?

Para hablar de Privatización de la Salud, es necesario conceptualizar lo que significa privatizar. La privatización es un proceso mediante el cual las tareas son transferidas del sector público al sector privado. Así, los actores no gubernamentales interfieren cada vez más en la financiación y prestación de servicios asistenciales, lo que a se traduce en cambios funcionales y de responsabilidad tanto públicas como privadas.

Frente a las nuevas iniciativas en salud del actual gobierno, diversas entidades sociales, y casi la totalidad de los funcionarios públicos del sector salud, se han levantado criticando la medida por tratarse de un tipo de privatización de la salud encubierto.

- i) Los principales argumentos en contra del Bono Automático AUGE son:

- La Organización Mundial de la Salud en su Informe Mundial sobre cómo financiar la salud recomendó⁶⁴ no promover subsidios a la demanda en tipo de bonos o voucher portables, porque son regresivos al ser utilizados por los que tienen recursos e información y porque generan ineficiencia al aumentar los costos para las mismas prestaciones.

- Los gobiernos anteriores aplicaron una fórmula muy similar sin poner en riesgo el presupuesto del sistema público de salud. A principios de cada año, todos los Servicios de Salud y FONASA constituían los Directorios de Compra, los cuales hacían estimaciones de las patologías AUGE que debían atender y de las que no podrían ser satisfechas por los Servicios. Esto generaba una decisión de compra y Departamento de Comercialización de FONASA procedía a firmar convenios con el sector privado y a comprar las prestaciones faltantes. Así entre el 2005 y 2009, se implementaron 7 Convenios Marcos, la mayoría de ellos referidos a problemas AUGE. Sólo en el 2009 fueron \$85.763 millones los utilizados para en estos convenios. Según esto, no sería necesaria la implementación del Bono, que sólo busca otorgar beneficios económicos a los privados, causando un daño inevitable en el presupuesto de salud público.

- El sector privado carece de la capacidad necesaria para cubrir un aumento de la demanda potencial que se puede producir, trayendo consigo tres efectos:
 1. El reclutamiento de personal desde el sector público al sector privado, con desmantelamiento aun mayor de médicos y personal

⁶⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Informe sobre la salud en el mundo, La Financiación de los Sistemas de Salud, El camino hacia la Cobertura Universal. En http://whqlibdoc.who.int/whr/2010/9789243564029_spa.pdf [Visitado el 12 de Julio de 2011]

de la salud. Esto, debido a la falta de especialistas en áreas específicas de atención AUGE.

2. El traspaso de listas de espera con mayores costos que los que existen en el sector público, pudiendo invertirse esos costos en el ámbito de la salud privada.
3. Puede existir discriminación en el sector privado, con atención preferente a aquellos pacientes que copagan la prestación de salud, frente a los que tienen mayor dificultad de acceso a ella.

Esto carece de sentido. Quizás pueda existir una discriminación social por el nivel socioeconómico que una persona tenga, pero no por eso, no recibirá la prestación médica que le corresponde, pues el prestador tiene un plazo de 10 días para dar cumplimiento a su obligación de otorgar el servicio de salud requerido, pues, de lo contrario se expone a multas, suspensión e incluso el término del Convenio Marco.

- La Dra. Jeanette Vega Morales⁶⁵ ha señalado que los proveedores privados de salud, se pueden transformar en el equivalente a los sostenedores en educación, pudiendo producirse los mismos problemas en cuanto a la falta de regulación de la calidad, pues el nivel de fragmentación de los servicios hará muy difícil llevar a cabo una fiscalización que detecte si los servicios se están prestando de acuerdo a los protocolos establecidos por el AUGE.

⁶⁵ Ex Subsecretaria de Salud del gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet.

- En el largo plazo, el sector público terminará desmantelándose y el Estado se verá reducido en salud, sin capacidad de regular precios ni fiscalizar el cumplimiento de las prestaciones. Se achica el sector público con el desarrollo de oligopolios privados para la atención AUGE, pudiendo dar pie a la colusión de precios que afecta económicamente a las personas y al país⁶⁶.
- Con el traspaso de los fondos públicos al sector privado, las demandas de los gremios del sector respecto a mejorar la infraestructura y contratar más personal especializado en los servicios de salud, podrían pasar a un segundo plano, privilegiándose el enriquecimiento de las clínicas privadas, que ven a la salud como un negocio.
- No es un mecanismo que ahorre recursos económicos, ya que existen otros costos relacionados con la seguridad del paciente y la necesidad de resguardar la vida de éste en caso de complicaciones, requiriendo para ellos otras atenciones. Esto traería consigo más costos de atención para el Estado, pudiendo el paciente convertirse en un “cautivo” del centro privado en que se atiende. Lo anterior, en el marco de que existan complicaciones que impidan su traslado del servicio privado a uno público. Asimismo, frente a la imposibilidad de traslado y una nueva situación que degenere en una patología no cubierta por el plan AUGE, el pago del servicio prestado, tendría que ser hecho por el mismo paciente, pues el Bono Automático AUGE sólo se relaciona con patologías AUGE. Por último, algunas estimaciones señalan que por cada 1 paciente atendido por medio del Bono, se dejara de atender 2 pacientes AUGE en el sistema público.

⁶⁶ En <http://www.elquintopoder.cl/fdd/web/sociedad/opinion/-/blogs/los-efectos-del-bono-auge>
<http://www.elquintopoder.cl/fdd/web/sociedad/opinion/-/blogs/los-efectos-del-bono-auge>
 [Visitado el 14 de Julio de 2011]

- Su implementación, adolece de fallas funcionales, pues no existe un protocolo que regule el número de exámenes que una persona requiere, y que del mismo modo no exista una disminución en las prestaciones que deban otorgarse para abaratar costos y maximizar las ganancias.
- La libertad de elección del paciente se encuentra coartada, ya que sólo puede atenderse en los servicios privados válidamente licitados, existiendo regiones en que sólo existe un oferente, debiendo atenderse sí o sí con dicho prestador.

ii) Argumentos a favor del Bono Automático AUGE:

- Más allá de la idea del lucro en la salud, es necesario atender a la realidad que permite a miles de personas encontrar una solución eficaz a su patología con la utilización del Bono Automático AUGE. La sola entrega de recursos al sistema público ha demostrado no ser la solución, debido a los problemas de gestión e incentivos presentes en los centros públicos de salud, por lo tanto, el Bono Automático AUGE representa una solución innovadora que aprovecha la eficiencia y la capacidad disponible en el sector privado.
- Esta propuesta implica que una parte de los ingresos de los hospitales públicos comenzaría a ser variable, creando incentivos para que mejoren su eficiencia. Experiencias similares en otros países han mostrado que incentivos semejantes mejoran el desempeño de la red pública de salud. Esas ganancias de eficiencia podrían manifestarse en varias formas; entre otras, especialización en las áreas más fuertes de un hospital, mejor gestión

de la capacidad instalada y mejor uso del tiempo contratado de los profesionales de la salud⁶⁷.

- Hasta la fecha ha tenido un impacto positivo para quienes esperaban en las listas de espera AUGE, pues el número de personas ha descendido notoriamente, pudiendo terminar con ellas dentro del año 2011.

10. El Derecho a la Protección de la Salud en la implementación de Bono Automático AUGE

El impacto que ha tenido el Bono Automático AUGE en la reducción notoria de las listas de espera AUGE, es lo más valorable que en sí el instrumento tiene, pues, cumple en forma exitosa el objetivo para el cual fue creado.

Las listas de espera existentes tanto dentro del plan AUGE como las de patologías no AUGE, representan los problemas de gestión, recursos e infraestructura que tiene el sistema público de salud. En una primera impresión, resulta alarmante la desviación de recursos públicos al sector privado, cuando a todas luces, requiere de una mayor inversión, para solucionar los problemas que enfrenta. Sin embargo, creo que hay que tomar en cuenta valores más importantes como la vida a la hora de determinar si esos recursos del Estado se malgastan o no.

Asegurar la Salud de un ser humano, impacta directamente en la vida de él, la que tiene un valor en sí mismo, más trascendente que la cantidad de dinero que las entidades de salud privadas pueden ganar gracias a la implementación del Bono Automático AUGE.

⁶⁷ En <http://www.directoriosalud.cl/html/?p=1157> [Visitado el 13 de Julio de 2011]

Comparto la idea de que el desvío de recursos económicos al sector privado genera un daño al sistema público, porque obviamente con el mismo dinero, se podrían contratar más profesionales y mejorar el sistema de salud, y de ser así, también pienso que esos recursos económicos debieran distribuirse equitativamente en todas las regiones del país⁶⁸. Pero lamentablemente con ello, el aporte al sistema de salud no sería profundo, ni tampoco tendría un alto impacto. Por lo mismo, creo que desde una perspectiva económica, el Bono Automático AUGE permite un beneficio social distribuido en todo el país, en las personas que más lo requieren por su enfermedad, no discriminando ni vulnerando derecho alguno del paciente, y mejoran la salud de la población que lo requiere en forma inmediata.

La posibilidad de que un paciente AUGE en lista de espera utilice el Bono Automático AUGE, se traduce en el ejercicio de un derecho propio, concedido por la Ley de Garantías Explícitas de Salud; derecho que contempla acceso, oportunidad, calidad y protección financiera.

Hablar de privatización de la salud, creo que es llevar al extremo una medida que sólo tiene por objetivo principal terminar con las listas de espera AUGE, lo importante eso sí, es que la medida mantenga su carácter de transitoria, y no permanente, y que junto con ella, las políticas de gobierno futuras fortalezcan y mejoren todo el sistema público, pues de ello depende, el éxito de las reformas en salud implementadas a partir del año 2000.

Finalmente, es el Derecho a la Protección de la Salud el que mediante esta política pública, se garantiza y fortalece. La salud como un derecho humano, debe ser prioridad a la hora de establecer políticas públicas encaminadas a mejorar la calidad de la población, y en este sentido, el Bono AUGE, es una manifestación de ello, pues garantiza un acceso igualitario a las acciones de ejecución, protección, recuperación y rehabilitación, de todas las patologías AUGE.

⁶⁸ De no ser así, el beneficio nuevamente sería para pocos sectores, produciendo inequidades en la salud a nivel nacional.

CAPITULO IV

LA PROTECCION DE LA SALUD EN LA TABLA DE FACTORES DE RIESGO

1. Ideas Preliminares

Para introducirse en este tema, es necesario hacer referencia a lo ya señalado anteriormente en el capítulo que explica el funcionamiento de los sistemas de Salud en Chile y sus Instituciones.

El derecho constitucional a la libertad de elección del sistema de salud consagrado en el inciso final del artículo 19 n° 9 de la Constitución Política, se hace efectivo ingresando al Sistema Público, controlado por FONASA o afiliándose al Sistema de ISAPRES, ambas otorgan las prestaciones de salud con cargo a las cotizaciones obligatorias establecidas en la ley.

Afiliarse a una ISAPRE comprende contratar un plan de salud determinado, por medio de un contrato de salud previsional, el cual tiene un determinado precio en virtud de las prestaciones y coberturas que el plan contenga.

Las ISAPRES tienen la posibilidad de revisar los precios de los planes de salud, y para ello aplican a los precios base los factores que corresponden a cada beneficiario, de acuerdo a la tabla de factores, que es fijada por la Superintendencia de Salud, en atención a la edad y sexo de las personas.

De este modo, entender que la Tabla de Factores de Riesgo es un elemento determinante en el precio de los Contratos de Salud Previsional que suscribe una

persona con una Institución de Salud Previsional, para el otorgamiento de las prestaciones de salud pactadas en él.

La tabla de factores es aquella definida en el artículo 2 letra n) de la ley 18.933, actual artículo 170 del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 del año 2005, que señala lo siguiente:

“Para los fines de (de la ley 18.933) 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”

A continuación se hará un análisis breve del Contrato de Salud Previsional y sus principales características, para luego adentrarnos en la aplicación de la tabla de factores de riesgo en estos contratos y la vulneración al Derecho a la Protección de la Salud, objeto del trabajo. Para esto, será determinante la sentencia del Tribunal Constitucional ROL 1710-2010 de fecha 6 de Agosto de 2010, que declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley n° 18.933, referidos a la determinación de la tabla de factores de riesgo. A raíz de lo anterior, el Presidente de la República presentó un proyecto de ley al Congreso, para subsanar las falencias del artículo referido, que finalmente también será analizado para fines de enmarcarlo dentro del Derecho a la Protección de la Salud.

2. El Contrato de Salud Previsional

2.1 Concepto

Ninguna ley que ha regulado las Instituciones de Salud Previsional, otorgó un concepto de lo que debe entenderse por contrato de salud previsional. La derogada resolución exenta n° 1107 de la Superintendencia de ISAPRES, publicada en el Diario Oficial el 29 de abril de 1988, intentó definir el contrato de salud, señalando que “es materialmente el instrumento mediante el cual los afiliados del Régimen de la Ley n° 18.469, ejercitan su derecho de opción al sistema de ISAPRE, para recibir de las Instituciones de Salud Previsional de acuerdo a los términos de la convención, el otorgamiento de las prestaciones de salud y beneficios de salud que regula el Decreto con Fuerza de Ley n° 3 del Ministerio de Salud, en relación con los artículos 25 y 26 de la Ley n° 18.469”⁶⁹.

De otro modo puede definirse el contrato de salud previsional como “Una convención por medio de la cual una ISAPRE y el sujeto de derecho que libremente se adscribe a ella ejercitando el derecho de opción establecido en la ley, se obligan recíprocamente, la primera a financiar las prestaciones y beneficios de salud pactados, y el segundo a pagar por aquéllos la prima correspondiente”⁷⁰.

⁶⁹ GAETE OBERREUTER, E. El Contrato de Prestaciones de Salud. Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1992, Página 6. Citado en DIAZ N. y FERNANDEZ A., El Precio del Contrato de Salud. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008. Página 37.

⁷⁰ PRADO A., y SALAMERO A. Op.cit. Página 112.

2.2 Fuente Legal

En los términos en que está consagrado el Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución, recogen los principios de subsidiaridad del rol del Estado y la libertad de elección de una persona para elegir el sistema de salud que más le convenga, con ello, valida al sector privado para ejecutar acciones de salud. En este sentido, dijimos en el Capítulo I, que el carácter programático de la norma constitucional, le da al Estado, la obligación de regular mediante leyes el ejercicio de estas acciones.

Las leyes que en específico atienden al contrato de Salud Previsional son:

- Decreto Ley n° 2.763, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional Servicios de Salud, publicado en el Diario Oficial el 3 de agosto de 1979; y su modificación introducida por la Ley n° 19937, que modifica el Decreto Ley n° 2.763 con la finalidad de establecer una nueva concepción de Autoridad Sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 2004.
- Los Decretos Leyes n° 3500, publicado en el Diario Oficial el 13 de Noviembre de 1980, el cual “establece un nuevo régimen de pensiones”; n° 3501, publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1980 que “fija el nuevo sistema de cotizaciones previsionales y deroga disposiciones legales que indica”; n° 3626 que modificó el Decreto Ley n° 3500, permitiéndole al trabajador canalizar

voluntariamente su cotización obligatoria de salud a instituciones diferentes de la estatal (FONASA)

- El Decreto con Fuerza de Ley n° 3 del Ministerio de Salud que crea el sistema de ISAPRES y fija las normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, por Instituciones de Salud Previsional, publicado en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1981

- La Ley n° 18.469, que regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud, publicada en el Diario Oficial el 23 de Noviembre de 1985.

- Ley n° 18.933, que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRES y deroga el Decreto con Fuerza de Ley n° 3 de 1981 del Ministerio de Salud, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1990, y sus principales modificaciones:
 - Ley n° 19.381, que perfecciona el sistema y los contratos de salud, publicada el 3 de mayo de 1995

 - Ley n° 19.895, que establece diversas normas de solvencia y protección de personas incorporadas a Instituciones de Salud Previsional, Administradoras de Fondos de Pensiones y Compañías de Seguros, publicada en el Diario Oficial el 28 de Agosto de 2003. Esta ley es la que se conoce como “ley corta de ISAPRES”.

 - Ley n° 20.015, que modifica la Ley n° 18.933 en diversos aspectos, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo del 2005.

- Ley 19.966, que establece un Régimen de Garantías Explícitas de Salud, publicada en el Diario Oficial el 3 de Septiembre de 2004.

- El Decreto con Fuerza de Ley n° 1 del Ministerio de Salud, del año 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley n° 2.763, de 1979, y de las Leyes n° 18.933 y n° 18.469, publicado en el Diario Oficial el 24 de abril de 2006.

2.3 Características del Contrato de Salud Previsional

La doctrina tradicional señala como principales características del Contrato de Salud:

- ✓ Es Bilateral, pues genera obligaciones interdependientes para ambas partes, de tal modo, que cada parte es acreedora y deudora de la otra.

- ✓ Es Oneroso: Tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro.

- ✓ Es principal: ya que subsiste por sí mismo, sin necesidad de otro.

- ✓ Es solemne: Para nacer a la vida del derecho y formar el consentimiento, es indispensable que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley n° 18.933 en sus artículos 29 y 33.

- ✓ Dependiendo de la naturaleza jurídica que se otorgue al contrato será conmutativo u oneroso. Si se adopta la postura de un contrato de seguro, este tendrá el carácter de aleatorio, de acuerdo al Artículo 2258 n° 1 del Código Civil.

El autor nacional Ricardo Sandoval sostiene que la objeción formulada respecto de la aleatoriedad del seguro, confunde el contrato con el negocio o actividad del seguro. El contrato es realmente aleatorio, porque la ocurrencia o ausencia de siniestros y el monto de ellos, durante la vigencia de cada contrato, determinan para el asegurador una ganancia o pérdida⁷¹.

Ahora bien, si se considera que se trata de un contrato de características y efectos propios, distinto del contrato de seguro, se trataría de un contrato conmutativo, ya que en estos contratos sus efectos son previsibles al momento de contratar, siendo las partes las que fijan el monto de la cotización y el plan de salud al que se adhieren.

- ✓ Es nominado: Está expresamente regulado en la legislación nacional, en la Ley n° 18.933 y sus posteriores modificaciones.
- ✓ De tracto sucesivo: Su cumplimiento se va verificando durante el transcurso del tiempo, permaneciendo la relación contractual vigente, mientras el contrato no opere la resciliación o la resolución del mismo.
- ✓ Es Individual: Para su formación es indispensable que todas las partes manifiesten su voluntad, resultando jurídicamente vinculadas. En tal

⁷¹ SANDOVAL LOPEZ R., Manual de Derecho Comercial. Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, 1990, Tomo II. Página 147.

sentido, la ISAPRE siempre contrata con un solo individuo, obligándose ambos recíprocamente.

- ✓ Es un contrato por adhesión: Los contratos por adhesión se caracterizan por la existencia de un desequilibrio en el poder negociador de los contratantes, en donde el oferente es que determina el contenido de las cláusulas del contrato y sus condiciones, y el aceptante debe limitarse a aceptarlas, sin poder condicionarlas en modo alguno. En el contrato de salud previsional, la ISAPRE es quien determina minuciosamente las condiciones del contrato siendo estos de general aplicación para todas las personas que deseen afiliarse a ella.

2.4 Partes del Contrato Previsional de Salud

En la figura del contrato previsional de salud, intervienen principalmente el Cotizante y la Institución de Salud Previsional; sin embargo, este contrato no produce efectos sólo entre ambos sujetos, sino que también puede producir efectos respecto de terceras personas. Para estos efectos el cotizante es aquella persona natural, trabajador dependiente o independiente, pensionados o que por forma voluntaria han suscrito un contrato de salud con alguna ISAPRE, por medio del cual entregan el 7 % obligatorio legal de su remuneración o la cifra que estipulen de común acuerdo con la institución con que suscriben el contrato.

Como terceros ajenos del contrato que pueden beneficiarse de los efectos de este, están los llamados “beneficiarios”, siendo la propia ley quien determina quienes pueden tener esa calidad.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 135, 136 y 202 del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud, tienen la calidad de beneficiarios:

- a) El cotizante o afiliado, que es la persona natural que suscribe el contrato previsional de salud
- b) Los familiares que causan asignación familiar⁷²
- c) Todas las personas que por voluntad de las partes, se vuelven beneficiarios del contrato de salud, a quienes se les denomina cargas médicas.

Por último, cabe mencionar que el contrato de salud previsional importa también a la Superintendencia de Salud, el cual como organismo fiscalizador se le debe informar de la suscripción del contrato.

3. Naturaleza Jurídica de la prestación otorgadas por las ISAPRES

Como se señaló en el capítulo II, el Sistema de ISAPRES forma parte de importantes reformas al sistema de salud, llevadas a cabo durante la década de los años 80.

El funcionamiento de estas instituciones dentro de la órbita constitucional, dice relación a la aplicación del principio de subsidiaridad consagrado en la Constitución Política, ya que es el Estado quien debe garantizar la ejecución de las acciones de Salud, y en ese sentido, no es el único que puede otorgarlas. La

⁷² De acuerdo a lo señalado en las letras b) y c) del artículo 136 del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud.

Artículo 136: Serán beneficiarios del Régimen: b) Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a) y d) del artículo anterior perciban asignación familiar; C) Las personas que respecto de los afiliados señalados en las letras b) y c) del artículo anterior cumplan con las mismas calidades y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar de un trabajador dependiente.

libertad que se consagra para la acción de los particulares en el plano de la salud, es una garantía constitucional para el obrar de las ISAPRES; sin embargo, ello debe hacerse en los términos que señala la ley.

La posibilidad de acción que tienen las ISAPRES en el campo de las prestaciones de salud, trae consigo la duda de si se tratan de servicios públicos en manos de privados o seguros propiamente tales. Optar por una u otra en esta dualidad, trae consigo importantes consecuencias en el ámbito de la libertad económica de las ISAPRES y el nivel de servicio, acceso y calidad que requieren los usuarios.

La dualidad existente hasta antes del año 2005, cedía a favor de las ISAPRES y su libertad económica como prestadoras de salud, existiendo márgenes amplios en la fijación de los precios de los contratos de salud. Hasta diciembre del 2003, existían más de 2.440 tablas de factores de riesgo por sexo y edad⁷³ en las ISAPRES, comportándose como verdaderos entes aseguradores.

El régimen existente hasta antes del año 2005, regulado por la Ley n° 19.381, otorgaba plena libertad a las ISAPRES en la modificación del precio base del plan y la tabla de factores, discriminando a las personas que pertenecían a un mismo plan de salud.

El año 2005, con la dictación de la Ley n° 20.015, se confirmó la naturaleza de servicio público que tienen los prestadores privados⁷⁴ dentro del sistema de

⁷³ Tribunal Constitucional, ROL 1710-10-INC, de fecha 6 de Agosto de 2010, considerando 31° del voto de la minoría de la Ministra Peña.

⁷⁴ ZARATE, S., Los Efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de ISAPRES, Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES. Apuntes Legislativos, Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Diciembre 2010. Página 3. En

salud, lo que justificó la restricción económica de que gozaban las ISAPRES hasta entonces. Se incorporaron a la Ley n° 18.933 los artículos 38, 38 bis y 38 ter, los cuales establecieron un nuevo Régimen para la determinación del precio en los contratos de salud previsional.

Esta visión de servicios públicos operados por prestadores privados, en virtud de la subsidiariedad del Estado, y el abandono en general de la idea de “seguros de salud”, ha traído consigo la exigibilidad de los derechos de las personas y el ejercicio de mecanismos de control existentes.

Los recursos de protección han aumentado en forma explosiva los últimos 10 años, considerando la década de los noventa, en ésta fueron 85 los recursos interpuesto contra las ISAPRES, mientras que del año 2000 al 2010, los recursos llegaron a cerca de 5000⁷⁵.

Por último es importante destacar la consideración que tuvo el Tribunal Constitucional en el ROL 170-2010, en donde se señala en su considerando n° 144 que “resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada ISAPRE no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, pues opera una relación de derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público”. Así se descarta absolutamente la idea de que estemos frente a un seguro de salud privado, y de ahí la importancia que tiene su regulación.

www.politicaspUBLICAS.uc.cl/media/publicaciones/pdf/20110317122727.pdf [Visitado el 22 de Julio de 2011]

⁷⁵ SOTO, S. Fallo ISAPRES; Una mirada de los derechos sociales y al rol de los jueces. En FERMANDOIS A., y DELAVEAU R., “Sentencias Destacadas”, Ediciones Libertad y Desarrollo, Ediciones 2009.

4. Determinación del Precio del Plan de Salud

4.1 Regulación anterior a la establecida en el año 2005

Las primeras regulaciones se encuentran en el Decreto con Fuerza de Ley n° 3 del Ministerio de Salud de 1981, publicado en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1981, que fijó las normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud por ISAPRES. En esta norma, la autonomía de la voluntad primaba al momento de contratar, sin existir en la legislación condición alguna que estableciera límites al contrato.

En su artículo 14 señala que la celebración del contrato de salud previsional con una determinada ISAPRE, se sujeta a los términos que las partes pacten en cuanto a su otorgamiento, forma, modalidad, y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud.

Con la entrada en vigencia de la Ley n° 18.933, se derogó lo establecido en el referido Decreto con Fuerza de Ley, limitándose la libertad que tenían las ISAPRES para fijar las condiciones del contrato de salud. De este modo, se estableció en su artículo 38 que las ISAPRES podían revisar los contratos de salud transcurrido un año de la vigencia del contrato, pudiendo sólo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y naturaleza y monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importaran una discriminación entre los afiliados de un mismo plan, salvo lo referido a las condiciones particulares pactadas por cada persona al momento de su afiliación, lo que no podía tener relación a consideraciones en torno a la edad del afiliado.

De este modo, se excluyó por primera vez la edad para consideraciones de fluctuaciones del precio del plan de salud. Lamentablemente, con la modificación posterior introducida por la Ley n° 18.959, se suprimió la edad como limitación a la discriminación, reemplazándose por consideraciones al estado de salud de la misma.

Después en el año 1995, con la Ley n° 19.381, se contempló por primera vez en la legislación los criterios de edad y sexo para la determinación de los valores de los planes. Así señalaba que “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”⁷⁶. Puede apreciarse que de una legislación prohibitiva en torno a consideraciones relacionadas con la edad, pasamos a una que la permitió expresamente.

4.2 Regulación a partir del año 2005

A partir del año 2005 con la entrada en vigencia de la Ley n° 20.015 y la Ley n° 19.966, el precio de un plan de salud está conformado por los siguientes elementos:

- El Precio Base: El cual según el artículo 170 letra m) del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 del año 2005, corresponde al “precio asignado por la

⁷⁶ Inciso quinto del artículo 36 de la Ley n° 18.933, introducido por la Ley n° 19381. Actualmente derogado por la Ley n° 20.015, Publicada en el Diario Oficial el día 17 de mayo de 2005.

institución a cada plan de salud". Este es el mismo para todos los afiliados a un determinado plan de salud. Las ISAPRES pueden revisar los contratos de salud, pudiendo modificar el precio base, con las limitaciones que establece el artículo 198 del mismo cuerpo, siempre que no importen una discriminación entre los afiliados del mismo plan, no pudiendo tenerse en consideración para ello, el estado de salud del afiliado y beneficiario.

- Factor Etario: En este punto se aplica la tabla de factores de riesgo, en consideración a la edad que tiene el afiliado o sus beneficiarios y el sexo de ellos. A partir del 2005, se redujo la infinidad de tablas existentes, a una tabla por plan y a no más de dos para todos los planes comercializados por las ISAPRES.
- Valor de GES: Este es introducido por la Reforma de Salud tratada en el Capítulo I de este trabajo, y es el mismo para todos los beneficiarios de la ISAPRE, sin que pueda aplicarse para su determinación la relación de precios por sexo y edad prevista en el contrato para el plan complementario⁷⁷.

A partir de esto, el precio del plan de salud de cada afiliado se determina multiplicando el precio base del plan solicitado, por la suma de los factores que corresponda al afiliado y demás beneficiarios, de acuerdo a la tabla de factores de riesgo, sumando a este resultado el valor.

⁷⁷ Decreto con Fuerza de Ley n° 1 del 2005 del Ministerio de Salud, artículo 205 inciso 4°.

5. Formación de la Tabla de Factores de Riesgo

Como ya señalé, la ley le otorga al Superintendencia de Salud la potestad de determinar la estructura de la tabla de factores de riesgo que será determinante en el precio del contrato de salud previsual. Asimismo, es la ley la que le señala a la Superintendencia de Salud las reglas para la elaboración de esa estructura.

El artículo 38 ter de la Ley n° 18.933, actual artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, señala:

“Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsual por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, él 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 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 por 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, no podrá alterarse para quienes se incorporan 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 esta 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”.

De este modo, el inciso primero del artículo, señala el procedimiento que debe realizar la ISAPRE para poder determinar el precio del plan de salud en torno a la tabla de factores de riesgo. Luego en inciso segundo ordena a la Superintendencia de Salud la fijación de la estructura de las tablas, reiterando lo señalado en el artículo 170 letra n) del Decreto con Fuerza de Ley n°1 de 2005 del

Ministerio de Salud. Lo nuevo está en que el inciso siguiente señala las reglas para realizar la elaboración de esa estructura, las cuales las tres primeras se refieren a la edad, mientras que las 2 últimas atienden a los criterios de relación de los factores. Su importancia está en el hecho de que la Superintendencia tiene esos límites en la ejecución de la potestad que se le otorga y las ISAPRES por su parte, dentro de la libertad económica que poseen, pueden determinar los numerales de cada tabla que terminarán fijando el precio del contrato de salud previsional.

En el inciso cuarto, se consagra la libertad económica de las ISAPRES y a la vez se resguarda la posición del cotizante frente a la entidad, en cuanto los valores establecidos en la tabla de factores no puede variar a fin de aumentarlos bajo ningún caso, permitiéndose únicamente la disminución de ellos. Los incisos restantes, regulan principalmente la proporcionalidad que debe existir entre los diversos factores en la tabla de factores de riesgo.

Tramo /Edad	Cotizante Hombre	Cotizante Mujer	Cargas Hombre	Cargas Mujer
0 a menos de 2	1.80	1.80	1.80	1.80
2 a menos de 5	0.80	0.80	0.80	0.80
5 a menos de 10	0.70	0.80	0.60	0.60
10 a menos de 15	0.70	0.80	0.60	0.60
15 a menos de 20	0.70	1.30	0.60	0.75
20 a menos de 25	0.70	2.17	0.60	1.00
25 a menos de 30	0.90	2.50	0.70	1.40
30 a menos de 35	1.00	2.78	1.00	1.60
35 a menos de 40	1.05	2.60	1.05	1.60
40 a menos de 45	1.26	2.45	1.26	1.60
45 a menos de 50	1.40	2.70	1.30	1.75
50 a menos de 55	1.75	2.99	1.75	2.10
55 a menos de 60	2.22	3.34	1.90	2.20
60 a menos de 65	2.70	3.70	2.60	2.70
65 a menos de 70	3.70	3.70	3.70	3.70
70 a menos de 75	4.00	4.00	4.00	4.00
75 a menos de 80	4.50	4.30	4.50	4.30
80 años y más	5.00	4.80	5.00	4.80

Como consecuencia de lo anterior las tablas de factores de riesgo pueden reducirse a la siguiente tabla contenida en el contrato de plan de salud previsional anexado⁷⁸:

Como puede apreciarse, los menores de dos años tienen un factor mayor a un menor de 3, lo que incrementa el precio del plan de salud. Además, puede observarse que en el caso de las mujeres de 15 años hacia adelante, comienza a incrementarse el factor de riesgo, en atención a la edad fértil, lo que permite suponer que harán uso de los servicios de salud con más frecuencia que los hombres.

Por último, como observación general, llama la atención con lo que ocurre con las personas de 60 años y más, sobre todo considerando que a partir de esa edad, las mujeres pueden jubilarse, y considerando también que los hombres lo pueden hacer a partir de los 65, lo que en teoría disminuye su capacidad económica en muchos casos. Las mujeres se mantienen en los 3.70, teniendo un incremento en el factor de 0.30 a los 70 años, y nuevamente de 0.30 a partir de los 75, para finalizar con un incremento de 0.50 de los 80 años y más. En el caso de los hombres el aumento es mucho mayor, pues de los 60 a los 65 años hay un aumento del 1 punto, para luego a partir de los 70 aumentar en 0.30 el costo del plan. De ahí hasta los 80 y más el aumento constante es de un 0.50. En definitiva, puede observarse que mientras más años tiene una persona más caro le es mantener su plan de salud.

La pregunta que cabe señalar entonces es si existe realmente una protección al derecho constitucional contemplado en el artículo 19 n°9 de la Constitución en la aplicación de la tabla de factores de riesgo al momento de

⁷⁸ Tabla de Factores obtenida de Contrato de Salud Previsional ofrecido por ISAPRE CONSALUD, para Plan Hombre de Libre Elección 1100 – 15-PH1100-10 (Anexo al trabajo)

determinar el precio en el contrato de salud previsional. A continuación se expondrá brevemente el fallo del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley 18.933.

6. Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley n° 18.933

Con fecha 6 de Agosto del año 2010, el Tribunal Constitucional haciendo uso de sus atribuciones establecidas en el artículo 93 de la Constitución Política, mediante un control represivo de constitucionalidad, declaró la inconstitucionalidad de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter en la causa Rol 1710-2010. Este procedimiento, fue iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional, en virtud de diversos fallos⁷⁹ en donde se declaró inaplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.933, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de Ministerio de Salud del año 2005.

6.1 Artículo 93 n° 7 de la Constitución Política

La facultad del Tribunal Constitucional de realizar un control represivo de las leyes, fue incorporada a través de la reforma a la Constitución del año 2005, por medio de la Ley n° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de Agosto de 2005. El texto constitucional consagra dicha facultad en los siguientes términos:

“Artículo 93: Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

⁷⁹ Roles 976-2007, 1218-2008, 1287-2008 y 1273-2008.

7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior⁸⁰”

La declaración de inconstitucionalidad es definida por el Sr. Juan Colombo Campbell como “Un contencioso objetivo que se genera una vez dictada la ley o el acto administrativo cuestionado de inconstitucionalidad. En el Derecho Comparado es la facultad típica de la Corte Suprema Norteamericana y en Europa y América Latina de los Tribunales Constitucionales⁸¹ .

La inconstitucionalidad de un precepto legal, entendido como una norma jurídica o parte de ella, puede ser declarada mediante petición de parte, por medio de una acción pública, o de oficio por el Tribunal Constitucional. Ambas, deben fundarse en declaraciones de inaplicabilidad del precepto que intenta ser declarado inconstitucional, anteriores a la solicitud o inicio del procedimiento. Así lo establece el artículo 47 V de la Ley n° 17.997, correspondiente a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el cual señala:

“La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”

⁸⁰ Constitución Política de Chile, Artículo 93; “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: n° 6: 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”.

⁸¹ COLOMBO J., Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia, en ZUÑIGA F., Reforma Constitucional, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, Página 559 en Sentencia del Tribunal Constitucional ROL 1710-2010, considerando 1°.

La declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, es por tanto, el antecedente jurídico de la declaración de inconstitucionalidad; la primera posee efectos sólo entre las partes; la otra, produce efectos *erga omnes* y de ahí la importancia que ella tiene.

Autores nacionales como el Sr. Fernando Atria⁸², han criticado las facultades que tiene el Tribunal Constitucional, en torno a dejar sin efecto una norma que ha nacido a la vida del Derecho con total eficacia, mediante un acto legislativo, reflejo del poder democrático existente en Chile, de tal modo de ubicar al Tribunal Constitucional por sobre los demás órganos del Estado que están legitimados por la ciudadanía.

Por otro lado, el Sr. Piero Calamandrei, en su obra "Ilegitimidad Constitucional de las Leyes en el Proceso Civil", advertía de los problemas que podría traer consigo la politización de la Judicatura Constitucional, ya que a través de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de una ley de alto impacto político, los partidos podrían crear las circunstancias para abrir un debate político dentro de la judicatura, en donde resultaría muy difícil que un juez se abstenga de sus pensamientos políticos a la hora de dictar una sentencia que tiene tales repercusiones⁸³. Ambos autores nos llevan a pensar en la falta de certeza jurídica que se ocasiona con la declaración de inconstitucionalidad y el peligro asociado a ello.

Sin embargo, la consagración de esta facultad, más allá de los temores que genera, permite fortalecer el principio de Supremacía Constitucional, ya que el

⁸² ATRIA, F., "El Tribunal Constitucional y la objeción a la Democracia", Revista de Derecho 1993. Vol 20, N° 2-3, Páginas 367 a 378.

⁸³ ZUÑIGA, F., Control de Constitucionalidad: Recurso de Inaplicabilidad y Cuestión de Constitucionalidad en la Reforma Constitucional. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Talca, 2004. Página 221. En <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82020109.pdf> [Visitado el 22 de Julio de 2011]

Tribunal Constitucional, mediante su actuar, da certeza y eficacia a la norma constitucional previniendo que los órganos del Estado sometan su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, según lo señala el artículo 6 del mismo cuerpo, junto con materializar los principios de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley.

Aún más, el veto presidencial n° 18 sobre la Reforma a la Constitución llevaba a cabo el año 2005, señalaba la importancia y beneficios de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional: “El acto que caracteriza la expresión moderna de los Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, puesto que diferencia a los demás órganos del Estado, que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de la última ratio que dicha fórmula exige”.

6.2 Efectos de la Sentencia que Declara la Inconstitucionalidad de una Ley

El artículo 94 de la Constitución Política señala que contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno, sin perjuicio de que puede conforme a la ley rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido. En tal sentido, ellas son absolutas e inimpugnables.

En cuanto a los efectos propiamente tales de la sentencia de inconstitucionalidad, el artículo 94 en su inciso 3° señala:

"En el caso del n° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo"

A raíz de lo anterior, es posible señalar que la sentencia no tiene efecto retroactivo, es decir, sólo producirá efectos hacia el futuro.

A pesar de esta consideración, el Tribunal Constitucional al dictar sentencia en la causa Rol 1552-2009, con fecha 28 de octubre de 2010⁸⁴, le otorgó particulares efectos a la sentencia de inconstitucionalidad. El caso versó sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad efectuado por un usuario de ISAPRES, al cual se le realizó un alza de su plan de acuerdo a la tabla de factores que tiene su raíz en el artículo 38 ter de la Ley n° 18.933. En este caso, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta, en el considerando 6°, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, se entienden incorporadas al contrato las leyes vigentes al momento de su celebración, incluso después de derogadas. Produciéndose la Ultractividad de la ley, lo que conlleva a aplicar una ley que no se encuentra vigente en el ordenamiento, pero que sí lo estaba al momento de la celebración del contrato.

No obstante lo anterior, en el considerando 8° de la sentencia el Tribunal Constitucional señala: "Que no es posible reconocer que los efectos de un precepto excluido del ordenamiento normativo, por contravenir lo ordenado en la Constitución, puedan invocarse en virtud de su incorporación a una relación

⁸⁴ La sentencia se dictó con posterioridad a la declaración de inaplicabilidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley n° 19.833.

contractual mientras aquél estuvo vigente. Desde luego, la Carta Política – artículo 94, inciso tercero- no asimila la exclusión que provoca la declaración de inconstitucionalidad a la derogación de la norma, puesto que ella, según el mandato constitucional, se “entenderá” derogada, con lo cual se ha querido significar que ha perdido su vigencia. No puede, por consiguiente, igualarse jurídicamente la legitimidad que brinda una ley posteriormente derogada con la legitimidad de que está dotada aquella situación cubierta por el efecto irretroactivo de la norma declarada inconstitucional. Además, no parece posible que un precepto invalidado por esta Magistratura –puesto que la declaración de inconstitucionalidad lo priva de efectos desde la publicación de la sentencia respectiva en el Diario Oficial- pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”. En la práctica se ha otorgado un efecto retroactivo, justificado en la falta de legitimidad de la norma posteriormente declarada inconstitucional.

Por último, cabe señalar, el considerando 27° en la causa Rol 1710-2010 del Tribunal Constitucional, en donde se consideró en que el artículo 94 de la Constitución Política al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucional, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito, sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro.

De esta derogación sui generis, puede desprenderse que una norma declarada inconstitucional, no tendrá en ningún caso, valor para la aplicación en el futuro, ni aun cuando sea parte de la legislación incorporada en el contrato.

6.3 Fallo del Tribunal Constitucional en Causa Rol 1710-2010

Como ya lo he mencionado, en esta causa se declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley n° 19.833; sin embargo, no se han señalado las consideraciones de derecho, que sirvieron de fundamento a la decisión del Tribunal. Por lo tanto, a continuación expondré dónde estuvo la vulneración a la norma constitucional que justifica la declaración antes señalada.

La declaración de inconstitucionalidad recayó sobre la vulneración a los derechos consagrados en la Constitución Política, asegurados a todas las personas en los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19, es decir, por vulnerarse la Igualdad Ante la Ley, el Derecho a la Protección de la Salud y el Derecho a la Seguridad Social.

El Tribunal Constitucional mediante un examen abstracto, independiente de consideraciones concretas, que consistió en contraponer la norma constitucional con la norma que se estimó inconstitucional, tuvo por objeto en este proceso examinar si el artículo 38 ter de la Ley n° 19.833⁸⁵:

- a. Cumplía con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud, en el cual actúan las ISAPRES, especialmente en lo que concierne al rol del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas las personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las

⁸⁵ Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 1710-2010, considerando 143°

prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado;

b. Cumplía con ser indispensable para alcanzar los fines señalados;

c. Si guardaba proporcionalidad con tales objetivos.

Para llevar a cabo el examen anterior, el Tribunal Constitucional ponderó el artículo 38 ter, según el criterio de la razonabilidad, que postula la proporcionalidad de medios y fines al momento de regular o establecer una limitación a un derecho fundamental; teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad⁸⁶, de necesidad⁸⁷ y de proporcionalidad⁸⁸. El resultado que se obtuvo fue que los numerales 1,2 ,3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter en cuestión, no cumplían con los supuestos recién descritos en las letras a, b y c, siendo incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, lesionando asimismo los derechos de Protección a la Salud y Seguridad Social.

De este modo, el Tribunal Constitucional concluyó entre los considerandos que personalmente parecen ser más determinantes:

- **En relación a la Igualdad ante la Ley:**

⁸⁶ Según él la medida limitativa del derecho debe ser apta para el logro del fin propuesto por el legislador.

⁸⁷ Conforme a él entre las diversas alternativas de regulación o limitación, se ha de escoger la que resulte menos nociva para el derecho.

⁸⁸ Consiste en verificar que la limitación de que se trata guarde una relación razonable o proporcionada con el fin que se persigue obtener. Procede su utilización luego de haber aplicado los dos criterios anteriores.

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

*CENTESIMOCUADRAGESIMOCTAVO: Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura en sentencias recientes –roles 1273 y 1348-, la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: **i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen** (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), **ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional** (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), **iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer** (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y **iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud** (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución);*

- **En relación al Derecho a la Protección de la Salud:**

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

CENTESIMOQUINCUGÉSIMO: Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 estableció, por el plazo de 10 años contados desde la entrada en vigencia de dicha legislación, la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo;

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

CENTESIMOQUINCUGESIMOSEGUNDO: Que los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto

del numeral 9º del artículo 19 de la Carta Fundamental, **en orden a fijar "las condiciones" del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud** y, por consiguiente, son inconstitucionales;

*CENTESIMOQUINCUGESIMOTERCERO: Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado. Así, el precio final del plan de salud que debe pagar el afiliado a una ISAPRE se determina multiplicando el precio base por el respectivo factor de edad que corresponda al afiliado o a alguno de los beneficiarios, de conformidad a la respectiva tabla de factores (artículo 170, letra m), del D.F.L. N° 1, de Salud, 2005). Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la ISAPRE, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y **los factores de cada tabla son libremente determinados por la ISAPRE**. A través de este mecanismo, en consecuencia, **no se han fijado directamente por la ley "las condiciones" que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación**, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del **afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca;***

*CENTESIMOQUINCUGESIMOQUINTO: Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material **es exponencial**, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la **ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables**, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la ISAPRE aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.*

*El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, **precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar.** Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una ISAPRE.*

*Por otra parte, dicho mecanismo **potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años,** que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución;*

*CENTESIMOQUINCUGESIMOSÉPTIMO: Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto **impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse,** sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, **el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite,** especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de "**cotizante cautivo**" que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional;*

CENTESIMOQUINCUGESIMOCTAVO: Que en relación al número 4 citado, debe agregarse que respecto de la sola formulación del precepto impugnado, sin vinculación con el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, esto es, en su

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

- **En relación al Derecho de la Seguridad Social:**

CENTESIMOQUINCUGESIMONOVENO: Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, **no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla** que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, **ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social**, se vulnera su propósito esencial: "La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. **La necesidad de proteger de estas**

contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal" (Héctor Humeres Noguera: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, Ob. cit., p.23);

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

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

Una vez publicada en el Diario Oficial la sentencia comentada, con fecha 9 de Agosto de 2010, se derogaron automáticamente los preceptos declarados inconstitucionales. Por tanto, la norma quedó en los siguientes términos:

"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, él 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.- Derogado

2.- Derogado

3.- Derogado

4.- Derogado

5.- En Cada tramo el factor que corresponda por 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, no podrá alterarse para quienes se incorporan 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 esta 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”.

7. Situación Actual de la Tabla de Factores de Riesgo

Como puede apreciarse, la tabla de factores de riesgo aún se encuentra vigente en nuestra legislación, pues, lo que fue declarado inconstitucional fueron los criterios que tiene la Superintendencia para determinar los factores que determinen la tabla, y es más, ahora las ISAPRES son potencialmente más libres para determinar los factores de cada tabla que empleen teniendo como único límite el numeral 5 del inciso tercero, pues como no se derogó el artículo completo, los demás incisos tienen plena vigencia, siendo por ende válidos los contratos que celebren con los afiliados.

La Magistrado Marisol Peña ya advertía esta situación señalando en su considerando 44º “que al declararse inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, objeto del proceso, y por efecto de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución, tales numerales quedarían derogados desde la fecha de publicación de la sentencia en el Diario Oficial. Concretamente, lo que quedará derogado, a partir de ese momento, serán las reglas a las cuales debía sujetarse, hasta hoy, la Superintendencia de Salud para fijar los rangos de edad que componen las tablas de factores sobre la base de tramos que consideran: a) desde el nacimiento hasta los dos años de edad; b) desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta, con un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; c) la determinación de tramos desde los ochenta años de edad; y d) la fijación, cada diez años, de la relación máxima entre el factor más bajo y el más

alto de cada tabla, diferenciada por sexo. Al no declararse inconstitucional el numeral 5 del inciso tercero del artículo 38 ter que se analiza, subsiste el imperativo de que, en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no pueda ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo"; y luego en el considerando 45º "que si lo único que se declara inconstitucional y, por ende, quedará derogado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial, es la estructura de la tabla de factores en base a los tramos que se consideraban, hasta hoy, en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, cabe preguntarse cómo se determinará, de ahora en adelante, la mencionada estructura de la tabla de factores, la que sigue considerando los diversos tipos de beneficiarios en base a los criterios de sexo, edad y condición de cotizante o carga, como se desprende del inciso segundo del artículo 38 ter, que permanece vigente. Cabe recordar aquí lo afirmado en el Informe Técnico de la firma Clarke y Asociados en el sentido que "la existencia de tablas de factores, es simplemente el reflejo en precios de los costos asociados a la atención en salud, de acuerdo a la edad y sexo, y que las propias personas deben financiar".

Por otra parte, con el fallo nace la necesidad de una solución legislativa a lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la determinación de los factores de la tabla por parte de la Superintendencia de Salud, pues como bien dijo el Tribunal, esto vulnera el principio de Reserva Legal, siendo absolutamente necesario que los factores se determinen mediante una ley, y no por un acto administrativos, por el valor de los bienes jurídicos protegidos con dicho acto.

En la práctica, las ISAPRES siguen manteniendo contratos de salud previsional que incorporan Tablas de Factores como la señalada en el punto 5 del capítulo. Es decir, siguen siendo determinantes el sexo y la edad, aplicándose los mismos criterios que fueron declarados inconstitucionales.

Como vimos, el mecanismo para resguardar los derechos contemplados en la Constitución, frente a una nueva alza de precios, es interponer una solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que en virtud de lo visto en el fallo 1552-2009, por las características especiales de la derogación de la ley declarada inconstitucional, los numerales que determinaban la estructura de la tabla, no podrían ser aplicados en el precio del contrato de salud.

Los problemas que se ocasionan con este “silencio” en la ley, para las personas que se encontraban afiliadas a una ISAPRES antes de la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley n° 18.933, apuntan en primer lugar, al conocimiento de los efectos de dicha declaración, es decir, las asimetrías de información existentes para el afiliado, le podrían causar desprotección y desigualdad frente a otro que puede exigir que dicha tabla no le sea aplicada en un alza de precio por ejemplo, ya que las ISAPRES como entidades privadas, no fomentan el conocimiento de la materia a los afiliados; y en segundo lugar, el costo que tiene para el afiliado proteger a sí mismo sus derechos constitucionales vulnerados, pues necesariamente se requiere de los servicios de un Abogado, costo económico que no todos pueden soportar, ya que desde la declaración de inconstitucionalidad, no se le ha otorgado a la Superintendencia de Salud ninguna facultad especial para poder proteger a los cotizantes de ISAPRES, en estos casos.

8. La Protección de la Salud en el Proyecto de Ley Corta de ISAPRES II

Debido a la declaración de inconstitucionalidad tratada en este capítulo, nació la necesidad de legislar para así suplir el vacío legal que se produjo con la sentencia del Tribunal Constitucional.

Con fecha 16 de marzo del año 2011, se ingresó un Proyecto de Ley al Congreso que Introduce criterios de razonabilidad y solidaridad en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud, que tiene por objeto modificar el Decreto con Fuerza de Ley n° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en lo que respecta a las tablas de factores y a la adecuación del precio base de los contratos de salud. En la opinión pública se ha denominado Proyecto de Ley Corta de ISAPRES II.

Su finalidad es abordar las alzas de precio de los planes de salud, en torno a las exigencias de protección del derecho a la salud, como a los requerimientos de razonabilidad que deben regir dichas adecuaciones, a la luz de lo señalado por los tribunales.

A continuación se transcribirá el Proyecto de Ley referido recientemente para luego efectuar un análisis del mismo:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo Único.- Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, de la siguiente forma:

1) Reemplázase en el literal n) del artículo 170, la oración “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”, por la siguiente: “La expresión “tabla de factores”, por aquella tabla que muestra la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas según edad, sexo y condición de cotizante o carga”.

2) Reemplázase en el inciso tercero del artículo 197, la oración “Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”, por la siguiente: “Sólo se podrán ofrecer planes que estén disponibles para todos los afiliados y su precio corresponderá al precio base multiplicado por los factores correspondientes a cada beneficiario, según la tabla de factores definida en esta ley o aquella que la reemplace”.

3) Incorpórase el siguiente artículo 197 bis, nuevo:

“Artículo 197 bis.- El Instituto Nacional de Estadísticas anualmente deberá calcular, respecto del Sistema de Instituciones de Salud Previsional, indicadores referenciales de la variación de los precios de las prestaciones de salud, de la variación experimentada en la frecuencia de uso de las mismas y de la variación del gasto en subsidios por incapacidad laboral. Para estos efectos, la información a considerar corresponderá al período definido en el reglamento, el que no podrá ser superior a cinco años.

Un reglamento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, suscrito además por el Ministro de Salud, establecerá las demás materias necesarias para el ejercicio de esta función.

Para los efectos descritos en los incisos precedentes, a más tardar el último día hábil de noviembre de cada año, la Superintendencia de Salud deberá proporcionar al Instituto Nacional de Estadísticas toda la información de que disponga y que sea necesaria para que dicho órgano pueda cumplir adecuadamente con sus funciones. Sin perjuicio de lo anterior, el referido Instituto podrá solicitar a dicha Superintendencia cualquier antecedente que le parezca pertinente y relevante para el cumplimiento de estos fines.

Los indicadores a que alude esta disposición serán informados a la Superintendencia de Salud por el Instituto Nacional de Estadísticas, a más tardar, el último día hábil del mes de enero de cada año; una vez recibida dicha información, la Superintendencia la publicará en el Diario Oficial y en su página web.”.

4) Agregase el siguiente artículo 197 ter, nuevo:

“Artículo 197 ter.- Un Panel de Expertos con carácter de asesor, en adelante “el Panel”, cada dos años calculará una banda referencial de variación porcentual de los precios base de los planes de salud basado en los indicadores elaborados por el Instituto Nacional de Estadística de conformidad al artículo anterior.

Al efecto, el Panel evaluará la varianza estadística de los datos utilizados por el Instituto Nacional de Estadística en el cálculo de los indicadores de referencia, las condiciones existentes en el mercado, las variaciones en la productividad y los cambios tecnológicos en el sector.

A más tardar el último día hábil de enero del año que corresponda, la Superintendencia de Salud y el Instituto Nacional de

Estadística deberán proporcionar al Panel toda la información de que dispongan y que sea necesaria para que dicho órgano pueda cumplir adecuadamente con sus funciones. Sin perjuicio de lo anterior, el referido Panel podrá solicitar a la Superintendencia de Salud cualquier antecedente que le parezca pertinente y relevante para el cumplimiento de sus fines.

La banda referencial determinada de conformidad a este artículo será informada a la Superintendencia de Salud, a más tardar, el último día hábil del mes de febrero del año respectivo. Una vez recibida la información por la referida Superintendencia, ésta la publicará en el Diario Oficial y en su página web.

5) Agrégase el siguiente artículo 197 quáter, nuevo:

“Artículo 197 quáter.- El Panel estará integrado por las personas que se indican a continuación, quienes ejercerán sus funciones por un período de cuatro años:

a) Un académico de una universidad acreditada de conformidad a la ley N° 20.129, que deberá estar en posesión de un título de una carrera profesional de, a lo menos, diez semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado, o reconocido por éste; quien deberá ser experto en el área de la administración, de la gestión, de la ingeniería, de la economía o de las finanzas.

b) Un académico de una universidad acreditada de conformidad a la ley N° 20.129, que deberá estar en posesión de un título profesional de una carrera de, a lo menos, diez semestres de duración, otorgado por

una universidad o instituto profesional del Estado, o reconocido por éste; quien deberá ser experto en el área de la salud pública o de la gestión en salud.

c) Un profesional experto en alguna de las áreas señaladas en las letras precedentes.

Los integrantes del Panel serán nombrados previo concurso público de antecedentes, proceso que se fundará en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Dicho concurso será convocado por el Ministerio de Salud y resuelto por dicho organismo, de común acuerdo, con el Ministro de Economía, Fomento y Turismo.

Además, los miembros del Panel deberán reunir los siguientes requisitos:

a) No haber sido condenado o encontrarse acusado por delito que merezca pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos, por delitos tributarios o por los contemplados en la ley N° 18.045.

b) No haber sido administrador o representante legal de personas condenadas por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta establecidos en la Ley de Quiebras.

c) No haber prestado él ni su cónyuge, servicios, de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar, a una Institución de Salud Previsional o al Fondo Nacional de Salud, en el año anterior a su designación.

La función de integrante del Panel es incompatible con la calidad de accionista, director, gerente, trabajador dependiente o asesor de una Institución de Salud Previsional.

El Panel contará con un secretario ejecutivo, que será funcionario de la Superintendencia de Salud, quien estará encargado de coordinar su funcionamiento. Dicho funcionario será designado por el Superintendente y no tendrá derecho a voto.

Una vez constituido el Panel, en su primera sesión elegirá de entre sus integrantes al experto que lo presidirá. Ante la ausencia del presidente a una sesión, el cargo será subrogado según lo que disponga el reglamento.

El Panel funcionará con un mínimo de dos de sus integrantes y sus acuerdos deberán adoptarse por la mayoría simple de quienes estén presentes en la sesión respectiva. En caso de empate, decidirá el voto de su presidente.

El procedimiento para designar a los miembros del Panel, como también, los mecanismos de adopción de acuerdos por parte de sus miembros, serán establecidos en el reglamento señalado en el inciso segundo del artículo 197 bis.”.

6) Modifícase su artículo 199 del siguiente modo:

a) Agrégase el siguiente inciso segundo, nuevo:

“Habrá una tabla única de factores para todos los planes que comercialicen las Instituciones de Salud Previsional, cuyos tramos de edad y factores serán los siguientes:

EDAD	COTIZANTE		CARGA	
	MASCULINO	FEMENINO	MASCULINO	FEMENINO
0 a 19 años	0,720	0,720	0,720	0,720
20 a 24 años	0,800	1,200	0,750	0,900
25 a 29 años	0,850	2,000	0,750	1,400
30 a 34 años	1,000	2,300	0,800	1,850
35 a 39 años	1,050	2,300	0,900	1,750
40 a 44 años	1,250	2,300	1,200	1,600
45 a 49 años	1,400	2,300	1,200	1,600
50 a 54 años	1,900	2,600	1,700	1,850
55 a 59 años	2,400	3,200	1,900	2,200
60 a 64 años	3,300	3,200	2,900	2,500
65 años y más	3,600	3,200	3,600	3,000

b) Elimínanse los actuales incisos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto.

Disposiciones Transitorias

Artículo 1°.- Todos los planes de salud que comercialicen las Instituciones de Salud Previsional a contar del primer día del mes subsiguiente al de la vigencia de la presente ley, incluidos aquéllos que se ofrezcan como alternativos en los procesos de adecuación, deberán contener la tabla de factores única.

Se prohíbe a las Instituciones vender planes que contengan una tabla de factores distinta a la contenida en el artículo 199.

Artículo 2°.- En las adecuaciones contractuales que tengan lugar dentro de los dieciocho meses siguientes a la vigencia de esta ley, no regirán las prohibiciones establecidas en el numeral 6 del artículo 198 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que impiden a las Instituciones de Salud Previsional ofrecer o pactar planes alternativos con menos de un año de comercialización o que, cumpliendo esa condición, no tengan personas adscritas a ellos.

Artículo 3°.- Las Instituciones de Salud Previsional deberán ofrecer a los afiliados que lo soliciten formalmente, antes del cumplimiento de su anualidad, planes alternativos que contengan la tabla única que regula esta ley. Asimismo, las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a acceder a la desafiliación de aquellos cotizantes a cuyo respecto no hubiere transcurrido un año de vigencia de los beneficios y que solicitaren expresamente su desvinculación de la Institución.

Artículo 4°.- En la primera oportunidad en que las Instituciones de Salud Previsional notifiquen a sus afiliados la variación del precio de su plan de salud por efecto del cambio de factor etario en virtud de una tabla incorporada a su contrato a la entrada en vigencia de esta ley, sin que haya mediado una adecuación del precio base del mismo, deberán ofrecerle un plan alternativo, el que necesariamente contendrá la tabla de factores única, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° transitorio de este cuerpo legal.

Artículo 5°.- Para todos los efectos, se entenderá que los cotizantes que estando facultados para cambiarse a otro plan con la nueva tabla, no lo hagan, han optado por permanecer en sus planes de salud con las tablas de factores que tenían incorporadas a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, y han consentido en que las mismas continúen aplicándose a sus contratos de salud.”

El Proyecto de Ley transcrito me merece los siguientes comentarios:

1. La incorporación del Instituto Nacional de Estadísticas para anualmente calcule indicadores referenciales de la variación de los precios de las prestaciones de salud, contribuye a dar una mayor transparencia al sistema de gastos e ingresos que tienen las ISAPRES.
2. El proyecto de ley contempla la creación de un “Panel de Expertos”, que cada dos años calculará una banda referencial de variación porcentual de los precios base de los planes de salud, tomando en consideración los indicadores que elaborará el Instituto de Nacional de Estadísticas y la información entregada por la Superintendencia de Salud. Según vimos, en la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1710-2010, en su considerando 158° se señalaba que *“la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud, que es la materia cobijada en la reserva legal que nos ocupa, se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas...”* y tal sentido la determinación del precio del contrato de salud forma parte de las condiciones en que se prestan las acciones de salud por parte de las ISAPRES, por lo tanto, nuevamente se incurre en el error de otorgar a un órgano administrativo, como lo es el Panel de Expertos, amplia discrecionalidad en la decisión del aumento que experimentarán los contratos de salud cada dos años. Situación que en virtud de intereses que se vinculan a tal decisión, como lo es el Derecho a la Protección de la Salud y demás derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, no puede quedar en manos de un órgano de carácter administrativo.
3. Se elimina el inciso que consagra la libertad de las ISAPRES para fijar el valor de los planes de salud, lo que en cierta medida refleja la intención sería que existe

de parte del legislador de efectuar una regulación exhaustiva de la fijación de precios del contrato de salud previsional en el mercado. Esto si bien es un aspecto positivo, puede traer consecuencias insospechadas en cuanto a la calidad de los servicios de salud, pues, podría existir menos incentivos para el sector privado en tecnologías y recursos humanos, por ende, se hará necesaria una regulación posterior de estas materias.

4. En relación a las disposiciones transitorias contempladas en el proyecto de ley, es necesario entender, que éstas en la adecuación a la normativa vigente, cumplen un rol fundamental en lo que dice relación a los derechos de las personas que se encuentran afiliadas a alguna ISAPRE al momento de entrar en vigencia dicho proyecto de ley. Llamamos la atención los siguientes artículos transitorios:

- Se consagra la obligatoriedad en la utilización de la tabla de factores de riesgo establecida en el proyecto, para todos los contratos que se comercialicen en las ISAPRES a partir del primer día del mes subsiguiente a la vigencia del proyecto de ley; sin embargo, respecto de las personas que ya se encuentren afiliadas a alguna ISAPRE, no se establece la obligatoriedad de efectuar el cambio de las tablas de factores a los contratos vigentes, es más, el afiliado es quien debe solicitar a las ISAPRES los planes alternativos que contengan la tabla de factores única, y los que no realicen tal solicitud, podrán seguir siendo objeto de tablas discriminatorias y que vulneren su derecho a la protección de la salud. El espíritu de la ley, no se condice con la vulnerabilidad que seguirá existiendo para todas las personas afiliadas a las ISAPRES.
- El artículo 4 establece la obligación de las ISAPRES de incorporar en un plan alternativo la tabla de factores única, el que deberá ser ofrecido en la primera

oportunidad que notifiquen a sus afiliados la variación del precio de su plan de salud por causa del factor etario incorporado en la tabla de su contrato, siempre que no haya variado el precio base del plan de salud. Es decir, las ISAPRES pueden mantener al afiliado bajo el contrato de salud previsional original, con todos los elementos de éste, como la tabla de factores establecida bajo normas declaradas inconstitucionales, mientras no modifique el precio base del plan de salud, lo que no parece ser justo para los afiliados de una misma ISAPRE, pues unos estarán bajo el amparo de la nueva ley, y otros bajo el amparo de una ley que como ya vimos, contiene un mecanismo inconstitucional que vulnera los derechos consagrados en la Constitución. Para ser consecuente con la norma constitucional, al menos debería considerarse la obligatoriedad de ofrecer un plan de salud con la tabla de factores única, sin estar sujeto a la condición de variabilidad del precio del plan.

5. Por último, en relación a la tabla de factores única:

- El hecho de que sea única, disminuye las diferencias en los costos que pueden existir entre los distintos afiliados de las diferentes ISAPRES del mercado.
- Se reducen a 11 los rangos de edad manteniendo los criterios en relación al sexo de los afiliados y cargas. En cuanto a la edad, el primero corresponde de 0 a 19 años, y el último de 65 años y más. Cabe recordar que existía discriminación en la determinación del valor del plan en los menores de dos años y en los mayores de 65 años hacia arriba por la constante alza en el numeral del factor.

Si comparamos estos datos con la tabla de factores contenida en el contrato de salud previsional anexo, podemos concluir que desde los 0 hasta los 20

años, en la tabla anexada el factor promedio es de 0.94, lo que es mayor al fijado en la tabla de factores única, correspondiente a 0.72. De lo anterior, se sigue que se elimina la discriminación existente en torno a los menores de 2 años, quienes, por lo general, requieren de mayor acceso a la salud que los otros del mismo rango (hasta 19 años).

En el caso de los adultos de 65 años y más se fija el factor en 3.6 para los hombres y en 3.2 para las mujeres, no existiendo alzas mayores en relación a la tabla de factores posteriores con el pasar de los años. Al comparar estos datos con la tabla de factores contenida en el contrato de salud previsional anexo, podemos concluir que se fija un factor razonado por cuanto estos nunca variarán hasta 5.0 y 4.80 como es el caso de los hombres y mujeres de 80 años y más.

También puede observarse que el factor de los 65 años y más, de 3.6 y 3.2 para los hombres y mujeres, es equivalente al factor de la tabla contenida en el contrato de salud anexo, que los fija en 3.70 para ambos sexos. Sin embargo, es necesario tomar en consideración que el costo de la salud de los hombres será más alto a edad avanzada que el de las mujeres, pero dicha diferencia, no es en ningún caso el casi el doble, por lo tanto, el criterio puede obedecer a necesidades médicas que requieran.

- En relación a la diferencia de factores existentes entre hombres y mujeres a partir de los 20 a los 44 años, puede observarse que la tabla mantiene desigualdades, que incluso llegan a más del 100%. A modo de ejemplo, para apreciar la magnitud de la diferencia en desmedro de la mujer, lo podemos apreciar de la siguiente forma:

EDAD	COTIZANTE MASCULINO	COTIZANTE FEMENINO	DIFERENCIA PORCENTUAL
25 a 29 años	0.850	2.000	135% más caro
30 a 34 años	1.000	2.300	130% más caro

35 a 39 años	1.050	2.300	119% más caro
--------------	-------	-------	---------------

A partir de esto, se puede apreciar, que lamentablemente los criterios aquí descritos no se condicen con los principios de solidaridad y proporcionalidad del sistema, en pro de la protección de los derechos consagrados en la Constitución.

En caso de aprobarse estos criterios, podríamos estar frente a un nuevo caso de inconstitucionalidad, pues como puede apreciarse, se vulnera la Igualdad ante la ley, sobre todo entre hombres y mujeres, el Derecho a la Protección a la Salud, por cuanto el acceso a las acciones de salud se vería limitado en los costos del plan y el Derecho a la Seguridad Social, porque existiría una privación económica social en el acceso a prestaciones básicas.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la protección de la salud es un Derecho Humano y un derecho reconocido en nuestra Constitución Política, y como tal, genera una obligación tanto para el Estado como para toda la población. El Estado se ve obligado a desarrollar políticas públicas que lo respeten, garanticen y promuevan a nivel nacional; mientras que la población, se ve en la obligación de acatar dichas políticas por el bien de la ciudadanía y manifestarlas en su actuar dentro de la vida cotidiana.
2. El hecho de que el derecho a la protección de la salud, no esté amparado con un recurso propio como lo es el caso de otros derechos constitucionales amparados por el Recurso de Protección, exige un cambio sustancial en la legislación, pues se trata de un derecho esencial para la vida en comunidad, el cual quedó excluido de dicha tutela solamente por convicciones ideológicas. Este cambio, estaría amparado en el marco de la Convención Americana de Derechos, la que vimos exige la existencia de un recurso para este derecho y en el cambio jurisprudencial que se observa al utilizar el recurso de protección, por medio de la vía indirecta, para resguardar finalmente la protección a la salud.
3. La reforma a la salud implementada a partir del año 2005, ciertamente cambió el paradigma en la sociedad de lo que se entendía por Salud y los derechos que de ella se colinden. Sin embargo, el sistema AUGE, saca a la luz diversas falencias del sistema público, tanto en infraestructura, recursos humanos y financiamiento. Como se pudo apreciar, la credibilidad del sistema de garantías, dentro del servicio de atención pública, es mínima, y esto requiere cambios de gestión enormes, partiendo por un consenso político amplio para llevar a cabo dicha reforma. El camino es largo y difícil de sobrellevar, pero asegurar estándares óptimos de calidad en todos los servicios de salud públicos del país es trabajo de

todos, desde las personas que se encuentran en el gobierno hasta los funcionarios de cada uno de esos servicios.

4. El Bono Automático AUGE, dentro del marco del cumplimiento de las Garantías Explícitas de Salud, ha resultado ser beneficioso en todo sentido para la salud de las personas que estaban a la espera de la entrega de las prestaciones de salud AUGE a las que tienen derecho. Medidas como éstas, de rápida acción y pronta solución a problemas determinados, se aplauden a la hora de medir los índices de salud del país. Sin embargo, luego del análisis efectuado, son preocupantes las futuras políticas de inversión que se realicen en el sector público, pues éste, independiente de los problemas de gestión que tiene, requiere de un mayor gasto en modernización y tecnologías, para asegurar a la población más vulnerable, servicios de calidad a la par con los ofrecidos por instituciones privadas, y así evitar que estos, ostenten el monopolio de ciertas prestaciones médicas que no se encuentren en el sistema público, por los altos costos que ellas tienen.
5. La Declaración de Inconstitucionalidad efectuada por el Fallo del Tribunal Constitucional en Rol 1710-2010, es la esperanza de muchos afiliados a ISAPRES, y de los que no lo están pero esperan estarlo algún día, para terminar con la discriminación y vulneración existente al Derecho a la Protección a la Salud, en la fijación de precios por la tan bullada tabla de factores de riesgo.
6. El Proyecto de Ley Corta de ISAPRES II, tiene en su espíritu subsanar los defectos que tenía la legislación declarada inconstitucional referida anteriormente, y además, llenar el vacío legal que existe actualmente en la determinación de la tabla de factores de riesgo, ya que hoy en día las ISAPRES son libres de determinar el valor de dichos planes, por no existir un precepto legal que le ponga tope a ello.

7. Lamentablemente el referido proyecto de ley, carece de la obligatoriedad necesaria en la aplicación de la tabla de factores única a todos los contratos de salud previsional vigentes en el país una vez que éste entre en vigencia, pues se siguen amparando situaciones que generan desprotección a sus afiliado, por permitírseles a las ISAPRES mantener vigentes dichos contratos, sin modificación alguna, salvo en caso excepcionales y determinados. Lo anterior, se contradice con el espíritu del proyecto, y por ende, requiere de una dura discusión en el Parlamento, a fin de ampliar el marco jurídico al cual será aplicable esta nueva ley.

8. El proyecto de ley contempla la creación de un Panel de Expertos, que fijará las alzas que se efectuarán a los precios bases del contrato de salud. Esto, contradice lo manifestado en el Fallo del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010, pues no debe quedar en un órgano administrativo, la determinación de la variación del precio del plan de salud, pues, los bienes jurídicos que se relacionan, dicen relación al acceso a las acciones de salud, dentro del marco del Derecho a la Protección de la Salud, y por ello, con la relevancia que eso tiene, creo que es necesario que esa determinación se efectúe mediante una ley, lo que asegurará un control más apropiado a la realidad social, por la participación de los distintos sectores político-sociales, no por nada, los primeros llamados a respetar, resguardar, promover y garantizar los derechos constitucionales, son los Poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones.

9. A pesar de los cambios innovadores que se presentan en el proyecto de ley, la tabla de factores al contemplar los criterios de sexo y edad, para determinar el factor que aumentará el valor del precio final del contrato de salud, discrimina, segmenta y vulnera los derechos de los afiliados. Sobre todo cuando las diferencias porcentuales entre ambos sexos superan el 100%. Es necesario que estos criterios, solidaricen entre ellos, para que uno de los sexos no tenga que enfrentar dicha diferencia de un modo tan grotesco. Por último, creo necesario

considerar que el argumento de la fertilidad de mujer en una determinada etapa, no puede ser el sustento del alto costo que le apareja el factor riesgo de dicha tabla, pues esta es una situación de la naturaleza humana que ella no puede cambiar, por lo tanto, no es razonable ni justa la falta de proporcionalidad entre los sexos.

ANEXO+

PLAN DE SALUD COMPLEMENTARIO

FUN N°	
FOLIO	

En _____, a _____ de _____ de _____, entre el afiliado Don (ña) _____ Domiciliado (a) en _____

Profesión u oficio _____ Cédula Nacional de Identidad N° _____ y la ISAPRE CONSALUD S.A. representada por don Marcelo Dutilh Labbé, Gerente General, cédula nacional de identidad N° 7.743.448-8, ambos con domicilio en Pedro Fontova N° 6650, comuna de Huechuraba de la ciudad de Santiago, en adelante también denominada «la Isapre» o «CONSALUD», se ha convenido en el siguiente Contrato de Salud Previsional.

TITULO PRIMERO: PLAN DE SALUD.

PLAN HOMBRE LIBRE ELECCIÓN 1100 - 15-PH1100-10

TIPO DE PLAN: INDIVIDUAL GRUPAL

PRESTACIONES ⁽¹⁾	COBERTURA EN LIBRE ELECCION		TOPE MAXIMO AÑO CONTRATO POR BENEFICIARIO (U.F.) ⁽⁷⁾																																		
HOSPITALARIAS Y CIRUGIA MAYOR AMBULATORIA	PORCENTAJE DE BONIFICACION SOBRE VALOR REAL	TOPE DE BONIFICACION ⁽⁶⁾																																			
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; font-size: 8px;"> <tr><td>DIA CAMA</td></tr> <tr><td>DIA CAMA CUIDADOS INTENSIVOS O CORONARIOS</td></tr> <tr><td>DIA CAMA CUIDADOS INTERMEDIOS</td></tr> <tr><td>DERECHO DE PABELLON</td></tr> <tr><td>EXAMENES LABORATORIO</td></tr> <tr><td>IMAGENOLOGIA</td></tr> <tr><td>KINESIOLOGIA</td></tr> <tr><td>MEDICAMENTOS (2)</td></tr> <tr><td>MATERIALES E INSUMOS CLINICOS (2)</td></tr> <tr><td>PROCEDIMIENTOS</td></tr> <tr><td>HONORARIOS MEDICO-QUIRURGICOS</td></tr> <tr><td>VISITA POR MEDICO TRATANTE</td></tr> <tr><td>VISITA POR MEDICO INTERCONSULTOR</td></tr> <tr><td>TRASLADOS MEDICOS</td></tr> </table>	DIA CAMA	DIA CAMA CUIDADOS INTENSIVOS O CORONARIOS	DIA CAMA CUIDADOS INTERMEDIOS	DERECHO DE PABELLON	EXAMENES LABORATORIO	IMAGENOLOGIA	KINESIOLOGIA	MEDICAMENTOS (2)	MATERIALES E INSUMOS CLINICOS (2)	PROCEDIMIENTOS	HONORARIOS MEDICO-QUIRURGICOS	VISITA POR MEDICO TRATANTE	VISITA POR MEDICO INTERCONSULTOR	TRASLADOS MEDICOS	100%	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>5,4 veces AC1</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>150 UF</td></tr> <tr><td>85 UF</td></tr> <tr><td>4,7 veces AC1</td></tr> <tr><td>7,0 veces AC1</td></tr> <tr><td>2,0 UF</td></tr> <tr><td>2,0 UF</td></tr> <tr><td>1,4 veces AC1</td></tr> </table>	Sin Tope	Sin Tope	Sin Tope	Sin Tope	5,4 veces AC1	Sin Tope	Sin Tope	150 UF	85 UF	4,7 veces AC1	7,0 veces AC1	2,0 UF	2,0 UF	1,4 veces AC1	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>7,0</td></tr> <tr><td>150</td></tr> <tr><td>100</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> </table>	Sin Tope	7,0	150	100	Sin Tope	
DIA CAMA																																					
DIA CAMA CUIDADOS INTENSIVOS O CORONARIOS																																					
DIA CAMA CUIDADOS INTERMEDIOS																																					
DERECHO DE PABELLON																																					
EXAMENES LABORATORIO																																					
IMAGENOLOGIA																																					
KINESIOLOGIA																																					
MEDICAMENTOS (2)																																					
MATERIALES E INSUMOS CLINICOS (2)																																					
PROCEDIMIENTOS																																					
HONORARIOS MEDICO-QUIRURGICOS																																					
VISITA POR MEDICO TRATANTE																																					
VISITA POR MEDICO INTERCONSULTOR																																					
TRASLADOS MEDICOS																																					
Sin Tope																																					
Sin Tope																																					
Sin Tope																																					
Sin Tope																																					
5,4 veces AC1																																					
Sin Tope																																					
Sin Tope																																					
150 UF																																					
85 UF																																					
4,7 veces AC1																																					
7,0 veces AC1																																					
2,0 UF																																					
2,0 UF																																					
1,4 veces AC1																																					
Sin Tope																																					
7,0																																					
150																																					
100																																					
Sin Tope																																					
AMBULATORIAS																																					
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; font-size: 8px;"> <tr><td>CONSULTA MEDICA</td></tr> <tr><td>EXAMENES LABORATORIO</td></tr> <tr><td>IMAGENOLOGIA</td></tr> <tr><td>KINESIOLOGIA</td></tr> <tr><td>PROCEDIMIENTOS</td></tr> <tr><td>HONORARIOS MEDICOS QUIRURGICOS</td></tr> <tr><td>BOX AMBULATORIO</td></tr> <tr><td>PABELLON AMBULATORIO</td></tr> <tr><td>FONOAUDILOGIA</td></tr> <tr><td>RADIOTERAPIA</td></tr> <tr><td>QUIMIOTERAPIA (8)</td></tr> <tr><td>PROTESIS / ORTESIS</td></tr> <tr><td>ATENCION INTEGRAL DE ENFERMERIA Y NUTRICIONISTA (4 a-b) (5)</td></tr> </table>	CONSULTA MEDICA	EXAMENES LABORATORIO	IMAGENOLOGIA	KINESIOLOGIA	PROCEDIMIENTOS	HONORARIOS MEDICOS QUIRURGICOS	BOX AMBULATORIO	PABELLON AMBULATORIO	FONOAUDILOGIA	RADIOTERAPIA	QUIMIOTERAPIA (8)	PROTESIS / ORTESIS	ATENCION INTEGRAL DE ENFERMERIA Y NUTRICIONISTA (4 a-b) (5)	90%	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>2,0 UF</td></tr> <tr><td>3,5 veces AC1</td></tr> <tr><td>3,5 veces AC1</td></tr> <tr><td>4,5 veces AC1</td></tr> <tr><td>3,3 veces AC1</td></tr> <tr><td>7,0 veces AC1</td></tr> <tr><td>2,5 veces AC1</td></tr> <tr><td>8,2 veces AC1</td></tr> <tr><td>3,2 veces AC1</td></tr> <tr><td>3,3 veces AC1</td></tr> <tr><td>7,2 veces AC1</td></tr> <tr><td>1,5 veces AC1</td></tr> <tr><td>1,5 veces AC1</td></tr> </table>	2,0 UF	3,5 veces AC1	3,5 veces AC1	4,5 veces AC1	3,3 veces AC1	7,0 veces AC1	2,5 veces AC1	8,2 veces AC1	3,2 veces AC1	3,3 veces AC1	7,2 veces AC1	1,5 veces AC1	1,5 veces AC1	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>6,5</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>6,5</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>100</td></tr> <tr><td>Sin Tope</td></tr> <tr><td>1,4</td></tr> </table>	Sin Tope	6,5	Sin Tope	6,5	Sin Tope	100	Sin Tope	1,4
CONSULTA MEDICA																																					
EXAMENES LABORATORIO																																					
IMAGENOLOGIA																																					
KINESIOLOGIA																																					
PROCEDIMIENTOS																																					
HONORARIOS MEDICOS QUIRURGICOS																																					
BOX AMBULATORIO																																					
PABELLON AMBULATORIO																																					
FONOAUDILOGIA																																					
RADIOTERAPIA																																					
QUIMIOTERAPIA (8)																																					
PROTESIS / ORTESIS																																					
ATENCION INTEGRAL DE ENFERMERIA Y NUTRICIONISTA (4 a-b) (5)																																					
2,0 UF																																					
3,5 veces AC1																																					
3,5 veces AC1																																					
4,5 veces AC1																																					
3,3 veces AC1																																					
7,0 veces AC1																																					
2,5 veces AC1																																					
8,2 veces AC1																																					
3,2 veces AC1																																					
3,3 veces AC1																																					
7,2 veces AC1																																					
1,5 veces AC1																																					
1,5 veces AC1																																					
Sin Tope																																					
6,5																																					
Sin Tope																																					
6,5																																					
Sin Tope																																					
100																																					
Sin Tope																																					
1,4																																					
PRESTACIONES RESTRINGIDAS																																					
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; font-size: 8px;"> <tr><td>HOSPITALIZACION PSIQUIATRICA (3)</td></tr> <tr><td>CONSULTA / TRATAMIENTO PSIQUIATRIA Y/O PSICOLOGIA</td></tr> <tr><td>HOSPITALIZACION POR PARTO Y CESAREA</td></tr> </table>	HOSPITALIZACION PSIQUIATRICA (3)	CONSULTA / TRATAMIENTO PSIQUIATRIA Y/O PSICOLOGIA	HOSPITALIZACION POR PARTO Y CESAREA	70%	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>3,3 veces AC1</td></tr> <tr><td>2,7 veces AC1</td></tr> </table>	3,3 veces AC1	2,7 veces AC1	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>9,0</td></tr> <tr><td>3,7</td></tr> </table>	9,0	3,7																											
HOSPITALIZACION PSIQUIATRICA (3)																																					
CONSULTA / TRATAMIENTO PSIQUIATRIA Y/O PSICOLOGIA																																					
HOSPITALIZACION POR PARTO Y CESAREA																																					
3,3 veces AC1																																					
2,7 veces AC1																																					
9,0																																					
3,7																																					
25 % COBERTURA GENERAL																																					
OTRAS COBERTURAS																																					
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; font-size: 8px;"> <tr><td>MARCOS Y CRISTALES OPTICOS (9)</td></tr> <tr><td>MEDICAMENTOS E INSUMOS POR URGENCIA</td></tr> </table>	MARCOS Y CRISTALES OPTICOS (9)	MEDICAMENTOS E INSUMOS POR URGENCIA	80%	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>2,3 UF</td></tr> <tr><td>3,0 UF</td></tr> </table>	2,3 UF	3,0 UF	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>3,0</td></tr> <tr><td>3,5</td></tr> </table>	3,0	3,5																												
MARCOS Y CRISTALES OPTICOS (9)																																					
MEDICAMENTOS E INSUMOS POR URGENCIA																																					
2,3 UF																																					
3,0 UF																																					
3,0																																					
3,5																																					

PRECIO DEL PLAN

EDAD	TIPO DE BENEFICIARIO		CARGAS	
	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER
0 a menos de 2 años	1,80	1,80	1,80	1,80
2 a menos de 5 años	0,80	0,80	0,80	0,80
5 a menos de 10 años	0,70	0,80	0,60	0,60
10 a menos de 15 años	0,70	0,80	0,60	0,60
15 a menos de 20 años	0,70	1,30	0,60	0,75
20 a menos de 25 años	0,70	2,17	0,60	1,00
25 a menos de 30 años	0,90	2,50	0,70	1,40
30 a menos de 35 años	1,00	2,78	1,00	1,60
35 a menos de 40 años	1,05	2,60	1,05	1,60
40 a menos de 45 años	1,26	2,45	1,26	1,60
45 a menos de 50 años	1,40	2,70	1,30	1,75
50 a menos de 55 años	1,75	2,99	1,75	2,10
55 a menos de 60 años	2,22	3,34	1,90	2,20
60 a menos de 65 años	2,70	3,70	2,60	2,70
65 a menos de 70 años	3,70	3,70	3,70	3,70
70 a menos de 75 años	4,00	4,00	4,00	4,00
75 a menos de 80 años	4,50	4,30	4,50	4,30
80 y más años	5,00	4,80	5,00	4,80

El precio del Plan de Salud se expresa en Unidades de Fomento (U.F.). Dicho precio se determina conforme a su valor base y la tabla de factores relativos por sexo y edad:

VALOR BASE

U.F.

VALOR TOTAL PLAN SEGUN COMPOSICION DEL GRUPO FAMILIAR

U.F.

El precio final del plan se pagará en su equivalente en pesos. Para su cálculo se utilizará el valor oficial que tenga la U.F. el último día del mes que corresponde descontar la cotización de la remuneración del cotizante.

ARANCEL

NOMBRE DEL ARANCEL: AC1 **UNIDAD:** PESOS
 El Arancel tendrá un Reajuste General el 01 de abril de cada año hasta en un 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al de la fecha del reajuste.
 Además del Reajuste General del Arancel, CONSALUD podrá reajustar algunas prestaciones en un porcentaje superior sólo con el fin de incrementar los beneficios, como asimismo, podrá anticipar la fecha de reajuste con el mismo objeto, pudiendo imputarlo al reajuste que se realice en el mes de abril siguiente.

TOPE GENERAL ANUAL POR BENEFICIARIO

U.F. 5.000 ⁽⁷⁾

CONDICIONES DE VIGENCIA PLAN COLECTIVO Y OTROS GRUPALES (CUANDO CORRESPONDA)

- 1) Que se incorporen al convenio la cantidad de trabajadores como beneficiarios o al menos el 85% de la misma, dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de suscripción del convenio. Este porcentaje mínimo no podrá disminuir durante la vigencia del convenio.
- 2) Que se mantenga durante la vigencia del convenio, un promedio de cargas legales por afiliado cercana a las personas.
- 3) Que el monto mínimo de cotización mensual del grupo total de los trabajadores afectos al convenio colectivo, no sea inferior a \$ o al menos, alcance un 85% de dicha suma.
- 4) Que el plan de salud contratado se financie en al menos un 90%. Se entiende por financiamiento el cociente entre la suma de cotizaciones pagadas de los trabajadores afiliados al convenio colectivo y la suma de precios de los planes de esos trabajadores.
- 5) Que la siniestralidad anual del plan no supere el 85%. Se entiende por siniestralidad el cociente entre la suma de los gastos de Prestaciones de Salud y Subsidios por Incapacidad Laboral a cargo de la Isapre y la suma de las cotizaciones pagadas en ese mismo período.

NOTA: En caso de Planes Grupales en que se pacte el precio en el porcentaje equivalente a la cotización legal para salud, no se producirán excedentes de cotización de salud.

CONDICIONES QUE DEBE CUMPLIR EL AFILIADO PARA INGRESAR Y MANTENERSE EN EL PLAN GRUPAL (CUANDO CORRESPONDA)

- A) Que se mantenga permanentemente como trabajador de la empresa.
- B) Que se mantenga permanentemente como afiliado de CONSALUD.

CONDICIONES DE VIGENCIA DEL PLAN MATRIMONIAL (CUANDO CORRESPONDA)

- A) Que el cotizante y su cónyuge mantengan la calidad de afiliados vigentes de CONSALUD.
- B) Que el cotizante y su cónyuge estén de acuerdo en mantener el Plan Matrimonial.

NOTAS EXPLICATIVAS Y DEFINICIONES

1) PRESTACIONES

a) **Hospitalarias:** Son aquellas que requieren de día cama, excepto día cama observación y día cama hospitalización psiquiátrica diurna. También se considerarán para los efectos de su bonificación, que son prestaciones hospitalarias aquellas que utilicen pabellón quirúrgico 5 o superior, según la calificación que de ellos se hace en el arancel del plan bajo la columna "Código de Pabellón" o "C.P."

b) **Ambulatorias:** Son aquellas no consideradas en la definición anterior.

2) **MEDICAMENTOS Y MATERIALES CLÍNICOS:** Son aquellos medicamentos y materiales clínicos recibidos por el beneficiario por causa de prestaciones hospitalarias. Sólo serán objeto de bonificación, aquellos medicamentos que el establecimiento hospitalario haya considerado en su factura. Se excluyen de éste ítem los medicamentos y materiales clínicos por tratamiento de cáncer y hospitalización psiquiátrica; dado que en ambos casos se bonificarán en los porcentajes y topes específicos definidos para los ítems de Quimioterapia y Hospitalización Psiquiátrica respectivamente.

3) **HOSPITALIZACIÓN PSQUIÁTRICA:** La bonificación por consultas y tratamientos hospitalarios, como asimismo los medicamentos que se reciban durante la hospitalización, se deben sumar para considerar la aplicación del tope de bonificación por año contrato. A modo de ejemplo y sin que esta enumeración sea taxativa, se detallan las siguientes prestaciones que se considerarán para la determinación de este tope: días cama, medicamentos, exámenes, consultas médicas. Asimismo, se aclara que la bonificación de cada prestación específica en ningún caso, ni antes ni después de llegado al tope, será inferior al 25% de la definida en el plan general convenido para la prestación genérica con que se encuentre relacionada.

4 a) **ATENCIÓNES INTEGRALES DE ENFERMERIA EN DOMICILIO:** Se bonificará la atención que reciba el afiliado y sus beneficiarios, sólo cuando sean mayores de 55 años, o mayores de 15 años que se encuentren postrados o en estado terminal.

4 b) **ATENCIÓNES INTEGRALES DE ENFERMERIA EN CENTRO DE ADULTO MAYOR:** Se bonificará la atención que reciba el afiliado y sus beneficiarios, sólo cuando sean mayores de 55 años.

5) **ATENCIÓN NUTRICIONISTA:** Se bonificará la atención que reciba el afiliado y sus beneficiarios, sólo cuando su edad fluctúe entre los 15 y 35 años. Además, el afiliado deberá presentar la correspondiente orden médica bajo las condiciones establecidas en las normas técnicas.

6) **TOPES DE BONIFICACION:** Los topes de bonificación se expresan en UF o en veces el Arancel Consalud (AC1). Los topes en UF se calcularán al valor oficial registrado por dicha unidad el último día del mes anterior a la fecha en que se bonifica la prestación.

7) **VALORIZACION TOPES ANUALES:** Para el Tope General Anual por Beneficiario y el Monto Máximo de Bonificación, se contabilizarán las prestaciones que correspondan, las que en caso de estar expresado el tope en U.F. se valorizarán según el valor que tenga dicha unidad el día en que se bonifica la prestación por un período máximo de un año de vigencia de beneficios. Asimismo, se aclara que la bonificación de cada prestación específica en ningún caso, ni antes ni después de llegado al tope, será inferior al 25% de la definida en el plan general convenido para la prestación genérica con que se encuentre relacionada, ni podrán tener una bonificación inferior a la cobertura financiera que el Fondo Nacional de Salud asegura, en modalidad libre elección a todas las prestaciones contempladas en el arancel que se refiere el artículo 31 de la Ley N°19.966 que establece el Régimen General de Garantías de Salud.

8) **QUIMIOTERAPIA:** Corresponde a medicamentos de uso endovenoso. Excluye medicamentos orales, medicamentos coadyuvantes, medicamentos hormonales, interferon, interleukina, anticuerpos monoclonales, analgésicos, antihistamínicos, soluciones parenterales, alimentos parenterales y medicamentos estimulantes de colonias.

9) **MARCOS Y CRISTALES OPTICOS:** Corresponderá la bonificación de los marcos y cristales ópticos sólo con la presentación de la boleta correspondiente.

10) Las prestaciones de salud que el afiliado reciba en el extranjero, sólo serán cubiertas en caso de urgencia y cuando esta se hubiera producido fuera de Chile. El afiliado, deberá entregar en la sucursal de Isapre consalud, la documentación traducida al español y debidamente legalizada por el consulado respectivo.

FIRMA DEL COTIZANTE

FIRMA ISAPRE

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

SILVA, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, La Constitución de 1980, Antecedentes y Génesis. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

CEA EGAÑA, José. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.

PFEFFER, Emilio. Manual de Derecho Constitucional, Tomo I. Santiago, Editorial Ediar-Conosur, 1985.

DE ESTEBAN, Jorge y GONZALEZ-TREVIJANO, Pedro. Curso de Derecho Constitucional Español, Tomo II. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993.

CEA EGAÑA, José. El Sistema Constitucional de Chile: Síntesis Crítica. Valdivia, Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral, 1999.

EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

SQUELLA, Agustín. Introducción al Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

ZUÑIGA, F. y PERRAMONT, A. Acciones Constitucionales, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003

GÓMEZ BERNALES, Gastón, Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.

SANDOVAL, Ricardo. Manual de Derecho Comercial, Tomo II. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990

VASQUEZ MARQUEZ Jorge, El déficit garantístico del Artículo 19 n°9 de la Constitución, en Actas XXXIV, Jornadas de Derecho Público, Editorial LexisNexisPágina, Santiago, 2005, Página 396

NOGUEIRA, Humberto A. y CUMPLIDO, Francisco C. Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado. 2ª ed. Chile, Cuadernos Universitarios de Universidad Nacional Andrés Bello, 1993. 451p. (Serie de Manuales n° 1)

Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, 21ª ed. Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1992.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, El Derecho a la Salud en las Américas: estudio constitucional comparado, OMS, Washington, D.C, 1989.

REVISTAS

BERMUDEZ SOTO, Jorge, El Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso n°XXI, Valparaíso, Chile, 2000.

BULNES, Luz, El Derecho a la protección de la Salud en la Constitución de 1980, Gaceta Jurídica n° 195, Santiago, Enero 2005.

RUIZ-TAGLE, Pablo. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile, Revista de Derecho Público, (63), Santiago, 2002.

ATRIA, F., "El Tribunal Constitucional y la objeción a la Democracia", Revista de Derecho 1993. Vol 20, N° 2-3.

MEMORIAS

AMIGO, F., MAZA F., Y FLISFICH C., La tutela del derecho constitucional a la protección de la salud, a partir de la dictación de la Ley n° 19.966 que establece un régimen general de garantías en salud (Plan AUGE), Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2006

DIAZ N. y FERNANDEZ A., El Precio del Contrato de Salud. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008. ,

PRADO A., y SALAMERO A. Isapres y el Contrato Previsional de Salud. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2006.

CONGRESO NACIONAL. Estudios Anticipados. Conceptualización del Plan de acceso universal con Garantías Explícitas, eje de la actual reforma de salud. Año 1, n° 2, 2002.

RODRIGUEZ J., TOKMAN M. "Resultados y rendimientos del gasto en el sector público de salud en Chile 190-1999. Financiamiento del desarrollo n°106. Santiago: ECLAC (CEPAL); 2000

FERNANDOIS A., y DELAVEAU R., "Sentencias Destacadas", Ediciones Libertad y Desarrollo, Ediciones 2009.

HISTORIA LEGISLATIVA

Actas Constitucionales de la Constitución Política de 1980

Historia de la Ley n° 19.966

Historia de la Ley n° 20.015

LEGISLACION

Constitución Política de Chile de 1980

Ley n° 18.469 Chile. Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. Publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre 1985.

Ley n° 18.933 Chile. Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapes y deroga el Decreto con Fuerza de Ley n° 3 de salud, de 1980. Publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1990.

Ley n° 19.937 Chile. Modifica el Decreto Ley n° 2763 de 1979 con la finalidad de establecer una nueva concepción de la Autoridad Sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana. Publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 2004.

Ley n° 19.966 Chile. Establece un Régimen de Garantías de Salud. Publicada en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 2004.

Ley n° 19.895 Chile. Establece normas sobre solvencia y protección de personas incorporadas a las Isapres. Publicada en el Diario Oficial el 14 de Agosto de 2003.

Ley n° 20.015 Chile. Modifica la Ley n° 18.933 sobre Instituciones de Salud Previsional. Publicada en el Diario Oficial el 27 de mayo de 2005

Decreto Supremo n° 40 del Ministerio de Salud. Fija cobertura financiera mínima por aplicación del artículo 31 de la Ley n° 19.966. Publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley n° 2763, de 1979 y de las Leyes n° 18.933 y n° 18.469. Publicado en el Diario Oficial el 24 de abril de 2006.

Decreto Supremo n° 1 de 2010, del Ministerio de Salud. Aprueba las Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud. Publicado en el Diario Oficial el 27 de febrero de 2010.

Ley de Presupuesto para el año 2011, Ley n° 20481, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010

Circular n° 8 de la Superintendencia de Salud. Imparte instrucciones sobre procedimiento de arbitraje para el conocimiento, tramitación y resolución de controversias que surjan entre las Instituciones de Salud Previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios. De fecha 8 de Julio de 2005.

Observación general n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

JURISPRUDENCIA

Fallo del Tribunal Constitucional, “Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones”. Rol N° 33, 24 de septiembre de 1985.

Fallo Tribunal Constitucional, Rol 1710-2010, de fecha 6 de Agosto de 2010, Publicado en el Diario Oficial el 9 de agosto de 2010.

Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 1552-2009, de fecha 28 de octubre de 2010

RECURSOS ELECTRONICOS

Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos. En http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/es/documents/udhr/index_print.shtml

[Visitado el 11 de Junio de 2011]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, EL DERECHO A LA SALUD, Nota descriptiva n° 323, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/index.html>

[Visitado el 19 de Julio de 2011]

SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Estudio “Opinión Usuarios del Sistema de Salud. Conocimiento y Posicionamiento de la Superintendencia de Salud, GES-AUGE y otros aspectos de la Reforma”. Periodo de consulta de 4 de Enero al 20 de Febrero de 2011. Realizada por ADIMARK GFT. Marzo, 2011. Página 69. En www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-6953_recurso_1.pdf [Visitada el 5 de Julio de 2011]

SUPERINTENDENCIA DE SALUD, Informe Nacional “Conocimiento de nuestros usuarios sobre GES”. Período de consulta: 14 al 24 de noviembre de 2006.

http://www.supersalud.gob.cl/568/articles-3257_recurso_9.pdf [Visitado el 11 de Julio de 2011]

ZARATE, S., Los Efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de ISAPRES, Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES. Apuntes Legislativos, Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Diciembre 2010. Página 3.

En www.politicaspUBLICAS.uc.cl/media/publicaciones/pdf/20110317122727.pdf
[Visitado el 22 de Julio de 2011]

BASTIAS G. y VALDIVIA G. Reforma a la Salud en Chile; Plan AUGE o Régimen de Garantías Explícitas de Salud (GES). Su origen y Evolución. Boletín Escuela de Medicina U.C, Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 32 n°2, 2007. Página 53. En <http://escuela.med.puc.cl/publ/Boletin/20072/ReformaSalud.pdf> [Visitado el 23 de Junio de 2011].

ZUÑIGA, F., Control de Constitucionalidad: Recurso de Inaplicabilidad y Cuestión de Constitucionalidad en la Reforma Constitucional. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Talca, 2004. En <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82020109.pdf>.

Ficha de Licitación n° 2239-21-LP10 Convenio Marco, Prestación Servicios de Salud GES En <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=CcVMk8exbyFdGEHRjFEw0A==> [Visitado el 12 de Julio de 2011]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Informe sobre la salud en el mundo, La Financiación de los Sistemas de Salud, El camino hacia la Cobertura Universal. En http://whqlibdoc.who.int/whr/2010/9789243564029_spa.pdf [Visitado el 12 de Julio de 2011]

DRAGO, M. La reforma a al sistema de salud chileno desde las perspectiva de los derechos humanos. Serie de Políticas Sociales, Naciones Unidas, CEPAL, Santiago, Chile, 2006. En http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/25787/sps121_lcl2539.pdf [Visitado el 1 de Julio de 2011]

VEGA, J. Bono portable AUGE, Desmantelando la salud pública. Artículo de opinión
En <http://www.elquintopoder.cl/fdd/web/sociedad/opinion/-/blogs/los-efectos-del-bono-auge> [Visitado el 14 de Julio de 2011]

MENSAJE PRESIDENCIAL 21 MAYO 2010. En
<http://www.gob.cl/especiales/mensaje-presidencial-21-de-mayo/> [Visitado el 15 de Junio de 2011]

Páginas WEB

<http://www.mtin.es/es/mundo/consejerias/chile/pensiones/SSArg.htm> [Visitado el 17 de Junio de 2011]

http://www.minsal.gob.cl/portal/url/page/minsalcl/g_conozcanos/g_subs_salud_publica/presentacion_subs_salud_publica.html [Visitado el 22 de Junio de 2011]

<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-7141.html> [Visitado el 21 de Julio de 2011]

<http://www.directoriosalud.cl/html/?p=1157> [Visitado el 13 de Julio de 2011]

GES	: Régimen General de Garantías
AUGE	: Acceso Universal a garantías Explícitas
Constitución	: Constitución Política de Chile
D.F.L	: Decreto con Fuerza de Ley
D.L	: Decreto Ley
MINSAL	: Ministerio de Salud
APS MUNICIPAL	: Atención Primaria de Salud Municipal