



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO CIENCIAS DEL DERECHO

LAS ISAPRES EN CHILE, SU INSTITUCIONALIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. APLICACIÓN Y EFICACIA

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ROBERTO ANDRÉS ZAMORA VERGARA

Profesor Guía: Gabriel Álvarez Undurraga

Santiago, Chile

2012

ÍNDICE

Introducción.....	1
Capítulo I: La regulación jurídica de las Isapres y del derecho a la protección de la salud en Chile.....	13
1) Nociones básicas en torno al sistema privado de salud en Chile.....	14
1.1) El sistema de salud.....	16
1.2) El sistema privado de salud en Chile.....	17
1.3) Las Isapres. Concepto, características, constitución y funcionamiento.....	20
2) La normativa constitucional.....	27
2.1) El derecho a la protección de la salud.....	29
2.2) El derecho a la seguridad social.....	35
2.3) Otros derechos fundamentales vinculados a la salud.....	38
3) La normativa legal.....	42
3.1) Decreto Ley N° 3.500.....	43
3.2) Decreto con Fuerza de Ley N° 3.....	43
3.3) Ley N° 18.469.....	44
3.4) Ley N° 18.933.....	45
3.5) Ley N° 19.381.....	45
3.6) Ley N° 19.650.....	46
3.7) Ley N° 19.895.....	47
3.8) Ley N° 20.015.....	47
3.9) Ley N° 19.937.....	48

3.10) Ley N° 19.966.....	48
3.11) Decreto con Fuerza de Ley N° 1.....	49
3.12) Algunas Circulares de importancia.....	49

Capítulo II: Análisis histórico-legislativo de la regulación jurídica de las Isapres y del derecho a la protección de la salud.....	53
---	----

1) Orígenes y motivaciones de la legislación en Chile e relación a las Isapres y al derecho a la protección de la salud.....	55
1.1) Regulación del derecho a la salud en Chile. Aspectos histórico.....	56
1.2) El sistema privado de salud y las Isapres. Orígenes y motivaciones.....	73
2) Influencia de la normativa internacional existente en relación a la legislación sobre las Isapres y del derecho a la protección de la salud en Chile.....	79
2.1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	80
2.2) Los Convenios de la OIT.....	82
2.3) El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	84
3) Relación legislativa entre el sistema de salud público y las Isapres y el derecho a la protección de la salud en Chile.....	88

Capítulo III: Resultados del proceso legislativo en la regulación jurídica de las Isapres en Chile.....95

1) Legislación sobre fiscalización en relación a las Isapres y el derecho a la protección de la salud en Chile.....	96
1.1) Decreto con Fuerza de Ley N° 3.....	101
1.2) Ley N° 18.933.....	103
1.3) Ley N° 19.937.....	110
2) Legislación sobre contratos de salud en Chile.....	123
2.1) Concepto.....	124
2.2) Características.....	126
2.3) Sujetos de derecho en el contrato de salud.....	131
2.4) Contenido del contrato de salud.....	134
2.5) Marco regulatorio.....	137
3) Propuestas sobre reformas legales al sistema.....	163
3.1) Breve reseña histórica.....	168
3.2) Diagnóstico de la reforma.....	171
3.3) La gran reforma a la salud.....	174
3.4) Las leyes que conforman la reforma a la salud.....	185
4) Aspectos objetados por la ciudadanía en relación a las Isapres y al derecho a la protección de la salud en Chile.....	205

4.1) Los procedimientos de reclamo en la historia.....	206
4.1.1) Procedimiento de arbitraje ante el Superintendente de Isapres.....	211
4.1.2) Procedimiento de reclamo ante las Isapres.....	220
4.1.3) Procedimiento de reclamo por Licencias Médicas.....	231
4.1.4) Procedimiento de reclamo por incumplimiento de la Isapre en el ámbito de las prestaciones mínimas obligatorias y subsidios de la Ley N° 18469.....	234
4.1.5) Procedimiento de reclamo ante el Servicio Nacional del Consumidor.....	236
4.2) La judicialización de la salud.....	237
4.2.1) Los recursos de protección.....	238
4.2.2) La influencia del Tribunal Constitucional.....	244
4.2.3) Las consecuencias de la judicialización de la salud.....	249
4.3) Las temáticas objeto de los reclamos.....	251
4.3.1) El uso del sistema de reclamo.....	252
4.3.2) Materias objeto de los reclamos.....	256
4.3.3) Resultados de los reclamos y el Índice de Satisfacción de los Usuarios.....	258
Conclusiones.....	269
Bibliografía.....	276

RESUMEN

Las Instituciones de Salud Previsional – o ISAPRES -, desde sus inicios, y mayormente en los últimos años, han generado mucha polémica y una alta participación ciudadana, que se ve plasmada en un aumento en la tasa de reclamos interpuestos en su contra. Al verse afectado en ello una garantía constitucional, a saber, el derecho a la protección de la salud, el tema adquiere mayor relevancia, por lo que resulta un imperativo estudiarlo.

Así las cosas, el presente trabajo tiene como objetivo general el analizar el nivel de eficacia de las Isapres, en cuanto a las prestaciones de salud que otorgan a los afiliados y al resguardo del derecho a la protección de la salud en Chile.

Para lograr lo anterior, se estudiaron diversos documentos de destacados autores y memorias, entre otros, por lo que la presente investigación es principalmente de carácter descriptivo y explicativo, ya que señala, por una parte, las principales características y funcionamiento del sistema privado de salud, e intenta demostrar, por otra, cómo y en qué situaciones las Isapres logran vulnerar el derecho antes mencionado, y cómo enfrentan tales dificultades los afiliados, quienes son los que han motivado este trabajo, debido a la conducta confrontacional que han adoptado en el último tiempo.

PALABRAS CLAVES

Las palabras claves del presente trabajo son las siguientes:

Instituciones de Salud Previsional - Derecho a la protección de la salud – Prestaciones de salud – Regulación jurídica de las Isapres – Sistema privado de salud – Constitución Política.

INTRODUCCIÓN

El 27 de abril de 1981 se dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, creándose el sistema privado de salud, y junto con ello, dándose origen a las Instituciones de Salud Previsional, las denominadas Isapres. El fundamento de lo anterior, fue el permitir que el sector privado entrara a la gestión y prestación de servicios de salud, para así mejorar la eficiencia y eficacia en el sistema, asegurando un mayor acceso y una debida protección al derecho a la salud.

Hoy por hoy, las Isapres son una entidad muy cuestionada por la ciudadanía. Ello, por los diversos problemas que han generado. Sólo por mencionar algunos, y que son los que concentran la mayor cantidad de reclamos realizados - ya sea ante la Superintendencia de Salud, ya sea ante las Cortes de Apelaciones -, se encuentran las constantes alzas a los precios de los planes de salud, y las discriminaciones por sexo, por riesgo o por pre-existencias que ejercen las Isapres en relación a sus afiliados, al momento de realizar la adecuación anual de los contratos, o de permitir la movilidad dentro de ellas o para salir de dichas instituciones.

Estos problemas, en general, son los que han producido una creciente actividad de denuncia por parte de los afiliados al sistema de salud privado, aumentando cada vez más el nivel de reclamos en contra de las prestadoras de salud, tanto a nivel administrativo, arbitral, como judicial, es decir, interponiendo reclamos en la Superintendencia de Salud, por un lado, o ejerciendo la denominada “acción de protección” ante la Corte de Apelaciones respectiva, por otro.

En efecto, si bien las Isapres pueden jactarse de una mejor calidad de atención y servicio – precisamente los problemas más graves del sistema público de salud -, tal ventaja se ve perjudicada por la ocurrencia de las problemáticas antes mencionadas. Peor aún, los afiliados – que contratan con las Isapres por medios de contratos privados (los denominados contratos de salud) -, por el mero hecho de ejercer su derecho a la autonomía de la voluntad, en ciertas ocasiones aminoran su posición frente a las prestadoras de salud por el alto precio del plan, por la inexistencia de igualdad de condiciones entre las partes o simplemente por falta de información respecto del afiliado, entre otros factores, los que en definitiva, terminan restringiendo el ejercicio del derecho a la correcta protección del derecho a la salud, lo cual acarrea una fuerte condición a la libertad de la persona, e incluso, comienza a disminuir la cobertura de salud hacia los afiliados del sistema privado.

Sin embargo, a pesar que han existido evoluciones legislativas, en cuanto se ha tendido resguardar más y mejor el derecho ya mencionado, y a pesar que las mismas regulaciones normativas han intentado equilibrar las posiciones entre los afiliados y las prestadoras de salud, ello no se ha logrado del todo.

De hecho, un ejemplo claro de esto, es que aún existiendo reformas legales que han intentado eliminar la discriminación que realizan las Isapres al momento de adecuar el contrato de los afiliados o al momento de analizar a un posible nuevo cliente, dicha práctica continúa vigente, lo que se ve plasmado en los reclamos de los afiliados.

Por lo tanto, de no existir un mejor planteamiento legal frente a los problemas descritos, y si la Superintendencia de Salud no adopta mejores

soluciones, para lo cual, obviamente requiere de más facultades, esta situación se irá agravando aún más, generando un problema principal y otro accesorio: el principal, es que las lesiones al derecho de protección de la salud continuarán, faltándose a lo expresado en nuestra Carta Fundamental. Como consecuencia de lo anterior, nace el problema accesorio: comenzará a generarse una fuga hacia el sector público de salud, no porque éste sea mejor que el privado, sino porque el sistema público es más barato y accesible, y que, a juzgar por los actuales problemas de este sistema, difícilmente podrá soportar.

En relación a lo anterior, se puede decir que se podrá llegar a erradicar estos problemas en nuestro país, una vez que exista una mejor regulación en cuanto a cómo las Isapres otorgan las prestaciones a los afiliados, qué se les exige, qué puede hacer un afiliado en caso de sentirse en desmedro, qué mecanismos de defensa tiene, cuáles son las facultades que tienen las Isapres y los afiliados como contrapartes, y la Superintendencia de Salud, como órgano fiscalizador de la relación entre ambos.

Es decir, se debe, inicialmente, mejorar la información sobre las Isapres, y cómo los afiliados acceden a ella, para que al momento de contratar, lo hagan informados, enterados de todas las condiciones y facultades posibles de utilizar, para que así presten un consentimiento informado, previniendo desde el inicio de la relación contractual que los regulará a futuro, cualquier posible lesión al derecho de protección a la salud que pueda ocurrir.

Por otro lado, debe continuar implementándose legislación tendiente a disminuir al mínimo la discriminación que ejercen las

aseguradoras respecto de los afiliados, que se traduce en la enorme cantidad de planes que aquéllas les pueden ofrecer a éstos. Por tanto, reduciéndose esa facultad de las Isapres, la discriminación se vería reducida, y como contraparte, los derechos de los afiliados se protegerían de una mejor manera. Asimismo, esa legislación debe cumplir otro objetivo, no menos importante: equiparar las posiciones de las partes que conforman el contrato de salud, es decir, las Isapres y los afiliados.

Por último, importante es que a través de la regulación jurídica, no sólo se mejore la información, la cual, como se dijo, ayuda a consentir informadamente, superando, a priori, las posibles lesiones al derecho ya mencionado, sino que también se otorguen más facultades al ente fiscalizador – la Superintendencia de Salud -, quien es llamado a controlar el vínculo entre las Isapres y los afiliados, y además puede sancionar a las primeras, si es que cometen algún abuso, lesionando el derecho de protección a la salud.

Así las cosas, y en mérito de lo anteriormente expuesto, la presente memoria tiene por objeto el análisis y estudio de las Instituciones de Salud Previsional, su institucionalidad jurídica, y su relación con el derecho a la protección de la salud, en cuanto a su aplicación y eficacia al resguardar dicha garantía constitucional. Todo ello, teniendo siempre como enfoque una mirada socio-jurídica, puesto que al estudiarse las leyes que componen la regulación jurídica de las Isapres, se analizan exhaustivamente los Mensajes y la Historia de la Ley, documentos que contienen las motivaciones sociales para generar el cambio que se propone por parte del Poder Ejecutivo al legislador.

Ahora bien, tomando en consideración todo lo expuesto hasta aquí, cabe plantear la siguiente pregunta, la que representa el problema que envuelve el objeto de estudio de la presente investigación: ¿Cuál es el nivel de eficacia de la Isapres, en cuanto a la prestación de salud que otorgan a los afiliados y al resguardo del derecho de protección a la salud en Chile?

En relación a este cuestionamiento, corresponde ahora plantear otras preguntas, derivadas de él, a saber: ¿Cuál es la legislación aplicable hoy en Chile, en relación a las Isapres y al derecho de protección a la salud? ¿Cómo ha sido el proceso legislativo en relación a la regulación de las Isapres y el resguardo del derecho de protección a la salud? ¿Cuáles han sido los resultados de este proceso legislativo?

Hemos llegado, entonces, a los objetivos de la presente memoria. Por una parte, el objetivo general es analizar el nivel de eficacia de las Isapres, en cuanto a las prestaciones de salud que otorgan a los afiliados y al resguardo del derecho a la protección de la salud en Chile. Y, por otro lado, los objetivos específicos son los siguientes: i) describir cuál es la regulación jurídica de las Isapres y del derecho de protección a la salud en Chile; ii) analizar el proceso legislativo que ha sufrido la regulación jurídica de las Isapres y el derecho de protección a la salud en Chile (criterio orgánico y funcional), y; iii) precisar cuáles han sido los resultados de este proceso legislativo en comparación a las diversas propuestas de cambio que se han generado a lo largo del tiempo.

Todo lo anterior, tiene sólo una dirección, que es confirmar o refutar la siguiente hipótesis: Las Isapres no son realmente eficaces en cuanto a las prestaciones de salud que otorgan a los afiliados, ya que

presentan un alto índice de reclamos y de recursos de protección ejercidos en su contra.

El porqué de mi elección del tema radica en la importancia que tiene para todas las personas la institución de las Isapres, ya que éstas, son quienes resguardan y protegen el derecho de protección de la salud, consagrado en el artículo 19 N° 9 de nuestra Constitución Política de la República. Por otro lado, importante es también que el vínculo entre la Isapre y la persona natural surge por la autonomía de la voluntad de ambas partes. No obstante, por este motivo, unido a uno de carácter económico, en determinadas oportunidades, las personas, por pagar menos, pactan en sus contratos de prestaciones de salud ciertas condiciones que otorgan facultades a las Isapres que, en momentos determinados, pueden transgredir o hacer peligrar el mencionado derecho.

A su vez, este tema es relevante, puesto que a todas luces, existe por parte de toda la sociedad, un desconocimiento importante sobre el funcionamiento de las Isapres, sobre los beneficios a los que se pueden acceder y cuáles facultades poseen dichas instituciones. Ejemplo claro de ello son las alzas sobre los planes de salud que ejecutan anualmente las Isapres, las cuales, en la generalidad, son aceptadas por los usuarios sin controversia alguna. En efecto, el tema se torna grave cuando tal desconocimiento conlleva a las personas a la imposibilidad de ingresar a determinada institución privada de salud, salir de ellas, o incluso las obligan a soportar cargas económicas diferentes a las de los afiliados del mismo plan de salud, por ser acreedores de diversas características que para las Isapres, son criterios por los cuales deben ser discriminados, habiendo podido aminorar, o incluso anular dicha situación, si es que hubiese existido un conocimiento adecuado en el momento oportuno. Por lo tanto, esta justificación es una derivación de la primera, en cuanto a que estas

instituciones privadas de salud no siempre protegen el derecho consagrado en nuestra Constitución.

Al mismo tiempo, interesante resulta destacar cuál ha sido la postura de nuestra legislación y de la jurisprudencia en cuanto a las situaciones descritas y, además, de nuestro ente regulador y fiscalizador: la Superintendencia de Salud. En cuanto a la legislación, ésta ha hecho frente a ciertas situaciones, promulgándose leyes que regulan hechos antes no regulados, tales como la ley que prohíbe el cheque en garantía para poder obtener una prestación médica de urgencia. En el ámbito judicial, diversos han sido los fallos que acogen recursos de protección presentados por afiliados quienes han sufrido alzas injustificadas en sus planes de salud. Por último, connotado ha sido en el ámbito de fiscalización realizada por parte de la Superintendencia de Salud las sanciones aplicadas a diversas Isapres por el mal uso que han hecho éstas de la información privilegiada sobre la situación de salud de ciertos afiliados, como asimismo ha sido enormemente trascendente la actividad reguladora de este órgano público, al dictar diversas Circulares que han impartido instrucciones relativas a contratos de salud, procedimientos de reclamos y aplicación de ciertas leyes, entre otras materias.

En cuanto a la metodología del trabajo, se puede señalar que éste es descriptivo, ya que pretende señalar las características y elementos del objeto de la investigación, esto es, el análisis del nivel de ineficacia de las Isapres, en cuanto a las prestaciones de salud que otorgan a los afiliados y el resguardo al derecho a la protección de la salud en nuestro país.

Por otro lado, se combina el nivel descriptivo con el explicativo, ya que intenta demostrar cómo y en qué situaciones las Isapres logran vulnerar el derecho antes mencionado, y cómo enfrentan tales dificultades los afiliados, quiénes son los que han motivado esta investigación, debido a la conducta confrontacional que han adoptado en el último tiempo, principalmente a partir del fallo del Tribunal Constitucional ya señalado.

Por otra parte, en relación al diseño de la investigación, éste será principalmente – por no decir en su totalidad - de carácter documental, ya que se utilizarán, diversos documentos valiosísimos para el desarrollo de la investigación. Cabe destacar que dentro de los documentos a utilizar, la gran mayoría son, a su vez, investigaciones realizadas por otras personas, ya sean memorias para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, o análisis jurisprudenciales desarrollados por abogados. A su vez, importantes son los documentos estadísticos, pues ellos revelan la situación exacta de la variable independiente y dependiente, ya descritas.

Por último, cabe señalar que la investigación será de carácter pura y cualitativa, ya que ésta está orientada a describir cierto tipo de problema, en este caso, desarrollar el tema de las Isapres en nuestro país.

En relación a los métodos de investigación, se utilizarán, por ejemplo, el método analítico, al intentar identificar, analizar y describir todos los elementos que caracterizan a las situaciones que llevan a señalar que las Isapres son ineficaces, como por ejemplo, que los grandes focos de conflictos son el alza injustificada de los precios de salud de los afiliados, y las irregularidades que se cometen en el proceso de adecuación anual de los contratos por parte de las Isapres.

A su vez, se intentará recurrir al método inductivo, a partir de fenómenos particulares, como son las decisiones jurisdiccionales en cuanto a los recursos de protección presentados ante nuestras Cortes de Apelaciones y a los reclamos interpuestos ante la Superintendencia de Salud, en los diversos procedimientos que dicha institución prevee.

Finalmente, se utilizará el método de observación, ya que se analizarán diversas muestras estadísticas, que demuestran datos gruesos y certeros de la situación actual del sistema de salud privado chileno.

En cuanto a las fuentes, técnicas e instrumentos, en la presente investigación, se utilizaron fuentes formales de investigación, a saber, textos, documentos, opiniones de expertos, entre otros. Tales fuentes se obtuvieron desde bibliotecas, o bien, desde páginas de internet que contenían información relevante. En específico, se puede señalar que se emplearon fuentes primarias, como las estadísticas señaladas, y fuentes secundarias, como las memorias descritas en el punto sobre los antecedentes de la investigación. Se utilizaron, además, fuentes directas, tales como las mismas estadísticas, y fuentes indirectas, como las mismas memorias señaladas. Se usaron, también, fuentes principalmente de carácter bibliográfico, sin perjuicio de los documentos en línea que se puedan encontrar. Y, se ocuparon, asimismo, fuentes de diversas épocas, pero todas dentro de un rango que inicia el nuevo milenio.

Por otro lado, en cuanto a las técnicas de procesamiento de la información, ésta fue, primero, recolectada, para luego pasar a ficharla en documentos computacionales, creando una biblioteca virtual, en donde en base a archivos computacionales, se indicó de qué documento se trata, con

el objetivo de describirlo y analizarlo, lo cual facilitó, en gran medida, su utilización como fuente de información. Ello abarcó no tan sólo los documentos bibliográficos, sino también los estadísticos.

Por último, en relación a la metodología de la investigación, cabe señalar que ésta tuvo un tratamiento de información recogida, a través de un procedimiento cualitativo. Esto, porque conforme se fue investigando, los documentos utilizados fueron separados y descritos en fichas individuales. En tales fichas se hizo, como se dijo una descripción, pero además, se realizó una completa individualización del documento, indicando en su ficha las conclusiones que se pueden extraer de él. De esta manera, se permite a su vez, extraer la esencia del trabajo, en un nivel micro, y a nivel macro, se permite hacer un análisis comparativo adecuado, lo cual conlleva a un mejor y más rápido conocimiento y manejo de toda la información recabada.

Así las cosas, en base a este tratamiento de la información, se pudo comparar de una mejor manera, por un lado, todos los documentos que versan sobre los elementos principales de la investigación, y por otro lado, todos aquellos que tratan información dura, tales como los estadísticos, lo cual facilita establecer la dualidad causa-efecto, y vincular ambos tipos de documentos.

Es preciso señalar, que este trabajo, en el desarrollo del objeto de la investigación y en la utilización de la información recabada, tiene una visión socio jurídica, lo que asume un criterio interdisciplinario y transdisciplinario, que va más allá del estudio estricto de las normas jurídicas que en él se estudiarán.

Por tanto, la presente memoria tiene la siguiente estructura: Se divide en tres capítulos, tratando el primero todo lo relativo al marco teórico de la investigación, entregándose nociones básicas acerca del sistema privado de salud chileno, indicando cuáles son los derechos fundamentales que se vinculan con el objeto de estudio, y señalándose cuál es el marco regulatorio del sistema de salud ya mencionado, partiendo desde sus orígenes.

El segundo capítulo, básicamente realiza un estudio y análisis histórico legislativo en relación a la materia tratada en el capítulo que lo antecede, con el objetivo de entender de una mejor manera el porqué se creó el sistema privado de salud, cómo nacieron las Isapres, cómo se ha tratado a lo largo de la historia el derecho a la protección de la salud, y cómo ha influido en todo lo anterior la normativa internacional.

Por último, el tercer capítulo tiene un carácter más conclusivo, toda vez que analiza los resultados de las diversas modificaciones legales que se han introducido en el sistema privado de salud en nuestro país, en materia de fiscalización, contratos y procedimientos de reclamos. Asimismo, este capítulo estudia el proceso que se denominó como la “gran reforma a la salud”, impulsada en el Gobierno del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar, y además estudia lo que se ha denominado como “judicialización de la salud”, tomando en consideración la influencia que ha tenido en ello los fallos dictados por el Tribunal Constitucional.

Para finalizar, debe recordarse que el presente trabajo tiene un enfoque socio-jurídico, ya que no se limita sólo al estudio del marco regulatorio del sistema privado de salud y las Isapres, sino que analiza el

proceso de esta regulación, tomando en consideración las motivaciones de las reformas introducidas y los fundamentos y principios que marcaron el origen de dicho sistema.

Debe prevenirse, también, que al tener el enfoque ya señalado, este trabajo carece de un estudio del carácter técnico y económico que envuelve a las Isapres y al sistema privado de salud, ya que ello implica una extensión de la investigación que excede por mucho a los objetivos de la misma, aquí planteados.

CAPÍTULO I: LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS ISAPRES Y DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN CHILE

En este primer capítulo, realizaré una exposición y breve explicación de todo el marco regulatorio que rige actualmente en nuestro país en torno a dos de los pilares de la presente investigación, a saber, las Instituciones de Salud Previsional (Isapres) y el derecho a la protección de la salud.

Cabe destacar que existen, según los pilares de investigación señalados, dos tipos de regulaciones jurídicas. Uno, relacionado con las Isapres, es un tipo de regulación jurídica meramente legal, y en parte administrativo. Otro, en cambio, es un tipo de regulación jurídica a nivel constitucional, ya que se refiere a uno de los denominados derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.

Sin embargo, no se puede hablar de la regulación jurídica de las Isapres sin antes otorgar ciertas nociones básicas de las mismas, como asimismo del sistema de salud que rige en nuestro país. Ello, porque es en dicho sistema en donde las Isapres participan activamente, y es en él, donde el derecho a la protección de la salud está en permanente juego.

Por ello, se subdividirá a este capítulo en tres partes: i) la primera de ellas explicará las nociones básicas en torno al sistema privado de salud en nuestro país, otorgando detalles sobre la institucionalidad de las Isapres y sobre cómo es el funcionamiento de dicho sistema; ii) la segunda, abordará la normativa constitucional relacionada con el tema de la presente investigación, estudiándose especial y profundamente el derecho a la

protección a la salud, desde sus inicios en nuestra legislación y hasta nuestros días, y; iii) por último, la tercera parte tratará el marco legal que regula a las Isapres en nuestro país, enumerando y describiendo a todas las disposiciones legales regulatorias de las Isapres que han existido en nuestro ordenamiento jurídico, sean de origen legislativo, como leyes, decretos ley y decretos con fuerza de ley, o sean de índole administrativo, como son las circulares y resoluciones exentas dictadas por las Superintendencias que han existido en la historia en relación al sistema privado de salud.

Ahora bien, previo a entrar de lleno al desarrollo de este primer capítulo, debe hacerse la prevención de que casi la totalidad de las normas jurídicas, tanto de origen legal como administrativo, ya mencionadas, se encuentran latamente analizadas en el tercer capítulo de este trabajo, ya sea respecto al estudio relativo a la fiscalización, ya sea relacionado con el estudio sobre contratos de salud, o bien, en el análisis de las propuestas de reforma que allí se plantean y describen.

Por tanto, en esta parte del presente trabajo, sólo se hará una enunciación y un breve resumen de cada disposición normativa, ya que el presente capítulo – como el segundo capítulo también - tiene una finalidad introductoria y contextualizadora respecto de las materias que se verán y estudiarán a lo largo del tercer capítulo.

1.- Nociones básicas en torno al sistema privado de salud en Chile

Lo primero que se debe tener en cuenta al momento de analizar el tema salud en nuestro país, es determinar cuáles son los principios macro de éste. Así, en nuestro país, existe un Código que reúne un conjunto de

principios marco que sientan las bases sobre las cuales las leyes deben respetar al momento de regular determinada situación. Tal Código es nuestra Constitución Política de la República¹.

En efecto, nuestra Carta Fundamental establece, en su artículo N° 19, una serie de garantías constitucionales, los llamados “derechos fundamentales”, que son la piedra de tope de cualquier regulación jurídica. Específicamente, en torno al objeto de la investigación, establece dos derechos, a saber, el “*derecho a la seguridad social*” y el “*derecho a la protección de la salud*”, sobre los cuales hablaré más detenidamente en el siguiente punto.

En cuanto a lo anterior, se puede decir que en una primera instancia, es el Estado quien se hace cargo de asegurar el otorgamiento y cumplimiento de todas las necesidades de los ciudadanos. Es así como el citado artículo inicia con la siguiente frase: “La constitución asegura a todas las personas”². No obstante ello, la misma Constitución establece otro principio clave dentro del funcionamiento de la sociedad: el denominado principio de subsidiaridad. En efecto, el inciso 3° del artículo 1 de la Constitución señala: “*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*”³.

¹ En el presente trabajo se analizará la Constitución Política de la República, 2006, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Edición especial para estudiantes, undécima edición.

² Ob. cit. p.14.

³ Ob.cit. p. 11.

Así las cosas, en nuestro país, existen dos tipos de sistemas de salud: uno público regido por el Estado, a través del Fondo Nacional de Salud (Fonasa), y otro privado, regido por las Instituciones de Salud Previsional (Isapres).

En mérito de lo expuesto, es del todo pertinente, para cumplir los objetivos propuestos en este trabajo, el tratar, previamente, temas relacionados con el núcleo de la investigación, como lo son definir qué es un sistema de salud, determinar cómo está constituido nuestro sistema privado de salud y cuál es su funcionamiento, y qué son las Isapres, señalando su concepto y sus principales características y obligaciones.

1.1) El sistema de salud

En primer lugar, y de acuerdo al autor argentino Federico Tobar, se puede decir que todo sistema de salud puede ser pensado como la articulación de tres componentes: el político, el económico y el técnico. Por ello, puede definirse a los sistemas de salud como el conjunto de combinaciones que permite la intersección de tres sectores: a) uno político, al que puede llamársele modelo de gestión; b) uno económico, al que puede denominársele modelo de financiación; y, c) uno técnico, al que se llamará modelo de atención o modelo asistencial⁴.

En cuanto al modelo de gestión del sistema, éste tiene que ver con los principios y valores que cada legislación aplique al ámbito de la salud. En cuanto al modelo de financiación, esto implica un problema que conllevó a

⁴ PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. *"Isapres y contrato previsional de salud"*. Tesis Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2006. p. 6

que en nuestro país existieran dos tipos de sistemas de salud, como ya se dijo anteriormente. Por último, en cuanto al modelo de atención, éste tiene que ver con los aspectos médicos y técnicos de la prestación de salud, por lo cual, no ahondaré en ello.

1.2) El sistema privado de salud en Chile

Previo a determinar cómo se constituye y cómo funciona nuestro sistema privado de salud, se definirán los lineamientos principales que rigen el sistema de salud chileno en general.

Así las cosas, se puede señalar que “el sistema de salud chileno está estructurado sobre dos subsectores principales –sectores público y privado– que cumplen funciones en materia de seguros y producción de servicios de salud”⁵.

Por un lado, “el sistema público es liderado por el Ministerio de Salud, quien tiene por tarea el diseño de políticas y programas y la coordinación de las entidades del área. Por su parte, el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) es el servicio descentralizado responsable de recaudar, administrar y distribuir los recursos financieros del sistema público”⁶.

⁵ LARRAÑAGA, Osvaldo. “Eficiencia y eficacia en el sistema de salud chileno”. Proyecto CEPAL/GTZ “Reformas financieras al sector salud en América Latina y el Caribe”. Santiago, Chile, 1997. p. 9. [en línea]

<<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/4286/lcl1030e.pdf>> [Consulta: 22 de agosto 2012].

⁶ LARRAÑAGA, Osvaldo. Ob.cit. p. 9.

Por otra parte, y en cuanto nos convoca, “el sistema de salud privado está conformado por compañías aseguradoras de salud (Isapres) y por productores de salud particulares. Las Isapres se originan en la reforma de la seguridad social del año 1981. (...) Los proveedores privados de salud son clínicas, hospitales y profesionales independientes que atienden tanto a los asegurados de las isapre como a los cotizantes del sistema público a través de una modalidad denominada de libre elección”⁷.

En cuanto a la fiscalización y regulación del sistema de salud en nuestro país, se puede decir que “es responsabilidad del Ministerio de Salud, quien tiene a su cargo la supervisión, evaluación y control del conjunto de las políticas de salud. Por otra parte, la Superintendencia de Salud es un organismo público descentralizado que se responsabiliza del registro y fiscalización de estas instituciones”⁸. Asimismo, cabe destacar la participación que tienen en este sistema otras instituciones fiscalizadoras y reguladoras, como lo son la Superintendencia de Seguridad Social y la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Ahora bien, pasando al tema del acceso y financiamiento, debe señalarse que “el acceso de la población a la atención de salud en Chile ocurre a través de un sistema de afiliación de carácter obligatorio. Así, todos los trabajadores dependientes del país –al igual que los pensionados⁹ -

⁷ Ídem.

⁸ Ibídem.

⁹ Respecto a esta frase, se debe decir que no todos los pensionados están sujetos a esta obligación, ya que el 31 de agosto de 2011 se publicó la Ley Nº 20.531, que elimina el 7% de cotización de salud sólo respecto de los pensionados beneficiarios del sistema de pensiones solidarias. Por otro lado, respecto de los pensionados no sujetos a ese régimen de pensiones, al igual que los pensionados por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y exonerados políticos acogidos a la Ley nº 19.234, son beneficiados parcialmente, descontándosele sólo un 5%. Para el resto de los pensionados, sigue rigiendo el descuento del 7%.

tienen la obligación de cotizar un 7% de sus ingresos al sistema de salud. Este pago puede ser realizado al Fonasa, en cuyo caso el cotizante y su grupo familiar (dependientes) quedan adscritos al sistema público de atención de salud, o puede tener como destino una Isapre, pasando en este caso a formar parte del sistema de salud privado. La elección del sistema público tiene carácter unilateral, puesto que basta la decisión del demandante para que acceda – junto a sus dependientes – a los beneficios de salud provistos por el sector”¹⁰. Por otro lado, la elección del sistema privado de salud es de carácter bilateral, ya que se debe celebrar un contrato de salud entre afiliado e isapre para poder acceder a los beneficios que brinda el sector privado de salud.

En cuanto a su financiamiento, “el sistema de Isapre opera como un seguro de salud individual y privado, donde los beneficios ofrecidos son una función de la prima pagada y del nivel de riesgo médico de los asegurados”¹¹. Tal prima pagada viene a ser la cotización para salud establecida en nuestra legislación, por lo que como mínimo, el afiliado deberá pagar a su Isapre un 7% de su remuneración. Digo como mínimo, porque por medio de la autonomía de la voluntad, el afiliado podrá convenir con la institución un monto más alto, para así poder obtener beneficios de salud de mejor calidad y con mayor cobertura respecto de los prestadores de salud.

Así las cosas, y ya explicado el funcionamiento del sistema privado de salud chileno, se puede decir que sus principales características son las siguientes:

¹⁰ LARRAÑAGA, Osvaldo. Ob. cit. p. p. 9-10.

¹¹ *Ibidem*. p. 10.

- Es regido por las Instituciones de Salud Previsional (Isapres).
- El acceso es de carácter bilateral, ya que para ingresar a él debe celebrarse un contrato de salud entre la Isapre y afiliado.
- Se financia a través de la cotización del afiliado, que puede ser la obligatoria del 7% o superior, según convengan las partes al celebrar el contrato de salud.
- El sistema privado al estar regido por las Isapres, funciona como un seguro de salud individual y privado, donde la institución asume el riesgo a enfermarse del afiliado, pagando éste una prima por ello, que es su cotización por salud.
- Las prestaciones de salud, que es el beneficio al que la isapre se obliga a otorgar por medio del contrato de salud, son entregadas por proveedores privados de salud, que son las clínicas, hospitales y diversos profesionales independientes.
- La fiscalización de este sistema está a cargo de la Superintendencia de Salud, ente público que posee variadas facultades, las que se analizan en el tercer capítulo de este trabajo.

Por último, cabe señalar que todo lo relacionado con los orígenes del sistema de salud chileno, y en particular el privado, será tratado en el segundo capítulo de este trabajo, debido a la extensión de dicho tema.

1.3) Las Isapres. Concepto, características, constitución y funcionamiento

Antes de conceptualizar a las Isapres, debe prevenirse que no existe en ningún texto legal que las regule algún concepto de ellas, por lo que la

definición que se entrega, a continuación se confeccionó atendiendo a los requisitos y elementos que contemplan los artículos 171 y siguientes del Libro III del D.F.L. N° 1.

Así las cosas, las Isapres “son personas jurídicas de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, y que tiene por objetivo 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 fiscaliza”¹².

En mérito del concepto entregado, se pueden mencionar como características de las Isapres, las siguientes:

- Son personas jurídicas, lo cual “está claramente establecido en el artículo 171 inciso 2° (que prescribe que) ‘*las instituciones deberán constituirse como personas jurídicas*’...”¹³.
- Son personas jurídicas con o sin fines de lucro. “No estando claramente determinado este aspecto en la ley, es posible que se configuren como sociedades, corporaciones, fundaciones, etc., y según el objetivo perseguido tendrán o no fines de lucro”¹⁴.

¹² PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. 71.

¹³ PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. 72.

¹⁴ Ídem. p. 72.

- En la práctica, se han constituido Isapres de dos tipos: Abiertas y Cerradas¹⁵. Las primeras ‘reciben como afiliados a cualquier persona, independiente de su calidad laboral y de su empleador. Es decir, financian las prestaciones a todo tipo de público y tienen un carácter lucrativo, siendo la mayoría de las que existen en el mercado. Estas funcionan como compañías de seguros donde el seguro ofrecido es función del monto de la contribución y el riesgo individual del asegurado’. Las segundas, ‘se han organizado por y para grupos cerrados de trabajadores. Puede decirse que son las continuadoras de los servicios médicos de empresa. Se les llama cerradas porque sólo pueden ingresar a ellas el personal de la empresa que las organiza, (y) tienden a pactar contratos con grupos definidos de personas, en general sindicatos y trabajadores de una misma empresa, lo que implica que el riesgo médico implícito en el plan ofrecido es colectivo en función del riesgo del grupo que se inscribe’.
- Las Isapres tienen un objeto exclusivo, ya que “tienen sólo un papel asegurador, financiando las prestaciones de salud¹⁶”, las cuales “son en principio otorgadas por clínicas, doctores y laboratorios independientes”¹⁷. Esta característica se ve refrendada en lo dispuesto en el artículo 22 inciso 1º de la Ley N° 18.933 y 173 inciso 1º del D.F.L. N° 1¹⁸.
- En virtud del objeto exclusivo que tienen las Isapres, y según lo dispone el inciso segundo de los artículos 22 de la Ley N° 18.933 y

¹⁵ Ibídem. p. 73.

¹⁶ PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. 74.

¹⁷ Ídem. p. 74.

¹⁸ *“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”.*

173 del D.F.L. N° 1¹⁹, éstas tienen una prohibición legal de celebrar convenios con los servicios de salud, salvo los que se refieran específicamente a la utilización de pensionados, unidades de cuidado intensivo y atención de urgencia, los que a su vez podrán comprender la realización de intervenciones quirúrgicas o exámenes de apoyo diagnóstico y terapéutico.

- Las Isapres se encuentran protegidas en el ejercicio del objeto exclusivo que tienen. Ello, en virtud de lo dispuesto por el inciso primero de los artículos 23 de la Ley N° 18.933 y 174 del D.F.L. N° 1²⁰. Las normas citadas “tienen como fundamento el hecho de que se trata de instituciones de vital importancia dentro del ámbito nacional y que operan con materias especialmente delicadas, debiendo ajustarse a ciertas reglas y estar bajo la supervigilancia de un órgano de control. Por lo anterior, no puede permitirse que otras entidades que no hayan cumplido con los requisitos legales, se arroguen una calidad que no han adquirido”²¹.
- Las Isapres tienen el deber de registro en la Superintendencia de Salud. Este es un elemento determinante y esencial para que las Isapres puedan constituirse como entes jurídicos, pues se consagra el registro en dicho órgano como un elemento de existencia de estas personas jurídicas. Esto está regulado por el inciso segundo del artículo 171 del D.F.L. N° 1.

¹⁹ “Las Instituciones no podrán celebrar convenios con los Servicios de Salud creados en el Decreto Ley N° 2.763, del año 1979, para el otorgamiento de los beneficios pactados”.

²⁰ “Ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido registrada para ello por la Superintendencia, podrá dedicarse al giro que, en conformidad a la presente ley, corresponda a las Instituciones de Salud Previsional y, en especial, a captar las cotizaciones de salud indicadas en los incisos segundo y cuarto del artículo 7° de la Ley n° 18. 469”.

²¹ PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. 77.

Indicadas y explicadas las características de las Instituciones de Salud Previsional, a continuación, se explicará el proceso de constitución de las mismas y los requisitos que deben cumplir durante su funcionamiento.

- Este proceso está regulado en los artículos 175 y 178 del D.F.L. N° 1.
- En primer lugar, la entidad interesada en constituirse como isapre debe solicitar a la Superintendencia de Salud su registro en ella. En dicha solicitud debe proporcionar todos los antecedentes pertinentes que le hayan sido requeridos para acreditar el cumplimiento de las exigencias que establece la ley (artículo 175 inciso 1).
- La Superintendencia del ramo deberá pronunciarse respecto de la solicitud que le fuere presentada en un plazo no superior a sesenta días, pudiendo rechazar la que no cumpla con las exigencias legales o no acompañe los antecedentes requeridos (artículo 175 inciso 3).
- La resolución que rechace el registro deberá ser fundada, pudiendo pedirse reposición de ella por la entidad afectada dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de su notificación (artículo 175 inciso 4).
- En segundo lugar, al estudiar la solicitud de registro, la Superintendencia debe verificar si se cumplen los requisitos legales por parte de las Isapres, entre los que se encuentran un capital y una garantía mínima, de acuerdo al artículo 178 del D.F.L. N° 1.
- Así, las Isapres deben acreditar, al momento de presentar la solicitud de registro, un capital mínimo efectivamente pagado equivalente a cinco mil unidades de fomento (UF 5000). Por otro lado, en cuanto a la garantía mínima, las Isapres deben constituir, al momento de ser registradas, una garantía inicial equivalente a dos mil unidades de fomento (UF 2000).

- Una vez constituidas, las Isapres deben sujetar su funcionamiento a ciertos requisitos mínimos de carácter económico. En efecto, la ley dispone que deberán mantener un cierto patrimonio y una determinada garantía.
- “Con respecto al patrimonio mínimo, se busca garantizar que éste se ajuste al nivel de endeudamiento de la institución y que, de esta forma, constituya una señal de estabilidad, respaldo y de permanencia de la Isapre en el sistema. Se adopta al respecto la siguiente definición: las instituciones deberán mantener un patrimonio igual o superior a 0,3 veces sus deudas totales (artículo 178 inciso 3 D.F.L. N° 1). En todo caso, como agrega el inciso 4° del mismo artículo, el patrimonio nunca podrá ser inferior a cinco mil unidades de fomento (UF 5000)”²².
- “Dada su importancia como medio para asegurar las variadas obligaciones que asume una isapre en su vida jurídica, el párrafo 2° del título II regula de manera detallada el funcionamiento de la garantía a que están obligadas las Isapres una vez iniciada y puesta en marcha sus actividades. (...) El artículo 181 inciso 1° dispone que las Isapres deben mantener, en alguna entidad autorizada por la ley para realizar el depósito y custodia de valores que al efecto determine la Superintendencia, una garantía equivalente al monto de las obligaciones que allí se indican”²³.
- Por último, cabe señalar que “para efectos de un mayor control financiero de las Isapres (...), la ley N° 19. 895 impuso la mantención de un índice de liquidez, (estableciéndose) una relación entre las cuentas de activo circulante y las del pasivo circulante que deberá

²² PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. 80.

²³ PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. p. 79- 80.

cumplir un estándar definido por la ley²⁴, en el artículo 180 del D.F.L. N° 1²⁵.

Ya expuestos los aspectos más importantes de las Instituciones de Salud Previsional, cabe hacer ciertas menciones. Primero, debe destacarse que estas instituciones funcionan bajo la modalidad de seguros individuales, por lo que operan ante la contingencia o riesgo que está constituido por la enfermedad. Al ser de carácter individual, el financiamiento posee la misma característica. Sin embargo, este aspecto se distingue por exigir a los afiliados un mínimo de pago de manera legal, que es el 7% de cotización por salud.

Segundo, cabe hacer destacar que la forma de vincular a las Isapres y a las personas o afiliados es el contrato de salud, mediante el cual se pacta libremente el precio del plan, los integrantes del mismo, la cobertura y los beneficios que aportará.

²⁴ PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. 85.

²⁵ *“Las Instituciones deberán mantener un indicador de liquidez no inferior a 0,8 veces la relación entre el activo circulante y el pasivo circulante. Para los efectos de este cálculo, no se considerarán los instrumentos financieros señalados en el literal d) del inciso cuarto, del artículo 181 de esta ley cuando se hayan emitido para respaldar la garantía de que trata dicho artículo. Dicha relación será revisada mensualmente por la Superintendencia.*

Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia deberá dictar instrucciones de general aplicación para establecer las condiciones de diversificación, emisor y depositario de instrumentos de largo plazo y de fácil liquidación, así como la forma en que podrán ser considerados por las Instituciones, para establecer el indicador referido en este artículo. Para los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la garantía se considerará parte integrante del activo circulante, con excepción de los instrumentos financieros a que se refiere el inciso precedente”.

Sin perjuicio de lo anterior, y pese a que la autonomía de la voluntad sigue plenamente vigente al momento de celebrar este tipo de acto jurídico, ha existido una tendencia de dirigismo contractual, para poder contrarrestar los abusos que cometen, en algunas ocasiones, las Isapres.

Dicha tendencia ha sido instaurada tanto por el Poder Legislativo, a través de diversas reformas legales – que se analizan en el tercer capítulo -, como también por la Superintendencia de Salud, órgano público encargado de fiscalizar a estas instituciones, lo cual, por cierto, constituye otro ámbito destacable.

Por último, se hará una mención al proceso de constitución de las Isapres, el cual es plenamente controlado y altamente exigente, debido a la importancia de las instituciones, proceso que ha sido modificado constantemente con la finalidad de imprimirle un sello de seriedad, seguridad y de certeza jurídica. Muestra de esto último, son las leyes N° 19.381 y N° 20.015, analizadas más adelante.

Cumplido el objetivo propuesto para este acápite del primer capítulo, se debe estudiar, a continuación, la regulación jurídica de orden constitucional que existe en torno al sistema de salud y las Isapres en nuestro país.

2.- La normativa constitucional

Dentro de las disposiciones normativas que existen en nuestro ordenamiento jurídico, las de carácter constitucional tienen especial relevancia, toda vez que son las de mayor importancia, al ser la Constitución

la Carta Fundamental de nuestra regulación jurídica, estableciendo los principios esenciales de toda la República.

Dentro de todas las temáticas que regula nuestra Constitución, tienen especial transcendencia los denominados “derechos fundamentales”, que son una serie de garantías de la más diversa índole que todo el ordenamiento jurídico debe respetar, como asimismo el Estado en su totalidad.

El tema que nos convoca no podía estar ajeno y cuenta, precisamente, con un reconocimiento constitucional, al consagrarse en el artículo 19 del Código Político una serie de derechos fundamentales que tienen relación con las Isapres y el sistema de salud, como son las garantías constitucionales que se pasan a analizar.

Debe hacerse presente que se analizará profundamente el derecho a la protección de la salud, por ser uno de los pilares de la investigación. Asimismo, se estudiarán el derecho a la seguridad social y otras garantías fundamentales que se vinculan al primer derecho mencionado. Todo ello, tomando como fundamento principal lo dispuesto por nuestra Constitución Política de la República, y como elementos secundarios algunos textos doctrinales que tratan estos derechos.

2.1) El derecho a la protección de la salud

El artículo 19 N° 9 de la Constitución señala lo siguiente: La constitución asegura a todas las personas: *“El derecho a la protección de la salud. El estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”*²⁶.

Para arribar a este texto, hubo muchas complicaciones. Ello, porque en una primera instancia existió la idea de regular constitucionalmente el derecho a la salud. Sin embargo, dicha intención no prosperó, tal como se puede apreciar del texto ya citado.

En efecto, “en un principio en la Comisión de Estudio surgieron varias dudas de sobre si se podía asegurar el derecho a la salud, principalmente en razón, como se dijo en la sesión número 190, de que el derecho a la salud no se puede reclamar de nadie, las personas se enferman y se mueren y, por cierto, ese derecho no se puede exigir, lo pierden sin que nadie la haya quebrantado”²⁷.

²⁶ Constitución Política de la República, 2006, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Edición especial para estudiantes, undécima edición. p. 16.

²⁷ BULNES ALDUNATE, Luz. *“El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980”*. Gaceta Jurídica N° 295. Santiago, Chile, 2005. p. 16.

Luego de formulado y cerrado el debate en relación al texto de este derecho, “El Consejo de Estado mantuvo la norma aprobada por la Comisión, pero en general en este organismo prevaleció la idea imperante en la época, ya analizada, de no incluir entre el listado de derechos aquellos que no pueden ser exigidos del Estado y que en principio por sí solos no son justiciables.

Por ello, se cambió la expresión ‘el derecho a la salud’ por ‘el derecho a la protección de la salud’. La Junta de Gobierno mantuvo la modificación indicada y así aparece en la Constitución que nos rige”²⁸.

Cabe preguntarse, entonces, ¿qué se entiende por derecho a la protección de la salud?

“Esta expresión de proteger puede interpretarse en un doble sentido, primero, que la autoridad no puede ejecutar acciones que vayan contra la salud, y al mismo tiempo, que debe adoptar las providencias que sean necesarias para resguardar la salud.

Vemos en esta expresión del constituyente una clara intención de establecer que el derecho para ser una realidad necesitaba de una protección, en otras palabras, de medidas adoptadas que lo resguardaran tanto por el Estado como por los particulares. Estas medidas obviamente se traducirían en políticas que se adoptarían por la vía legislativa.

²⁸ BULNES ALDUNATE, Luz. Ob. cit. p. p. 16-17.

La expresión protección le da a la norma un carácter programático”²⁹. Y en este sentido, ello se debe a que el derecho a la salud, al ser un derecho social, es uno de carácter prestacional, “y por tanto, dependen de los recursos económicos del Estado para su realización. Se presentan como normas programáticas que dependen de la capacidad económica y financiera de cada país, la que puede sufrir variaciones. Sólo serían exigibles cuando el legislador los desarrolla (...)”³⁰.

Continuando con el análisis de este derecho fundamental, debe estudiarse el concepto de salud que se tomó en consideración al momento de determinar su texto definitivo, y que sirvió de fundamento para su redacción.

En efecto, “El concepto de salud que se utilizó en la ley fundamental tuvo su origen en la Comisión de Estudio y resulta de los antecedentes que envió a ese organismo el Ministerio de Salud de la época, que textualmente dice: ‘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 se 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 rehabilitación del individuo”³¹.

²⁹ BULNES ALDUNATE, Luz. Ob. cit. p. 17.

³⁰ Ídem. p. 14.

³¹ Ibídem. p. 17.

De la lectura del párrafo que antecede, que se vincula con el concepto de salud utilizado en la redacción del derecho analizado en estas líneas, se puede concluir que existe una total y absoluta correlación entre ambos, ya que el texto constitucional replica que las acciones de salud son las de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud.

Por otro lado, se debe señalar qué se entiende por cada una de las acciones de salud. “Por *promoción* debemos entender el impulso, el desarrollo o el adelanto; Por *protección* se entiende igualmente el amparo, la defensa o la ayuda; Por *recuperación* se entienden el rescate, el recobro, y la *rehabilitación* se puede asimilar a restitución o reposición”³².

En relación a ellas, es el “Estado a quien se le encarga que ‘proteja’ un libre e igualitario acceso a las acciones de salud, esta voz de protección que reitera el constituyente en esta disposición, a nuestro juicio implica una obligación de crear condiciones que permitan que las personas accedan a las acciones de salud que se enumeran en la norma constitucional mencionada (artículo 19 número 9).

Concuera esta disposición con el artículo 1º de nuestra Carta Política, que le señala un fin al Estado, cual es promover el bien común. (...) Lo importante es que el Estado desarrolle las políticas públicas tendientes a proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud. Es ésta la primera obligación que le impone el constituyente al Estado. Que se cumpla con los principios de libertad e igualdad, de manera que no existan

³² *Ibíd.* P. 17.

privilegios, discriminaciones o restricciones para acceder a las acciones de salud”³³. Cabe agregar que, en relación a esta materia, y según el inciso tercero del artículo 19 número 9 de la Constitución, al Estado *“le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”*.

Sin perjuicio de lo anterior, no sólo el deber de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud es el que se le impone al Estado, ya que según la disposición en estudio, *“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”*.

Como se puede apreciar, el constituyente plasma aquí tres cosas esenciales respecto al derecho a la protección de la salud. Lo primero, es que reafirma su intención de garantizar y regular sólo la protección a la salud y no a la salud en sí misma, por los argumentos entregados anteriormente. Lo segundo, es que abre la puerta al nacimiento del sistema privado de salud y de las Isapres, al señalar que las acciones de salud podrán ser ejecutadas a través de instituciones privadas. Por último, lo tercero dice relación con que será el legislador quien determine la forma y condiciones en que se ejecutarán las acciones de salud, lo que reafirma el carácter de programático de este derecho fundamental.

Así las cosas, “el legislador ha cumplido el encargo que le ha dado el constituyente, regulando el Sistema Público de Salud por la ley N° 18. 469, la que fue modificada por la ley N° 19. 650. El texto vigente de la ley N° 18.

³³ *Ibídem.* p. p. 17-18.

469 regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. (...) En cuanto al sistema privado, éste está regulado por la ley N° 18. 933, modificada por la ley N° 19. 381”³⁴.

En relación a lo anterior, se puede decir que “la intención del constituyente fue que coexistan sistema de salud estatales y particulares, entre los que las personas puedan escoger libremente (...) Además, cabe destacar que el constituyente le da un mandato al legislador para que sea este órgano del Estado el que fije las condiciones y la forma en que se otorguen las acciones de salud (...) De lo expuesto, podemos concluir que el constituyente le da un papel relevante al Estado en materia de salud y que la acción que se le asigna se consideró como un programa que debía ser implementado por la vía legislativa o reglamentaria. Por su carácter de norma programática no se resguardó esta disposición con la acción cautelar de protección”³⁵.

Es por este motivo, que el inciso final del artículo 19 número 9 establece el derecho individual de elegir el sistema de salud, en los siguientes términos: “*Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse sea estatal o privado*”, y es por la misma razón, ya explicitada, que este derecho sí se encuentra resguardado por la acción de protección, al ser “este derecho un típico derecho individual, expresión de la libertad del hombre, principio rector que inspira nuestro Texto Fundamental”³⁶.

³⁴ *Ibídem.* p. 19.

³⁵ *Ibídem.* p. p. 20-21.

³⁶ *Ibídem.* p. 22.

En suma, respecto del derecho a la protección de la salud, se puede concluir que esta garantía constitucional tiene como objetivo permitir la convivencia de dos sistemas de salud distintos: uno público o estatal, y otro privado. Ello, gracias al principio de la subsidiaridad, antes mencionado y explicado. A su vez, establece que será el Estado el encargado de fiscalizar el otorgamiento de las prestaciones de salud, en la forma que determine la ley.

2.2) El derecho a la seguridad social

El artículo 19 N° 18 de la Constitución señala lo siguiente: La constitución asegura a todas las personas: *“El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”*³⁷.

Este artículo es la base fundamental del derecho analizado previamente. En efecto, consagra también la subsidiaridad, pero estableciendo un nivel más alto de igualdad entre las personas para el acceso a las prestaciones, entre las cuales se encuentra, por supuesto, la salud.

³⁷ *Ibíd.* p. 18.

“Se trata de un extensión del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de todas las personas, consagrado en el N° 1 del mismo artículo, ya que garantiza a todas las personas un apoyo material que se otorga en los momentos en que eventualmente atraviesen por estados de necesidad”³⁸.

En cuanto a sus fundamentos, se puede decir que “el derecho a la seguridad social se inspira en tres principios: generalidad, integridad y uniformidad, bajo el sistema antiguo de salud, también estaba presente el principio de solidaridad”³⁹.

Del estudio del artículo transcrito, se puede concluir que el Estado tiene un rol preponderante respecto a esta materia, al igual que en relación al derecho a la protección de la salud. Así, “al establecer que la acción del Estado en materia de Seguridad Social estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, está obligando al Estado a subsidiar a todos quienes por sus bajos ingresos no alcancen a cotizar el monto básico, pero el Estado sólo asegura un nivel de prestaciones básicas y uniformes”⁴⁰.

Lo anterior tiene directa relación con el sistema de salud que impera en Chile y el rol del Estado al respecto. Como se señaló en el primer punto, en nuestro país existen dos subsistemas de salud, uno público y uno de carácter privado. El Estado, al no poder garantizar a los ciudadanos el

³⁸ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. *“Conflictos entre afiliados e Isapres y entre afiliados y Fonasa”*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2004. p. 7.

³⁹ Ídem. p. 7.

⁴⁰ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p.p. 7-8.

derecho a la salud, y al estar facultado sólo a asegurar un mínimo de prestaciones de salud a una parte de la sociedad, permite que los privados, a través del principio de subsidiaridad, se hagan cargo de esta carencia estatal. Por ello, existen las Isapres y el sistema privado de salud, y por ello, nuestra Constitución consagra, en el inciso final del artículo 19 N° 9, el derecho de libre elección del sistema de salud, y lo protege mediante la acción de protección.

Por otro lado, “hay que relacionar esta norma con la contenida en el artículo 19 N° 7 letra h), la que al tratar el derecho a la libertad personal y seguridad individual, dispone que no podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales”⁴¹.

Para finalizar este punto, se harán ciertas menciones. En primer lugar, debe destacarse la importancia de la redacción de esta garantía constitucional respecto al financiamiento de la salud, ya que como señala el precepto analizado, el Estado podrá imponer cotizaciones obligatorias con la finalidad de garantizar el acceso de los ciudadanos a prestaciones básicas uniformes. Por tanto, en mérito a ello, es que se estableció el 7% obligatorio de cotización para la salud.

En segundo lugar, y nuevamente tomando en consideración la redacción del texto constitucional, debe criticársele, en el sentido de que no es precisa ni completa, al no tipificar cuáles son las prestaciones básicas uniformes que el Estado garantiza a todos los habitantes. De esta forma, la consagración de este derecho al nivel que posee no se condice con la aplicabilidad del mismo, ni con su exigibilidad, lo cual constituye, al menos,

⁴¹ *Ibídem.* p. 8.

un despropósito, quedando, la redacción de este derecho, en letra muerta, de cierta manera.

Sin perjuicio de ello, este derecho fundamental es la base de otros derechos garantizados en la misma Constitución, como ya se ha dicho. Por lo tanto, la crítica antes realizada se ve de cierto modo superada por la funcionalidad que se ha aplicado a esta garantía constitucional, lo cual, sin embargo, no quiere decir que su redacción no pueda mejorarse.

Por último, cabe señalar que la redacción de este derecho, muestra una vez más que la Carta Fundamental hace transversal la subsidiaridad, como ya se dijo líneas arriba, y que todo lo relativo a esta materia, será supervisado y fiscalizado por la Superintendencia de Seguridad Social.

2.3) Otros derechos fundamentales vinculados a la salud

La relación del derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales, se debe, principalmente, al hecho de que, y tal como se dijo anteriormente, esta garantía constitucional es un derecho de segunda categoría, es decir, es un derecho de los denominados sociales. Por este hecho, es que el Constituyente decidió no protegerlo con la acción de protección, al considerarlo un derecho evidentemente prestacional y de orden programático.

De hecho, “de un examen detallado de nuestra Carta Política, es claro que el marco constitucional de este derecho se encuentra no sólo en la

disposición transcrita sino que también en otras normas de la Ley Fundamental y así lo ha entendido nuestra jurisprudencia.

Hay una relación evidente con otros derechos y específicamente con el derecho a la vida, a vivir en un ambiente libre de contaminación y con la seguridad social”⁴².

Esta situación no sólo puede constatarse en nuestro país, sino que también en Estados como el de España, “donde el derecho a la salud (...) es un principio rector de la política social y económica, (por lo que) se le ha ligado (...) de forma especial a derechos fundamentales tales como los contemplados en los artículo 14 CE (prohibición de discriminación), 15 CE (derecho a la integridad física), 18 CE (derecho a la intimidad), y 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva)”⁴³.

El fundamento de esta situación, es el concepto de salud imperante al momento de regular el derecho a la protección de la salud, que ahora es de carácter integral, ya que se define como “un estado completo de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente (como) la ausencia de afecciones o enfermedades”⁴⁴.

⁴² BULNES ALDUNATE, Luz. Ob. cit. p. 16.

⁴³ CASTILLO V., Fernando. “Derecho a la salud. Recientes evoluciones de la jurisprudencia constitucional”. p. p. 4-5.

[en línea]

<<http://www.poder-judicial.go.cr/SalaConstitucional/Cefeca/Documentos/Derechoalasalud/CONFERENCIADERECHOALASALUD.pdf>> [Consulta: 22 de agosto 2012].

⁴⁴ Ibídem. p. 2.

De hecho, “si señalamos esta intención, es porque en el derecho a la vida se asegura también la ‘integridad física y psíquica de las personas’, concepto que tiene una íntima relación con la salud y que nuestros tribunales han destacado. Es indudable que no puede haber salud si no hay integridad física y psíquica”⁴⁵.

Sin embargo, no tan sólo a los citados derechos fundamentales se vincula el derecho a la protección de la salud, ya que también se le ha relacionado con el derecho de propiedad, a raíz del proceso de judicialización de la salud⁴⁶. En efecto, “por la vía que hemos denominado de la protección o defensa indirecta de la salud, se han acogido recursos de protección sustentados en el artículo 19 número 24 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad sobre los bienes corporales e incorporales, estimando las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en algunas sentencias que los beneficios que otorgan las Isapres por el contrato de salud, ingresan al patrimonio de los afiliados y, en consecuencia, están aseguradas por el derecho de dominio sobre los bienes incorporales”⁴⁷.

En conclusión, y en mérito de lo expuesto, se puede decir que el derecho a la protección de la salud se vincula a las siguientes garantías constitucionales: i) derecho a la vida; ii) derecho a la integridad física y psíquica; iii) derecho de igualdad; iv) derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; v) derecho a la seguridad social; vi) derecho a la no discriminación arbitraria; vii) derecho de propiedad.

⁴⁵ BULNES ALDUNATE, Luz. Ob. cit. p. 16.

⁴⁶ Este proceso se analiza en el tercer capítulo, en el punto cuatro.

⁴⁷ BULNES ALDUNATE, Luz. Ob. cit. p. 25.

Por otra parte, y en un sentido crítico, debe señalarse que desde su consagración a nivel constitucional y hasta la actualidad, el derecho a la protección de la salud no ha sido objeto de alguna modificación o reforma, por lo que el carácter de derecho “programático” aún lo persigue, generando consecuencias graves. La más relevante de éstas, ha sido la judicialización de la salud, toda vez que esta garantía constitucional no se encuentra resguardada en plenitud por la acción de protección, sino que tan sólo su último inciso, por lo que esto ha sido el fundamento ideal para interponer dicha acción constitucional invocando otros derechos fundamentales, como los ya mencionados.

En otras palabras, la vinculación del derecho a la protección de la salud con otras garantías constitucionales ha trascendido la lógica y armonía inicial en su complementación, y pasó a ser una consecuencia inesperada de la falta de visión y responsabilidad por parte del Congreso y del Poder Ejecutivo.

Por último, y continuando en el mismo sentido crítico, cabe destacar que la existencia de la subsidiaridad en ámbitos como la salud, si bien no es dañina en sí misma, ha sido la catalizadora de una discriminación entre los usuarios de uno y otro sector del sistema de salud en nuestro país, toda vez que el público presenta serias deficiencias en cuanto a los prestadores de salud y los beneficios que se entregan a los ciudadanos que participan de él, lo que se ha profundizado con el paso del tiempo, al ir aumentando la población que no puede ingresar al sector privado, por falta de recursos económicos.

En este sentido, es donde debe existir más participación del Estado, mejorando y fortaleciendo el sector público de salud en nuestro país,

inyectando más recursos y haciendo de este problema una política pública, para así competir en igualdad respecto del sector privado, haciendo del derecho a la salud, una garantía protegida de manera más eficiente.

3.- La normativa legal

A continuación, se expondrán las diversas normas jurídicas aplicables, actualmente, al sistema privado de salud, a las Isapres y al derecho a la protección de la salud, con una breve explicación de su contenido.

Debe hacerse presente que no sólo se citan leyes ordinarias, de carácter legislativo, sino que también Decretos con Fuerza de Ley y Decretos Ley. Asimismo, se citan en este acápite normas jurídicas de carácter administrativo, tales como Circulares y Resoluciones Exentas, las que han sido dictadas por las Superintendencias que han fiscalizado el sistema privado de salud, y que han sido de enorme trascendencia, al regular de manera más detallada materias, tales como los contratos de salud o la aplicación de ciertas leyes, tal como se señalará en el tercer capítulo.

Asimismo, debe reiterarse la prevención hecha al iniciar este capítulo, respecto a que este punto sólo tiene por objetivo determinar el marco legal regulatorio del sistema privado de salud en nuestro país, y no el estudio del mismo, por lo que sólo hay una mención a las normas jurídicas y una breve explicación de sus contenidos, ya que el análisis se realizará en el tercer capítulo de este trabajo, al estudiar las distintas materias que trata el mismo.

Así las cosas, las disposiciones normativas que regulan al sistema privado de salud y a las Isapres en nuestro ordenamiento jurídico, son las siguientes:

- 3.1) Decreto Ley N° 3. 500: “Fue dictado en noviembre de 1980 y permitió establecer la base jurídica sobre la cual se construye el actual régimen de prestaciones de salud. Con él, se estableció un nuevo sistema de pensiones⁴⁸”, obligándose a todos los trabajadores y pensionados a cotizar el 7% de sus remuneraciones y pensiones para salud. “Además, y luego de una modificación introducida en mayo de 1981 a su artículo 84 a través del Decreto Ley N° 3626, se vislumbró el nacimiento de las Isapres, (ya que) por primera vez se da la posibilidad a los trabajadores, de elegir que sus cotizaciones en materia de salud pudieran ser administradas por entidades privadas⁴⁹”.
- 3.2) Decreto con Fuerza de Ley N° 3: esta norma jurídica fue promulgada el 27 de abril de 1981, y publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo del mismo año. Fue creada con la intención de fijar normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, por instituciones de salud previsional, tal como lo indica su título.

Su importancia radica en haber sido la primera disposición normativa que creó las Isapres, dando pie al origen definitivo del sistema privado de salud en nuestro país. Regula detalladamente los requisitos que deben cumplir las instituciones para poder existir, las obligaciones que deben ejecutar y las garantías que deben otorgar.

⁴⁸ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p. 9.

⁴⁹ Ídem. p. 9.

Por otro lado, es la primera norma que habla sobre “contratos de salud”, materia que será analizada en extenso en el segundo punto del tercer capítulo.

Junto con ello, este decreto tiene el mérito de regular por primera vez al ente que fiscalizaría a dichas instituciones, siendo el Fondo Nacional de Salud el ente elegido para cumplir dicha función. Cabe destacar que con el paso de los años, el órgano fiscalizador fue cambiando, pasando por la Superintendencia de Isapres, llegando a la Superintendencia de Salud. Todo lo que se refiere a fiscalización, será estudiado largamente en el primer punto del tercer capítulo.

- 3.3) Ley N° 18.469: esta ley “vino a regular el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, disponiendo que su ejercicio comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación de la salud y rehabilitación del individuo. Además de la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al que se desee acoger, la misma ley regula la incorporación y el funcionamiento del sistema público de salud”⁵⁰.

En ese sentido, básicamente replica lo que señala el artículo 19 N° 9 de nuestra Constitución Política de la República. Sin perjuicio de ello, esta ley establece un régimen de prestaciones en salud, en donde se asegura a toda la ciudadanía un mínimo de beneficios, independiente del sistema de salud al que adscriban.

⁵⁰ *Ibídem.* p. 9.

Posteriormente, y con la misma finalidad por la que fue dictada esta ley, se promulgó y publicó en el año 2004 la ley N° 19.966, que se detalla más adelante.

- 3.4) Ley N° 18.933: esta ley fue la primera gran regulación jurídica del sistema privado, luego del DFL N°3. En efecto, esta norma deroga dicho cuerpo legal, creando la Superintendencia de Isapres, dictando normas para el otorgamiento de las prestaciones. Fue promulgada el 12 de febrero de 1990, siendo publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo del mismo año.

Como se señaló en el párrafo que antecede, esta norma jurídica creó un ente especializado de fiscalización para el sistema privado de salud, dando origen a la Superintendencia de Isapres, para dejar a Fonasa – antiguo órgano fiscalizador – cumpliendo funciones de asegurador y prestador del sistema público de salud.

Además de ser importante en cuanto a regulación sobre fiscalización se refiere, esta norma trasciende al regular por completo el sistema privado de salud en nuestro país, tomando como base para ello el texto del, ahora derogado, D.F.L N° 3. Por lo anterior, esta ley fue bautizada como la “Ley de Isapres”, ya que ha sido en torno a su texto en que se han realizado todas las reformas que se han llevado a cabo en materia de salud, a través de la dictación de las leyes que se analizan a continuación.

- 3.5) Ley N° 19.381: esta ley fue promulgada el 13 de abril de 1995 y publicada en el Diario Oficial el 3 de mayo del citado año. Fue

dictada con el objetivo de modificar la ley N° 18.933, para poder perfeccionar el sistema y los contratos de salud previsual.

Tal como lo sugiere el Mensaje Presidencial en el proyecto de ley enviado al Congreso, las modificaciones que se proponen en él importan un mejoramiento del sistema privado de salud y la pronta aplicación de las normas que en proyecto se contienen, apuntan a solucionar problemas urgentes, y redundarán en un beneficio directo de los usuarios del mismo, contribuyendo de un modo significativo a hacer realidad el ejercicio del derecho a la protección de la salud, garantizado a nivel constitucional en nuestra legislación.

En relación a esta ley, la Superintendencia de Isapres dictó, el 3 de agosto de 1995 la Circular N° 26, impartiendo instrucciones sobre la implementación de la misma, regulando situaciones específicas en relación a la vigencia de los contratos y definiendo conceptos relevantes para esta materia.

- 3.6) Ley N°19.650: la denominada “Ley de Urgencias” fue publicada el 24 de diciembre de 1999, y elimina el cheque en garantía para las urgencias o emergencias vitales y elimina en forma gradual el subsidio del 2% de la Ley N° 18.566. En efecto, “obliga a las Isapres a pagar a los prestadores de salud, el valor de las prestaciones derivadas de las atenciones que hayan otorgado a sus beneficiarios en estos casos”⁵¹.

⁵¹ *Ibíd.* p. 12.

- 3.7) Ley N° 19.895: la denominada “Ley Corta de Isapres” establece diversas normas de solvencia y protección de personas incorporadas a Instituciones de Salud Previsional, Administradoras de Fondos de Pensiones y Compañías de Seguros. Fue promulgada el 14 de agosto de 2003 y publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto del mismo año.
- 3.8) Ley N° 20.015: la llamada “Ley Larga de Isapres” fue publicada el 17 de mayo de 2005, y tuvo, como principales objetivos: limitar las alzas de los precios; mantener el contrato de salud para las cargas cuando el cotizante fallece; mantener, sin restricciones, la protección de salud para el beneficiario que pasa a ser cotizante; uniformidad de aranceles; y, dotar a la superintendencia de nuevas herramientas que permitan precaver situaciones riesgosas para los derechos de las personas⁵².

Además, regula materias relativas al funcionamiento del sistema privado de salud, el proceso de adecuación anual de los contratos de salud, las tablas de factores y establece el Fondo de Compensación Solidario para el GES entre las Isapres.

Cabe destacar que la Superintendencia de Salud, haciendo uso de sus facultades normativas, dictó, con fecha 9 de agosto de 2005, la Circular IF/N° 9, que “Imparte instrucciones sobre la implementación de la Ley N° 20. 015”, la cual fue modificada con posterioridad por la Circular IF/N° 19, de 5 de mayo de 2006.

⁵² Historia de la Ley N° 20.015, Biblioteca del Congreso Nacional.

- 3.9) Ley N° 19.937: esta ley fue promulgada el 30 de enero de 2004 y publicada el 24 de febrero del mismo año, y su objetivo fue, principalmente, establecer una nueva concepción de autoridad sanitaria, regulando materias en torno al sistema salud en su totalidad, partiendo por el Ministerio de Salud, las subsecretarías pertinentes, los secretarios regionales ministeriales, y la creación de la Superintendencia de Salud, derogando, por tanto, a su antecesora legal, la Superintendencia de Isapres.

La importancia de esta ley radica en que se crea un nuevo ente fiscalizador, con funciones plenamente detalladas, aumentadas cualitativa y cuantitativamente en relación a su antecesora.

- 3.10) Ley N° 19.966: esta ley fue conocida como la “Ley del Auge”, y fue publicada en el Diario oficial el 3 de septiembre de 2004. En lo principal, establece un plan de salud obligatorio para el Fonasa y las Isapres (el Régimen de Garantías o Plan Auge), consistente en confirmación diagnóstica y tratamientos estandarizados para un conjunto de enfermedades priorizadas por su alto impacto sanitario y social, y define garantías explícitas y exigibles de acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera.

Al regular todas las materias que se indicaron previamente, esta norma jurídica modifica los textos de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Además, al crear el Régimen de Garantías, se creó la Superintendencia de Garantías en Salud, que estará encargada de supervigilar dicho régimen.

Debe mencionarse que, con fecha 27 de abril de 2005, la Superintendencia de Salud dictó la Circular IF/Nº 2, con el objetivo de impartir instrucciones sobre el ajuste de los contratos de salud a la ley en comento.

- 3.11) Decreto con Fuerza de Ley Nº 1: “dictado por el Presidente de la República en virtud de la facultad que le otorgó el artículo 4 transitorio de la Ley Nº 20.015 para que, mediante un decreto con fuerza de ley, fijara el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. Nº 2.763 y de las leyes Nº 18.469 y 18.933”⁵³.

La importancia de este cuerpo legal radica en que fusiona en su texto toda la legislación que regula el sistema de salud chileno, tanto privado como público, lo que facilita el acceso a la información sobre el mismo, y permite a ciudadanía a entender mejor la normativa vigente al respecto.

- 3.12) Algunas Circulares de importancia: las circulares que se citarán, a continuación, no tienen relación directa con alguna de las disposiciones legales indicadas anteriormente, pero sí tienen una gran importancia, al tratar temas, tales como los contratos de salud, procedimientos de reclamos, entre otros.

En efecto, la Circular Nº 25, de 3 de agosto de 1995 fue dictada por la Superintendencia de Isapres con el fin de impartir instrucciones sobre los contratos de salud, la que fue reemplazada mediante la

⁵³ PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. 14

dictación de la Resolución Exenta N° 2. 263, de 14 de octubre de 1997, de la misma institución.

En relación a la misma materia, la Superintendencia de Isapres dictó, el 22 de julio de 1997, la Circular N° 36, con el objetivo de impartir instrucciones sobre procedimientos de suscripción, adecuación, modificación y terminación de contratos, la que modificada por la Resolución Exenta N° 2. 500 de fecha 18 de noviembre de 1997.

Por otro lado, y ahora en relación a los procedimientos de reclamos, la Superintendencia de Salud ha tenido una participación relevante, dictando una serie de Circulares, regulando dichos procedimientos.

Así, el 6 de mayo de 2005 dictó la Circular IF/N° 4, impartiendo instrucciones sobre tramitación de reclamos ante el Fonasa e Isapres. De la misma forma, reguló el procedimiento de arbitraje de controversias entre Fonasa e Isapres con sus afiliados a través de la dictación de la Circular IF/N° 8, de fecha 8 de julio de 2005.

Debe mencionarse, eso sí, que estas circulares son sólo algunas de las que regulan estos procedimientos, ya que existen una serie de otras circulares que tienen relación directa con esta materia, y que son tratadas en el cuarto punto del tercer capítulo de este trabajo.

Por último, se hará mención a las Circulares dictadas por la Superintendencia de Salud, quien, inspirada en su misión de promover relaciones transparentes y equitativas entre usuarios y seguros, entre otros principios, dictó la Circular IF/N° 80, con fecha 13 de agosto de 2008, que creó el “Compendio de normas administrativas de la Superintendencia de salud en materia de

instrumentos contractuales”, la que fue actualizada por la Circular IF/Nº 97 y la Circular IF/Nº 105, de 24 de junio de 2009 y 22 de septiembre del mismo año, respectivamente.

De esta manera, se ha llegado al final del primer capítulo de este trabajo. En él, se trataron diversos temas, teniendo siempre presente que la finalidad u objetivo del mismo, era introducir el tema salud, por lo que se analizaron diversas temáticas asociadas a las Isapres y al derecho a la protección de la salud.

Así las cosas, en una primera instancia, se dijo qué se entiende por sistema de salud en general, para, posteriormente, pormenorizar al sistema privado de salud chileno, entregando características del mismo, y conceptualizándose a las Isapres, junto con tratar temas inherentes a ellas, como son sus características, financiamiento y funcionamiento.

En un segundo lugar, se estudió la normativa constitucional relacionada con el objeto de estudio, analizándose el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social, y otras garantías constitucionales relacionadas con éstas.

Por último, en tercer lugar, se analizó todo el marco legal regulatorio de la salud, y en especial, de las Isapres, en nuestro país, desde que fue instaurado el sistema privado de salud y hasta la actualidad.

En relación a las temáticas tratadas, se puede concluir que, el proceso de regulación legal en torno a la salud ha sido progresivamente eficiente, toda vez que cada ley que se dictaba, tenía como objetivo superar

una deficiencia o problema que padecía, hasta ese momento, el sistema privado de salud. Ello demuestra que el Poder Ejecutivo está constantemente monitoreando la eficiencia del sistema, junto con la debida protección del derecho a la salud.

Sin embargo, es a nivel constitucional donde se presentan los mayores problemas, ya que, como se pudo apreciar, el derecho a la protección de la salud fue incluido en la Constitución de 1980 como un derecho de carácter programático, lo que implicaba, por una parte, una obligación para el Constituyente y para el Estado, en el sentido de determinar las bases sobre las cuales se sustentaría la evolución de este derecho, y por otra, que esta garantía constitucional no estaría resguardada por la acción de protección, salvo su último inciso, que regula la libertad de elección entre el sistema público y privado de salud.

Los problemas antes mencionados se evidencian en lo que se ha denominado la judicialización de la salud, un proceso en donde se ha hecho valer un tema sensible como la salud, ante los Tribunales de Justicia, lo que demuestra una seria falta de eficiencia en la protección del derecho a la salud de los ciudadanos de nuestro país.

Lo anterior, sólo se verá superado si es que resguarda en su totalidad el derecho a la protección de la salud mediante la acción de protección, y conjuntamente con ello, se continúa con el proceso regulatorio en lo legal, para poder llenar los vacíos y mejorar las deficiencias que se sigan presentando en el sistema privado de salud, de manera tal que se proteja más y mejor el derecho a la salud.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS HISTÓRICO-LEGISLATIVO DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS ISAPRES Y DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN CHILE

En el primer capítulo de la memoria que pretendo llevar a puerto, se desarrollaron ciertas temáticas en un plano descriptivo, toda vez que la finalidad del mismo es introductoria y explicativa respecto del grueso de la investigación, que se encuentra desarrollada en el tercer capítulo.

En el mismo contexto, y con el objetivo de explicar las bases sobre las cuales se desarrolla la presente investigación, se definió y explicó al sistema de salud en general, para luego explicar el funcionamiento y señalar las principales características del sistema de salud chileno, haciendo hincapié en el subsistema privado de salud, finalizando dicho acápite conceptualizando, caracterizando y describiendo el funcionamiento y constitución de las Isapres.

Por otro lado, se trató lo principal de ese capítulo, esto es, enumerar y hacer una breve reseña de la regulación jurídica que ha sufrido en el tiempo, las Isapres y el derecho a la protección de la salud, en todas sus escalas, a saber, constitucional, legal y administrativamente hablando.

Ahora, en este segundo capítulo, se dará un paso más, pasando a realizar un análisis histórico legislativo de la regulación ya explicitada, intentando explicar los orígenes y motivaciones de la regulación jurídica chilena, hacer mención a la influencia de la normativa internacional al momento de legislar, y también, y a modo de conclusión de este segundo

capítulo, realizar un análisis comparativo entre el sistema público y privado de salud en Chile, todo ello, en relación a los principales pilares de la presente investigación, a saber, las Isapres y el derecho a la protección de la salud.

Debe prevenirse, eso sí, que la frase “análisis histórico legislativo” se refiere a un estudio de las razones que fueron tomadas en cuenta al momento de regular, jurídicamente hablando, a las instituciones de salud previsional y al momento de consagrar, a nivel constitucional, el derecho a la protección de la salud.

En mérito de lo anterior, el marco teórico de este capítulo se construye en base a diversos trabajos e investigaciones relacionadas, que analizan, por una parte, las motivaciones que tuvo tanto el poder constituyente como el poder legislativo respecto de los pilares de la investigación previamente señalados, y que estudian, por otra, la influencia de la normativa internacional en ese proceso.

Por otro lado, cabe destacar que la importancia y ubicación de este capítulo, se refiere a que la temática que en él se tratará, constituye la base teórica y dogmática del sistema privado de salud chileno, como del derecho a la protección de la salud, que se ha ido replicando en el tiempo a través de las diversas regulaciones jurídicas que se han llevado a cabo.

Así las cosas, este segundo capítulo se subdivide en tres puntos: i) origen y motivaciones de la regulación en torno a las Isapres y el derecho a la protección de la salud; ii) influencia de la normativa internacional existente en relación a las Isapres y al derecho a la protección de la salud, y; iii)

relación legislativa entre los sistemas de salud público y privado, y su vínculo con el derecho a la protección de la salud.

1.- Origen y motivaciones de la legislación en Chile en relación a las Isapres y al derecho a la protección de la salud

En este punto, se realizará un análisis histórico legislativo respecto a la legislación que ha regulado, en nuestro país, a las Isapres y al derecho a la protección de la salud.

Para ello, se confeccionará, primero, un tratamiento histórico en relación a la regulación del derecho a la salud en Chile, hasta llegar a la consagración constitucional del mismo, haciendo hincapié en las discusiones generadas al respecto.

Todo lo anterior, genera el contexto ideal para pasar a estudiar cuáles fueron los orígenes del sistema privado de salud, ya que se encuentra íntimamente vinculado con la reforma de la seguridad social, en una primera instancia, y con la dictación de la primera normativa relacionada a las Isapres, después.

Así las cosas, en primer lugar, se estudiará la regulación del derecho a la salud a lo largo de la historia, para luego, analizar los orígenes del sistema privado de salud chileno y las Isapres.

1.1) Regulación del derecho a la salud en Chile. Aspectos históricos

La regulación del derecho a la protección de la salud en nuestro país, es un proceso que surgió y se desarrolló prácticamente en el siglo veinte, básicamente a causa de la influencia de la normativa internacional relacionada a los derechos humanos, que comenzó a gestarse en el período posterior a la segunda guerra mundial.

Ello, no obsta a la escasa regulación del tema salud en tiempos previos. De hecho, los primeros antecedentes históricos, respecto a la regulación de la salud en nuestro país, datan de la era colonial. En efecto, en dicha época “el sistema sanitario del país (hospitales y hospicios) estuvo entregado a la supervisión directa de ‘los Cabildos y {por} los obispos, cuyas intervenciones eran esporádicas’. El financiamiento de estos establecimientos (...) provenía en gran parte de donaciones y ayudas que las familias prósperas realizaban, motivadas por el concepto cristiano de caridad”⁵⁴.

Todo lo anterior, generaban un sistema de salud bastante débil y con serios déficit, lo cual generaba una serie de problemas. Así, “la precaria institucionalidad sanitaria erigida en la colonia (...), no tuvo la fuerza suficiente como para hacer frente a las enfermedades nuevas que, producto de la apertura comercial generada por el proceso de independencia, llegaron a Chile en el siglo diecinueve. En este contexto, las elites y los sectores

⁵⁴ COUSO, Javier y REYES, Mauricio. “Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección de la salud en Chile”. p. 2.

[en línea]

<https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/1/D123D0851/7/material_docente/objeto/278750>

[Consulta: 28 de agosto 2012].

bajos buscaron mediante la constitución de organizaciones de la sociedad civil resolver los problemas de salud que aquejaban a gran parte de la población”⁵⁵.

Como se puede apreciar, en esta época existe una total ausencia de dirigismo estatal, lo que promovía la dificultad en el control de enfermedades. De hecho, “la inexistencia de políticas de salud gubernamentales continuaría hasta entrado el siglo diecinueve, hasta que surgió un debate sobre el punto, caracterizado por muy disímiles concepciones acerca de la salud. Por un lado, se encontraba la visión del grupo dirigente, que planteaba que la miseria y las epidemias...diezman a nuestra población, llevándose miles de brazos de valor inestimable para el progreso y la riqueza del país. (...) Esto llevó a miembros de la elite a financiar la salubridad de ciudades, pueblos y villas. Por otro lado, obreros y trabajadores (...) comenzaron a constituir sociedades de Socorros Mutuos, las que se organizaron con la finalidad de otorgar a sus miembros *solidaria protección ante la enfermedad, la muerte y el desamparo familiar*”⁵⁶.

Sin embargo, no fue sino hasta el surgimiento de dos terribles enfermedades, que el gobierno entró de lleno a actuar en el tema salud. De esta forma, “la viruela y el cólera detonarían a fines del siglo diecinueve una decidida acción del gobierno. Así, el Estado pasó de la indiferencia respecto a estos asuntos a erigirse como la entidad rectora de la salud pública. Este cambio de rol de Estado se advierte en la discusión ocurrida en el Congreso Nacional a propósito de un proyecto de ley impulsado por el Presidente Santa María, y que buscaba imponer un régimen de vacunación obligatoria que previniera y atajara la propagación de la viruela. El debate generado en

⁵⁵ COUSO, Javier y REYES, Mauricio. Ob. cit. p. 3.

⁵⁶ Ídem. p. 3.

la Cámara de Diputados durante la tramitación de la ley puso en evidencia dos visiones contrapuestas acerca del rol que cabía al estado en materia de salud. Así, mientras que para algunos *'la salud como política aparecía como una forma de intromisión del estado en el individuo-patrón, en su propiedad y sus relaciones de trabajo; más aún, hasta en la misma intimidad de su propio cuerpo y el de su familia'*, para otros, esta política sanitaria diseñada por el gobierno era el único remedio eficaz ante la envergadura de la emergencia provocada por la viruela⁵⁷.

El resultado de toda esta controversia fue trascendental, ya que “esta discusión (...) en los hechos dio al Presidente Santa María elementos para dictar (el 27 de enero de 1886) un decreto que reglamentó la llamada Junta de Beneficencia, que tenía como finalidad dar unidad administrativa a todos los establecimientos de la beneficencia, entrando el Estado, *'por primera vez a fiscalizar la acción conjunta de lo privado y lo público en el ámbito de la caridad social'*”⁵⁸.

Luego de la viruela y sus problemas, “la epidemia de cólera que afectó al país en 1887 animó a la dirigencia nacional a dar un paso más en el rechazo del *laissez-faire* sanitario imperante, puesto que –ante la inminencia de otra emergencia sanitaria- la elite se abocó a estudiar, proponer y aprobar legislación que, por un lado, otorgó a la autoridad ejecutiva facultades suficientes para hacer frente a la epidemia y, por el otro, creó entidades capaces de proponer al gobierno medidas tendientes a evitar o prevenir este tipo de enfermedades. Producto de esta discusión, eventualmente se creó la Junta General de Salubridad, que asesoraría al

⁵⁷ *Ibídem.* p. p. 3-4.

⁵⁸ *Ibídem.* p. 4.

gobierno en materias de salud y que sería reemplazada, en 1892, por el Consejo Superior de Higiene (...) ⁵⁹”.

Sin embargo, el sistema instaurado hasta aquí comenzó a presentar sus primeras deficiencias. Fue así como “más adelante (hacia 1917), el sistema estructurado sobre la base de las Juntas de Beneficencia comenzó a presentar signos de desgaste, lo que se exteriorizó en hospitales a medio construir y en prestaciones de salud ineficientes e ineficaces. Enfrentados a esta nueva realidad, algunos líderes políticos (...) estimaron que *‘era necesario buscar una fórmula legal que pusiese de acuerdo a los principios de la ciencia, los conocimientos técnicos y la práctica en materia de beneficencia pública’*, ya que la bancarrota de la Beneficencia y los conflictos generados por la ‘cuestión social’, podían amenazar el orden establecido.

Unido a lo anterior, (...) comenzó a instalarse la idea de la ‘responsabilidad del estado’, cuya manifestación más elocuente fue la modificación de la expresión ‘Beneficencia’ por ‘Asistencia Social’, *‘concepto que dejaba fuera la idea caritativa del beneficio y miraba más allá del indigente: visualizaba la sociedad en general’*. Producto de este desarrollo, el presidente Sanfuentes, ante la debacle social que podía significar la quiebra de la beneficencia, resolvió enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley que contemplaba un sistema de financiamiento permanente a estas instituciones, así como normas tendientes a lograr su reorganización administrativa, lo que se lograría creando un Consejo General de la Beneficencia que diera *‘unidad técnica a todos los hospitales del país’*, puesto que como lo expresaba el Ministro del Interior de la época, *‘la Beneficencia no es un acto facultativo, voluntario, sino un servicio público,*

⁵⁹ *Ibídem.* p. 4.

una carga social a la cual el gobierno está obligado a subvenir, es decir, al estado le cabía en materia de política social un rol asistencial”⁶⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, hasta estas líneas se ha hecho mención a los antecedentes históricos de la regulación de la salud, sin señalar en ningún momento al derecho a la protección de la misma, lo que se debe a que el proceso de constitucionalización de la salud en nuestro país comenzó recién en la época de 1925, al dictarse la Constitución en dicho año.

Ello, porque si bien existieron otras cartas fundamentales antes a la que se acaba de mencionar, ninguna de ellas habló sobre el derecho a la salud como un derecho social, sino más bien se limitaban a hablar de salubridad en relación al trabajo. “Así, en la Constitución de 1833, en su artículo 151 se establece lo siguiente: ‘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’”⁶¹.

Así, tomando en consideración lo anteriormente expuesto, y “más allá de estas iniciativas embrionarias, la recepción normativa del constitucionalismo social llegaría a Chile con la Constitución de 1925. El antecedente de este importante cambio fue la grave crisis social y política que venía experimentando el país desde la década anterior, producto de la alicaída o nula actividad de las instituciones estatales frente a la llamada ‘cuestión social’. Así las cosas, una vez producido el quiebre institucional que derribó a la república parlamentaria (1924), y convocados distintos

⁶⁰ *Ibidem.* p. p. 4-5.

⁶¹ BULNES ALDUNATE, Luz. Ob. cit. p. 15.

sectores políticos a participar en el debate de una nueva constitución, en la Comisión Constituyente a la que le correspondió el estudio de la misma se discutió por primera vez el asunto de los derechos económico-sociales”⁶², dentro de los que se incluye, como se explicó en el primer capítulo, el derecho a la salud.

“Del análisis de la labor de la mencionada Comisión se desprende que (...) existió un importante debate respecto a los derechos de carácter económico-social. Dicho esto, debe anotarse que en relación al derecho a la salud, su tratamiento fue más bien incidental, ya que se discutió a propósito de la norma que garantizaría la protección al trabajo. En efecto, la mención que se hizo al derecho a la salud provino de una indicación realizada por el experto sanitario extranjero Dr. John Long, y no como una garantía constitucional separada y que fuera objeto de un estudio especial. En todo caso, debe subrayarse que la forma tangencial en que se debatió acerca del derecho a la salud en la Comisión Constituyente de 1925 no era algo extraño en una época en que la preocupación por la salud de las personas estaba íntimamente ligada a la *recuperación de la fuerza de trabajo industrial*”⁶³.

Sin embargo, en la Constitución Política de 1925 se avanzó respecto de otras materias, ya que se reconocieron como garantías de rango constitucional ciertas materias de carácter previsional y social, plasmadas en el artículo 10 N° 14 y N° 16, las que “consagraron las bases del Sistema de Seguridad Social, otorgando al Estado un rol activo en estas materias, ya que le ordena adoptar medidas para satisfacer ciertos derechos, además de

⁶² COUSO, Javier y REYES, Mauricio. Ob. cit. p. 6.

⁶³ *Ibíd.* p. p. 6-7.

mantener un seguro social de accidentes y velar por la salud pública y bienestar higiénico del país”⁶⁴.

Luego de la dictación de la Constitución Política de 1925, se inició un proceso en donde la regulación de la salud fue netamente de carácter legislativa, toda vez que desde su promulgación y hasta 1970 no existieron modificaciones al texto constitucional en materia del derecho a la salud⁶⁵.

Dentro de los eventos más trascendentales, en relación a la salud que ocurrieron en dicho período intermedio, se encuentran los siguientes:

- “Se crearon instituciones sanitarias y seguros de salud dirigidos a cubrir a los obreros por las contingencias de enfermedad o invalidez. Es así como el 8 de septiembre de 1925 se introdujo el Seguro Obrero Obligatorio de Enfermedades e Invalidez, que tenía por objeto la asistencia médica y dental para el imponente, subsidios por enfermedad, indemnizaciones por muerte y pensiones de invalidez y retiro”⁶⁶.
- Se promulgó la Ley de Medicina Preventiva en 1938, “cuyo objetivo central era prevenir el desarrollo de enfermedades por medio de su pesquisa en la fase preclínica y determinar las personas que debían acogerse a reposo preventivo”⁶⁷.

⁶⁴ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p. 21.

⁶⁵ COUSO, Javier y REYES, Mauricio. Ob. cit. p. 7.

⁶⁶ *Ibidem*. p. p. 7-8.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 8.

- En 1941, estando Salvador Allende como Ministro de Salud del Presidente Pedro Aguirre Cerda, se envió un proyecto de ley de reforma social, el que, sin embargo, “durmió sin tratamiento en comisiones parlamentarias, durante casi una década”⁶⁸. Sin perjuicio de ello, el debate tuvo sus frutos en 1952, ya que en dicho año se crearon el Servicio Nacional de Salud y el Servicio del Seguro Social⁶⁹.

El proceso de regulación de la salud por vía legislativa finalizó “hacia finales de la década del sesenta, (...donde) se comenzó a plantear la necesidad de revisar el texto constitucional, de manera de caracterizar mejor el derecho a la salud en el mismo, ya que se pensaba que la forma en que se consagraban los derechos económico-sociales en la Constitución de 1925 (incluido el derecho a la salud) era obsoleta. Estas inquietudes, sin embargo, sólo se tradujeron en una iniciativa concreta a propósito de la elección presidencial de 1970, cuando se planteó la necesidad de modificar y reestructurar los derechos garantizados por la Constitución, especialmente los derechos sociales, como el derecho a la salud”⁷⁰.

Luego que sucedió dicha elección presidencial, ninguno de los candidatos logró mayoría absoluta, por lo que era el Congreso quien debía zanjar la problemática sobre cuál candidato pasaría a ser el próximo presidente de Chile. El que corría con ventaja era Salvador Allende, quien obtuvo el mayor porcentaje de votos. Así, para poder salir electo presidente, comenzó una serie de negociaciones con la Democracia Cristiana, quien

⁶⁸ *Ibídem.* p. 8.

⁶⁹ *Ibídem.* p. 9.

⁷⁰ *Ibídem.* p. 10.

condicionó sus votos a la firma de un documento que asegurara la regulación de algunos derechos sociales.

Es así como nace “la Ley de Reforma Constitucional N° 17.398, de 9 de enero de 1971. Esta reforma, denominada Estatuto de Garantías Constitucionales, introdujo una serie de modificaciones en el articulado de la carta de 1925, particularmente en aquellas materias relacionadas con la libertad política, la libertad de expresión, el derecho de reunión, los partidos políticos, la libertad de movimiento, el derecho a la privacidad de las comunicaciones y el régimen de los medios de comunicación. (...) En lo que respecta al derecho a la salud, sin embargo, la modificación no fue sustancial, puesto que lo único que se hizo fue trasladar el inciso final del número 14 del artículo 10 original e incorporarlo como inciso final del nuevo numeral 16 del artículo 10. Adicionalmente, se sustituyó la expresión ‘servicio nacional de salubridad’ que contenía este inciso, por ‘servicio nacional de salud’, es decir, sólo fue un cambio de posición y de palabras, sin desarrollar o profundizar más”⁷¹.

Ya estamos en la época en donde gobernó la Unidad Popular. Dicha agrupación política, en el corto período de tiempo que estuvo en el poder, intentó llevar a la realidad las ideas que había plasmado en su programa básico de gobierno. “En lo que respecta al derecho a la salud, el plan establecía como diagnóstico que ‘medio millón de familias carecen de viviendas y otras tantas o más viven en pésimas condiciones en cuanto a alcantarillado, agua potable y salubridad, además de la necesidad de la población en materia de educación y salud son insuficientemente atendidas.

⁷¹ *Ibíd.* p. 11.

En vista de lo anterior, la Unidad Popular (...) se propuso satisfacer ‘estos justos anhelos del pueblo’ (...), lo que en salud entrañaba ‘asegurar la atención médica y dental, preventiva y curativa a todos los chilenos, financiada por el Estado, los patrones y las instituciones de previsión. Se incorporará la población a la tarea de proteger la salud pública’⁷².

Sin embargo, y como todos sabemos, el 11 de septiembre de 1973 ocurrió el golpe militar, siendo bombardeada el Palacio de La Moneda, falleciendo en ese momento, el Presidente Salvador Allende, y asumiendo el poder la Junta de Gobierno, presidida por el entonces General en Jefe del Ejército, Augusto Pinochet Ugarte.

En mérito de ese hecho, se inicia la última etapa respecto a la evolución del derecho a la protección de la salud en nuestra legislación, que se inicia con el trabajo realizado por la denominada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y que culmina con la dictación de la Constitución Política de 1980.

Dicha Comisión, conocida también como ‘Comisión Ortúzar’, fue enormemente trascendente en la construcción de la nueva Constitución, ya “que contribuyó a la elaboración de una nueva carta fundamental que modificaría radicalmente la redacción de la garantía del derecho fundamental a la salud. Sin embargo, estas enmiendas no se circunscribieron única y exclusivamente al aspecto constitucional del derecho a la salud, sino que también al aspecto legal, que plasmó un derecho a la protección de la salud erigido sobre la base de un *‘modelo de estado subsidiario o mínimo fundado en el principio de subsidiariedad, que limita la naturaleza prestacional de*

⁷² *Ibíd.* p. 12.

estos derechos, y a una limitada garantía jurisdiccional que los excluye de una justiciabilidad en proceso de amparo vía recurso de protección”⁷³.

Como puede apreciarse, es el principio de subsidiariedad el que abraza el proceso de creación de la nueva Constitución, y que, en definitiva, terminó rigiendo al Estado a partir de su dictación, lo que afectó, por cierto, a la salud. Ello, porque dicho principio es el inicio del camino que permitió la creación del sistema privado de salud en nuestro país, tal como se explicó en el primer capítulo. Por otro lado, cabe destacar que al reducir el derecho a la protección de la salud a uno de índole programática, se le dejó sin la cobertura de la acción de protección, al no considerarse este derecho fundamental como uno de carácter justiciable, asunto que también fue explicado en la primera parte de este trabajo. Sin embargo, las consecuencias van más allá, provocándose la judicialización de la salud, usándose la vía de protección en mérito de otras garantías para poder así solicitar el resguardo del derecho a la protección de la salud. Este tema es tratado en el cuarto punto del tercer capítulo.

Volviendo al tema que nos convoca, el tema salud fue altamente discutido en la Comisión Ortúzar. De hecho, “la primera vez que ésta lo analizó, fue en la sesión del 10 de marzo de 1976, en que se discutió una propuesta de redacción del reconocimiento al derecho a la salud que había sido formulada e 1973 por el entonces Ministro de Salud, Coronel de Aviación Alberto Spoerer. (...)”

Luego de esta primera incursión en el tópico, el debate de la Comisión se centró en el rol que cabía al estado en materia de salud. (...) En la misma

⁷³ *Ibidem.* p. p. 13-14.

sesión, el comisionado Evans planteó que el derecho a la salud debía garantizar *‘primero, el derecho a la salud y el libre acceso a ella; segundo, la obligación del Estado de asumir plenamente la autoridad de la salud para crear las estructuras adecuadas que aseguren el cumplimiento de las prestaciones que la ley señala en un sistema nacional orgánico y, finalmente, el encargo del estado de que vele por que las prestaciones de salud de los organismos de seguridad social sean efectivamente realizadas’*. En relación a este punto, Silva Bascuñán efectuó una defensa de la medicina social y del aporte que ella había hecho a la sanidad e higiene del país y su población (...) En este sentido, es interesante destacar cómo este último minimizó el rol que cabía al reconocer al ‘principio de subsidiariedad’ en este ámbito: *‘esta subsidiariedad en materia de salud es menos viva, porque los valores sociales que pone en movimiento la salud son tan importantes que no pueden ser entregados al esfuerzo absolutamente libre y espontáneo de los particulares de manera que se pusiera en peligro los valores colectivos en materia de salud’*⁷⁴.

Las intervenciones de los comisionados Evans y Silva Bascuñán antes señaladas conformaban una postura de defensa de la salud en un sentido social, por lo que se exigía una mayor participación del Estado al respecto. Sin embargo, esta postura no era compartida por toda la Comisión, ya que el Presidente de ella y el comisionado Jaime Guzmán expresaron “su disconformidad con que se permitiera *‘la socialización total de la medicina’* y (...) que se observaba *‘cierta analogía entre el derecho a la salud y el derecho a la educación’*, ya que entendía que estos eran derechos de corte social, a los cuales el ciudadano aspira y que por lo tanto están supeditados a que el estado sea capaz de sustentarlos desde un punto de vista económico, lo cual no siempre es posible, ya que la capacidad del estado es limitada. A continuación, Jaime Guzmán propuso que se invitara a la

⁷⁴ *Ibíd.* p. p. 15-16.

Comisión a especialistas en el tema, a fin de que aclararan y explicaran ciertos conceptos respecto del derecho a la salud. Ello ocurrió en la sesión de 17 de marzo de 1976 (...)”⁷⁵.

Los invitados que concurrieron a esa sesión fueron, principalmente, el Ministro de Salud de la época, diversos funcionarios de esa repartición estatal, así como algunos decanos de facultades de medicina invitados.

La reunión se inició con la exposición del Ministro de Salud de aquél entonces, “Fernando Matthei, quien señaló que *‘en materia de salud, la idea del gobierno (...) es que el estado tiene el deber de velar por la salud de todos los chilenos y mantener un control técnico en este campo’*. Esta opinión fue compartida por los funcionarios del Ministerio de Salud que lo acompañaron, así como por los decanos de las facultades de medicina invitados, Pizza y Casanegra. Reaccionando a estas intervenciones, Guzmán planteó que a su juicio existían tres problemas a considerar. El primero, era el contenido del derecho a la salud (...). En segundo término, si las prestaciones o acciones que tienen a proteger la salud debían ser realizadas gratuitamente o no (...). Finalmente, la relación estado-particulares en el ámbito de la salud. Al respecto, Guzmán reiteró la analogía del derecho a la salud con la libertad de enseñanza, haciendo una férrea defensa del principio de subsidiariedad respecto al derecho a la salud (...)”⁷⁶.

Finalmente, lo resolutivo de esta Comisión no fue demasiado, más allá del debate expuesto precedentemente, ya que no hubo un acuerdo respecto a la participación que le cabía al Estado en materia de salud, y por

⁷⁵ *Ibidem.* p. p. 16-17.

⁷⁶ *Ibidem.* p. 17.

ende, no hubo una redacción propuesta por ella, sin perjuicio de que “en la sesión del 17 de marzo de 1976, la Comisión solicitó al Ministerio de Salud enviara una propuesta de redacción de una garantía constitucional de protección de la salud. Este lo hizo, y su propuesta sirvió de punto de partida para (...) discutir el derecho a la salud”⁷⁷ en el futuro.

“Como se sabe, una vez terminado el trabajo de la Comisión Ortúzar el debate acerca de la nueva constitución prosiguió en el Consejo de Estado. Sin embargo, en lo que respecta al derecho a la salud, la discusión fue muy limitada. Lo más relevante ocurrió a propósito de la explicación que Ortúzar hizo respecto del derecho a la salud y el rol del estado, ya que en su intervención mencionó que la protección de la salud se llevaría a cabo por medio de instituciones públicas o privadas, respetando el ‘principio de subsidiariedad’. Como se advierte, Ortúzar omitió exponer al Consejo de Estado que en el seno de la Comisión que él había presidido había existido un fuerte desacuerdo entre sus miembros respecto de la importancia del principio de subsidiariedad en el ámbito de la salud”⁷⁸.

Más allá de la actuación de Ortúzar ante el Consejo de Estado, resulta importante destacar que esta disyuntiva entre los actores que participaron en el debate acerca del derecho a la salud en la Comisión y la participación que le correspondía al Estado en ese tema, no sólo fue reproducido en esa instancia, sino que se venía dando desde los albores de la instauración del Régimen Militar y se mantuvo hasta el año 1980, precisamente hasta la dictación de la nueva Constitución. En dicha época acaecieron una serie de acontecimientos que propiciaron la redacción del derecho a la protección de la salud que se encuentra vigente, junto con el

⁷⁷ *Ibidem.* p. 18.

⁷⁸ *Ibidem.* p. 18.

nacimiento del sistema de salud que impera en nuestro país, tal como se verá a continuación.

En efecto, “en una primera etapa del régimen militar (septiembre a diciembre de 1973) la intervención en materia de salud se había circunscrito a ‘normalizar’ los servicios prestadores de salud, expresión que para algunos implicaba reanudar el funcionamiento de los servicios de salud, y para otros despolitizarlos o bien *‘adecuar el sistema de salud al nuevo modelo económico-social que se perfila’*. En la etapa siguiente – primeros meses de 1974 y hasta mediados de 1975 -, la nueva directiva impuesta por la dictadura militar en el gremio médico manifestó una fuerte crítica a la estructura del sistema de salud existente en el país, atacando particularmente el S.N.S. y manifestando su disponibilidad a construir un sistema de salud ‘entregado a la economía social del mercado’. (Sin embargo), en el año 1975 entraron en vigencia los Decretos N° 913 y n° 265 *‘que definen la estructura del Ministerio de Salud y los lineamientos generales y específicos a que deberá ceñirse éste en la puesta en marcha del S.N.S.S.’* y que *‘plantean generalizar la libre elección de salud en todo el sistema’*.

(...) Una tercera etapa, que se inicia a mediados de 1975 y concluye a fines de 1976, empieza con la elección de un nuevo directorio del Colegio Médico, el cual comenzó una serie de acercamientos con el gobierno, con la finalidad de persuadir a la autoridad de salud respecto de las ideas que debía comprender la reforma a la salud en marcha. La autoridad, pausadamente, disminuyó la intensidad de la orientación ‘social de mercado’.

(...) Desde principios del 1977 hasta mediados de 1978, comienza una cuarta etapa, que estuvo marcada por la reivindicación económica por parte de los médicos. El accionar del colegio en esta materia se asentaba en que el Gobierno, a través del Ministro de Salud, había acogido 'sus' planes e ideas en materia de reforma al sistema de salud y, desechando por tanto las propuestas de los asesores económicos del Ministerio.

La última etapa, (...) va desde mediados de 1978 a fines de 1980. En ella, el Ministerio de Salud comenzó expresando que la autoridad estaba *'en vísperas de tomar decisiones a fondo sobre la Ley de Medicina Curativa así como la reestructuración del sector salud'*. Ellas finalmente se materializaron, no obstante la fuerte oposición del Colegio Médico y otros organismos gremiales, mediante el D.L. N° 2. 575, que modificó la Ley de Medicina Curativa (...) y a través del D.L. N° 2. 763, que reorganizó el Ministerio de Salud y fusionó el S.N.S. y el SERMENA, creando los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud (FONASA), el Instituto de Salud Pública (ISP) y la Central Nacional de Abastecimiento (CENABAST), *'organismos estatales, funcionalmente descentralizados, con personería jurídica y patrimonio propio'*⁷⁹.

De esta manera, habiéndose descrito todo el contexto histórico que rodea al derecho a la protección de la salud, llegamos a la última etapa respecto a este derecho, que se refiere a su consagración constitucional en el artículo 19 N° 9, transcrito y analizado en el capítulo anterior, por lo que respecto a su redacción, me remitiré totalmente a ello.

⁷⁹ *Ibíd.* p. p. 19-21.

De dicho contexto histórico, cabe realizar algunas reflexiones. Primero, se pudo apreciar un proceso histórico progresivo en torno a la regulación de la salud, avanzándose en cuanto a la protección de la misma, teniendo como principal objetivo aumentar la cobertura en la población.

Sin embargo, este proceso no fue del todo óptimo. Ello, porque la actitud del Estado en torno a la regulación de la salud siempre fue reaccionaria, es decir, se actuaba frente a una grave contingencia, como enfermedades como la viruela o el cólera, y se aprovechaba esa instancia para dictar alguna ley o crear alguna institución relacionada con la salubridad.

Por otro lado, la presencia del Estado frente al tema salud no sólo fue reaccionaria, sino que fue más bien deficiente, ya que existía una alta participación de la élite en cuanto a regulación de la salud en aquella época, quienes, motivados por sus intereses económicos, querían mejorar el sistema salud para no perder hombres que constituían su fuerza laboral.

Ambos factores, tuvieron como fruto, en diversas etapas, la creación de ciertas instituciones, como la Junta de Beneficencia, Consejo Superior de Higiene, entre otras, las cuales carecían de los recursos y de las facultades suficientes como para cumplir con la misión por la que llegaron a existir, lo cual era consecuencia de una ausencia de política pública en torno a la salud, por la escasa participación estatal al respecto, y por la contraposición de intereses que eso generaba con la élite.

Lamentablemente, todo lo anterior no fue sólo que sucedió en las primeras etapas de regulación de la salud, sino que dicha actitud poco

participativa por parte del Estado se ha perpetuado en el tiempo, incluso hasta nuestra época. Ejemplo de ello es que a lo largo de la historia, el tratamiento constitucional de la salud nunca ha sido del todo eficiente y completo, tal como ocurrió con las Constituciones de 1833, 1925 e incluso con la de 1980. Particularmente, respecto de la Carta Fundamental que nos rige en la actualidad, todo ello se ve plasmado en el resultado de la Comisión Ortúzar en cuanto a salud se trata, ya que la discusión en relación a este sensible tema no fue del todo conclusiva, siendo más bien timorata y superflua, permitiendo la presencia de la subsidiariedad, lo que perpetuó la actitud poco participativa del Estado, señalada líneas atrás.

Así, el derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19 N° 9 de la Constitución de 1980 termina por regular la salud de una forma ineficiente, con alta presencia de la subsidiariedad, lo que si bien permitió el nacimiento del sistema privado de salud, dio continuación a la ausencia del Estado en una materia sensible y tremendamente importante para la ciudadanía, como lo es la salud.

Para finalizar, sólo queda destacar que es precisamente la redacción definitiva de esta garantía la que otorga el enfoque y los paradigmas, entre los que nacerá el sistema privado de salud y las Isapres, tal como se verá a continuación.

1.2) *El sistema privado de salud y las Isapres. Orígenes y fundamentos*

Arribamos a este punto con la redacción del derecho a la protección a la salud, plasmada en el artículo 19 N° 9, el que es reproducido nuevamente

en estas líneas, meramente con un fin programático para lo que se pasará a explicar a continuación.

Así las cosas, dicho numeral señala lo siguiente:

“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 las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

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

Para los efectos de la temática que se tratará en este punto, cabe destacar los últimos dos incisos del numeral 9 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Ello, porque su contenido, nos muestra, “En síntesis:

- Estado subsidiario
- Libertad de elección por parte de las personas
- Validación del sector privado como opción para atención de salud

- Cotización obligatoria para salud”⁸⁰.

En atención a lo anterior, fue que nacieron las Isapres, ya que se permitió el ingreso del sector privado al sector salud, y se permitió, al mismo tiempo, que las personas eligieran lo más conveniente entre los sistemas de salud existentes, ya que para ello ya estaban pagando una cotización obligatoria en salud.

“Así, el surgimiento de las Isapres a comienzos de los años 80 se asentó sobre la idea de crear un seguro de salud administrado por entidades privadas, que usaran como prima la cotización obligatoria de salud o una cantidad superior si así lo decidía el afiliado. La obligatoriedad de una cotización de salud se consideró un mal necesario para proteger a las personas de su imprevisión en esa materia (...).

Uno de los argumentos que se daban en la época para alentar el surgimiento de las Isapres, era que la administración de este seguro por el sector privado permitiría aprovechar todas las ventajas que representaba la libertad de opción y la eficiencia de gestión propias de ese sector. La existencia de múltiples garantizaría el derecho a la libre elección y, a través de la competencia, se aseguraría una gestión más eficiente. Por esa misma razón, la promoción de la competencia entre prestadores de salud, como una forma de perfeccionar la calidad de los servicios, fue impulsada argumentando que la competencia y la diversidad podían hacer que

⁸⁰ QUESNEY, Francisco. *“Algunas ideas en torno al sistema Isapres”*. Publicación realizada por el Centro de Estudios Públicos, trabajo preparado dentro del marco del Proyecto Humanitas, de la misma institución. 1990. p. 195.

[En línea] <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1641.html#.UDzU6KPOUul> [Consulta: 28 de agosto de 2012].

mejorara la calidad y disminuyeran los costos de salud. Además, se dijo, un sistema paralelo al estatal sería un fuerte incentivo para el desarrollo de la infraestructura privada en salud, lo cual redundaría en un alivio a la presión que sufría la infraestructura estatal, ampliamente sobrepasada en su capacidad técnica y administrativa.

(...) Un segundo objetivo de las reformas de principios de los años 80 fue focalizar los subsidios estatales en salud, bajo el supuesto que la creación del sistema isapre permitiría concentrar los gastos del Estado en las personas de bajos ingresos e indigentes, a través de los servicios de salud públicos (financiados por Fonasa) y de la atención primaria administrada por las municipalidad.

Como tercer propósito, la reforma buscaba también ampliar la libertad de elección de las personas. El resultado consistió en la posibilidad de opción del individuo por la atención de salud estatal o privada.

(...) Un cuarto propósito implícito de la reforma fue aumentar la eficiencia. La calidad de los servicios entregados tendría el resguardo de que la competencia entre las Isapres induciría la eficiencia administrativa, con servicios oportunos y de calidad. Por otra parte, las Isapres permitirían integrar al sistema de salud a los trabajadores independientes, hasta entonces no cotizantes; y, mediante cotizaciones adicionales, los afiliados podrían obtener beneficios superiores a aquellos establecidos por ley.

(...) Finalmente, en teoría, la creación de las Isapres mejoraría la capacidad de respuesta del sistema de salud a las necesidades de la población, pues el sistema privado, por la flexibilidad en la gestión de sus

recursos, poseería una mayor capacidad de respuesta a las necesidades cambiantes de la población”⁸¹.

Analizado el proceso de reforma que conllevó la creación de las Isapres y el sistema privado de salud en nuestro país, y estudiados los principales fundamentos de dicho proceso, cabe mencionar ahora en qué documentos legales se vio plasmada toda esa intencionalidad cambiante, iniciada, como se vio, con la entrada en vigencia de la Carta Fundamental en 1980 y su redacción del derecho a la protección de la salud.

Así las cosas, para que el sistema privado de salud y las Isapres nacieran a la vida del derecho en Chile, debieron dictarse una serie de disposiciones normativas, que se pasan a indicar a continuación, y que constituyen el “Origen legal de las Isapres”⁸².

- Las Actas Constitucionales, primero, y luego la Constitución Política de 1980, explicitan las ideas enunciadas anteriormente. En efecto, éstas se incluyen en el número 9 del artículo 19 de la Constitución, bajo el rubro “El derecho de la protección de la salud”.
- En seguida, el D.L. N° 3. 500 de 1980, en su artículo 84, establece la cotización obligatoria de salud para los trabajadores dependientes, y en el artículo 92 para los independientes. El mismo artículo 84 faculta a los trabajadores para aportar esa cotización a alguna institución o entidad diferente al Estado que le proporcione prestaciones y beneficios de salud.

⁸¹ PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. *Obcit.* p. p. 69-70.

⁸² QUESNEY, Francisco. *Ob. cit.* p. p. 195-196.

- Luego, el D.L. N° 3. 501 radica definitivamente dicha cotización de cargo del trabajador.
- El D.F.L. N° 3 de 1981 del Ministerio de Salud, a través de toda su normativa, regula la creación y funcionamiento de Instituciones de Salud Previsional o Isapres, y las coloca bajo la supervisión del Fondo Nacional de Salud, Fonasa.
- Finalmente, la Ley N° 18. 469 que crea el Régimen General de Prestaciones de Salud, en reemplazo de la antigua legislación de salud, reafirma el derecho de la persona para elegir como opción diferente a la estatal el afiliarse a una Isapre. Además establece los beneficios mínimos legales que ésta se obliga a otorgar.

Demás está decir que las normas jurídicas previamente citadas constituyen sólo el origen legal de las Isapres y el sistema privado de salud en nuestro país, por lo que forman parte de un amplio conjunto de otras disposiciones normativas que han regulado, en diversas materias, a ambos, y que éstas ya fueron debidamente indicadas en la última parte del primer capítulo, y que serán tratadas en profundidad, temáticamente separadas, en el capítulo que sigue a continuación.

Así las cosas, corresponde ahora analizar y estudiar la influencia que el derecho internacional tuvo en relación al derecho a la protección de la salud consagrado en nuestra Constitución y respecto a la legislación sobre las Isapres en nuestro país.

2.- Influencia de la normativa internacional existente en relación a la legislación sobre las Isapres y del derecho a la protección de la salud en Chile.

Se dijo que en los orígenes de la legislación en torno a las Isapres se tomaron en cuenta nuevos lineamientos y criterios en el ámbito económico, gracias a la consagración del principio de subsidiaridad, por el cual se abre la puerta al sector privado al mundo de los servicios que hasta ese momento sólo eran prestados por el Estado. Todo ello, con un solo objetivo: hacer del funcionamiento del Estado, algo más eficiente, y a la vez, que esto mantenga un equilibrio con la ideología del libre mercado que adoptó el Gobierno Militar en las reformas que implementó.

También se dijo que a la par de las reformas señaladas, se legisló en torno a los derechos humanos, que se transforman en el límite de cualquier proceso legislativo, al ser consagrados como garantías fundamentales en el artículo 19 de la Constitución de 1980.

Dentro de las garantías fundamentales consagradas, se encuentra el derecho a la salud, garantía constitucional que se vio fuertemente influenciado por la dictación de diversa normativa internacional, como lo fue en una primera instancia, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, lo que fue complementado con posterioridad por distintos Convenios dictados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y luego con mucha más profundidad por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 19 de diciembre de 1966.

Así las cosas, en el presente acápite, se estudiarán las normativas internacionales ya señaladas, en el orden que se presenta a continuación:

2.1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Esta declaración tiene una enorme importancia, toda vez que fue este documento el primero en consagrar, a nivel internacional, una serie de garantías fundamentales que le corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales, como lo son el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la vida, a la libertad individual, a la propiedad, a la libertad de expresión, entre otros.

Sin perjuicio de lo anterior, es aún más trascendente el hecho de que esta normativa internacional también reguló, en cuanto a la materia que nos convoca, el derecho a la seguridad social y el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, a toda persona así como a su familia, la salud y el bienestar.

En efecto, el artículo 22 señala: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”*⁸³.

⁸³ Declaración Universal de Derechos Humanos. p. 7. [En línea]
<http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/Declaracion_Universal_DDHH.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

Más adelante, el artículo 25, prescribe lo siguiente:

1. *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*
2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”⁸⁴.*

De los artículos aquí transcritos, puede concluirse que su contenido se replicó en nuestra legislación, ya que, por un lado, la primera parte del punto 1 revela un concepto de salud bastante similar al que se consideró al momento de redactar el derecho a la protección de la salud en nuestra Constitución, y por otro lado, la segunda parte del punto 1 y la totalidad del punto 2, indican ciertos beneficios de salud que están expresamente asegurados a todos los ciudadanos de nuestra sociedad en la Ley N° 18.469, conjugándose el derecho antes mencionado con la garantía constitucional de la seguridad social.

Para finalizar, debe señalarse que fue en base a esta Declaración que los diversos países del orbe comenzaron a regular internamente en sus ordenamientos jurídicos el tema salud, lo que no ayudó tan sólo a ello, sino

⁸⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos. p. p. 7-8. [En línea]
<http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/Declaracion_Universal_DDHH.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

que al aceptar esa declaración, los diversos Estados abrieron la puerta al adecuar su legislación a la futura normativa internacional en torno a esa materia, como lo fue el PIDESC y los Convenios dictados por la OIT, los que también tienen presente en sus contenidos los derechos a la salud y a la seguridad social.

2.2) Los Convenios de la OIT

En cuanto a la importancia de dicha organización internacional en materia del derecho a la salud, destaca, entre otros, el “Convenio 130, relativo a la asistencia médica y a las prestaciones monetarias de enfermedad”⁸⁵. En efecto, dicho Convenio viene a regular el derecho a la salud de la persona, el cual se traduce en lo prescrito por su artículo 8, que señala: “Todo miembro, bajo las condiciones prescritas, deberá garantizar a las personas protegidas el suministro de asistencia médica curativa y preventiva respecto de la contingencia mencionada en el artículo 7, apartado a)”⁸⁶.

En la misma línea, este Convenio regula las personas que serán beneficiarias de la asistencia médica que se asegura, como al mismo tiempo detalla cuáles son las prestaciones de salud que conforman dicha asistencia, por lo que, al igual que respecto del documento analizado anteriormente, éste también conjuga los derechos a la salud y a la seguridad social.

⁸⁵ Convenio 130 OIT. [En línea]

< http://www.derechos.org.ve/proveaweb/wp-content/uploads/convenio_130.pdf > [Consulta: 28 de agosto de 2012]

⁸⁶ Convenio 130 OIT [En línea] < http://www.derechos.org.ve/proveaweb/wp-content/uploads/convenio_130.pdf > [Consulta: 28 de agosto de 2012]

En cuanto a seguridad social se refiere, la OIT también ha tenido una activa participación, dictando una serie de Convenios que han tratado el tema salud, pero en relación a los trabajadores. Así, por ejemplo, los Convenios N° 155, 161 y 167, por nombrar algunos.

Ahora bien, la influencia de esta normativa internacional se ve reflejada en diversos indicadores confeccionados por otras organizaciones internacionales, que estudian el impacto de la regulación de la salud y la seguridad social a nivel mundial, entre otras materias. De hecho, “Como resultado de todo lo anterior el informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en 2000, ubicó a Chile en el primer lugar en el factor equidad de la sobrevivencia infantil, y en el lugar 32 como indicador de situación de distribución del estado de salud de la población –lo que es muy bueno –”⁸⁷.

No obstante lo anterior, falta señalar un tratado internacional de gran relevancia para este punto: el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸⁸, del cual Chile es estado parte. Dicha normativa internacional pasa a analizarse a continuación.

⁸⁷ VERGARA, Marcos. “Reforma del sector salud en Chile: Avances y problemas en la implementación”. Publicación EN FOCO N° 112, Expansiva. [en línea] <http://www2.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/04072007114141.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

⁸⁸ Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) [En línea] <<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

2.3) *El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Este documento fue creado por los Estados Partes el 19 de diciembre de 1966, “reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”⁸⁹, entre otras consideraciones.

En cuanto a derecho a la salud se refiere, el artículo 12 prescribe lo siguiente⁹⁰:

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

⁸⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). p. 1. [En línea] <<http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/pidesc.pdf?phpMyAdmin=6625a6981ee0cc0e37bcc66416af9ae>> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

⁹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). p. 5. [En línea] <<http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/pidesc.pdf?phpMyAdmin=6625a6981ee0cc0e37bcc66416af9ae>> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

- c) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.*
- d) *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

Como se puede apreciar, y tal como fue tratado en el segundo punto del primer capítulo y en el primer punto del presente, este documento internacional tuvo una especial relevancia en la redacción del derecho a la protección de la salud. Ello, pese a no estar, a esa fecha, aún internalizado en nuestro ordenamiento jurídico, a causa del convulsionamiento político de la época de la dictadura militar. Fue por ese motivo, entonces, que el proceso de adecuación de nuestra legislación a la normativa internacional aquí tratada, comenzó posteriormente.

Así, cabe destacar que este proceso de internalizar la normativa internacional en nuestro derecho interno, se vio acentuado con la vuelta a la democracia en nuestro país, “buscándose el equilibrio del sistema mixto público-privado, revalorizándose el papel del Estado mediante un proceso de autonomía progresiva a las unidades prestadoras y una reforma del financiamiento hacia mecanismos que incentivarán la gestión y los resultados; una legislación que, sin ser restrictiva, tratara de corregir los defectos del sistema privado sin asfixiarlo, para que además pudiera controlar sus costos y competir eficientemente con el sector público modernizado”⁹¹.

⁹¹ PRADO, Augusto y SALAMERO, Antonio. Ob. cit. p. 15.

A mayor abundamiento, en torno al documento internacional aquí tratado, uno puede constatar que, pese a la enorme trascendencia de éste y del resto de la normativa internacional al respecto, la posición de nuestro país frente a los derechos humanos en el ámbito internacional estaba muy al debe.

Ello, porque “El PIDESC fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y ratificado el 10 de febrero de 1972. Sin embargo, solo se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de mayo de 1989, fecha en que se publica en el Diario Oficial (Decreto N°326, Ministerio de Relaciones Exteriores)”⁹².

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se puede decir que la influencia de la normativa internacional se divide en dos: primero, en cuanto al derecho a la protección de la salud, esta rama del derecho tuvo una implicancia semi directa, toda vez que pese a que los documentos acá estudiados aún no estaban vigentes en nuestra legislación, sus contenidos sí fueron considerados en la redacción del mismo en nuestra Carta Fundamental.

Segundo, y precisamente considerando el proceso de internalización de la normativa internacional en nuestra legislación, se puede señalar que su influencia se ha visto plasmada en las diversas reformas legales que han

⁹² LOVERA PARMO, Domingo. El informe de Chile ante el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales: el papel del derecho. Publicación del Programa de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. p.1. [En línea]
<http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Chile%20y%20desc_LOVERA_FINAL.doc> [Consulta: 28 de agosto de 2012].

existido en nuestro país, una vez habiéndose retornado a la democracia, en especial porque todas ellas tienen un elemento en común, al buscarse como principal objetivo la distribución equitativa de los servicios de salud, independiente del sistema de salud que se trate.

De hecho, “en términos generales, las razones que han impulsado los procesos de reforma del sector salud, pueden agruparse en ámbitos comunes, a saber: a) aspectos relacionados con características de la población, como cambios demográficos, necesidades de salud cambiantes y expectativas crecientes por parte de la ciudadanía; b) aspectos relacionados con los sistemas de salud existentes, como costos crecientes, cambios tecnológicos, eficacia y eficiencia; c) organización de los sectores de seguridad social en general, y en salud en particular, como por ejemplo mercados, y el incentivo a la competencia; d) finalmente, se observa un ámbito a nivel normativo, de principios rectores para el sector salud, como la disminución de las desigualdades del estado de salud y la equidad/inequidad frente a la satisfacción de las necesidades de salud de los diferentes grupos de población, entre otros⁹³.

Por lo tanto, hemos visto que la influencia de la normativa internacional en torno al derecho a la protección a la salud y a las Isapres, tiene relación directa en el cómo se han acoplado a nuestro ordenamiento jurídico los diversos tratados internacionales relativos al tema salud, como los citados convenios de la OIT o como el denominado PIDESC, como también la inclusión de diversas garantías fundamentales a nuestro derecho, entre ellas la que nos convoca, es decir, el derecho a la protección de la salud.

⁹³ [En línea] <http://web.supersalud.cl/568/articles-2727_recurso_8.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

Esta incorporación legal ha traído consecuencias relevantes, como por ejemplo, elevar los estándares que existían en el sector salud, y además estar en una constante revisión de las leyes que regulan a dicho sector, para que exista una correcta distribución de los servicios, eficaz y eficiente, y que además no haya una armonía en torno a ello en relación a la regulación del sector salud y a los principales indicadores que entrega constantemente organizaciones mundiales, como la OPS o la OMS, tal como se vio.

Una vez estudiada la influencia de la normativa internacional respecto al derecho a la protección de la salud y en relación a la legislación en torno a las Isapres, corresponde a continuación realizar una relación legislativa entre el sistema público de salud que rige en nuestro país, las Isapres y el derecho ya señalado.

3.- Relación legislativa entre el sistema de salud público y las Isapres y el derecho a la protección de la salud en Chile

Se ha dicho a través de estas líneas que el sector salud en nuestro país se divide en dos sistemas, uno público y otro privado. El primero, forma parte del Estado en sí: es él quien está a cargo de realizar las prestaciones de salud que requiera la ciudadanía, y de asegurar el derecho a la protección de la salud, consagrado en la Constitución Política de la República. Asimismo, en nuestro Código Político se establece que, en base al principio de subsidiaridad, podrá el sector privado realizar prestaciones de salud, y que será la persona libre de elegir entre un sistema u otro. Se creó entonces el sistema privado de salud, y con sucesivas reformas, nacieron las

Isapres, quienes serán los prestadores del servicio salud. En tanto, Fonasa será el encargado de realizar esa función en el sector público de salud.

Ambos sistemas han coexistido a lo largo del tiempo, sobre todo a partir de la creación del sector privado de salud, y ambos, a su vez, han tenido regulaciones jurídicas por su parte, por lo que poco de armonía tenían en cuanto a su regulación jurídica, y por ende, en torno a su funcionamiento, comunicación, y sobre todo, en relación a la prestación del servicio salud.

Ello, conllevó a que, luego de diversos procesos legislativos, se tendieran a diversas reformas, para hacer de la prestación de salud un servicio equitativo, eficiente, eficaz y de calidad, independiente del sistema de salud que se tratara.

En efecto, las reformas que últimamente se han llevado a cabo, especialmente la implementada a través de la dictación de la Ley N° 19.966, han tendido a equiparar la calidad, equidad y eficiencia de ambos sectores de salud, y sobre todo a superar las deficiencias que existían en el sector público de salud.

En términos generales, y a criterio del Colegio Médico de Chile⁹⁴, el sector público de salud, tiene problemas en el ámbito de la calidad, del acceso, de la eficiencia, de la eficacia, de la equidad, de la fiscalización, del

⁹⁴ Sobre "Una Propuesta de Cambios para el sector de la Salud en Chile. Colegio Médico de Chile. [En línea]
<<http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/biblioteca/documentos/otros/Propuestacambios.pdf>>

[Consulta: 28 de agosto de 2012]

financiamiento, todo ello en relación a la prestación del servicio salud y del sistema público de salud en sí.

Por su lado, el sistema privado de salud también tiene diversos problemas, que tienen que ver con ciertas conductas abusivas de las Isapres en relación a los contratos de salud y a facultades que tienen en torno a la revisión y modificación de los contratos de salud, además del tema de los costos de los planes de salud, lo que tiene una relación directa con un problema que también se da en el sector público de salud, esto es, el acceso y el financiamiento, generando inequidades en la prestación del servicio salud en la población chilena.

Toda esta situación fue acogida por el Poder Ejecutivo en su momento, al promover la gran reforma a la salud, y es así como el Mensaje Presidencial enviado al parlamento para promover la discusión de la Ley N° 20.015, señala que son esos mismos problemas los que “no hacen más que reafirmar que en nuestro país se ha dado lugar a la existencia de un sistema privado que se orienta hacia la población de mayores ingresos, generando una desigual distribución de la población protegida entre el sistema público, representado por el Fonasa, y las Isapres.”⁹⁵

Ahora bien, más allá del análisis específico de las dificultades que se buscó mejorar a través de la reforma legal citada, y que es analizado en extenso en el tercer capítulo de este trabajo, existe un ámbito que es relativo a ambos sectores de salud: la creación de las Garantías Explícitas en Salud, GES, a través de la dictación de la Ley N° 19. 966.

⁹⁵ Historia de la Ley N° 20.015, Biblioteca del Congreso Nacional.

Precisamente, es esta reforma la que ayuda a mejorar notablemente la cobertura en cuanto a su financiamiento y las oportunidades en cuanto al acceso de la prestación de salud de los usuarios del sistema público de salud⁹⁶.

Estas garantías tienen relación directa entre el sector de salud chileno (tanto público como privado), y el derecho a la protección de la salud, ya que “la cobertura GES se aplica tanto para el sector público como privado (...) la que se constituye en un plan mínimo-obligatorio, que se complementa con el plan que cada persona tenía previo a la reforma. Como fundamento de la creación de las GES se cuenta, precisamente a ciertos problemas ya citados, típicos del sector salud: “La dificultad de acceso, caracterizada por largas esperas en el sector público, y barreras financieras en el sector Isapre, llevaron a que un eje de la reforma se situara en el concepto de garantías explícitas de oportunidad y calidad, apoyadas también en la reducción de las barreras financieras para las prestaciones de alto costo”⁹⁷.

Por lo tanto, se puede constatar que en pos del derecho a la protección a la salud, se han promovido diversas mejoras legislativas, en gran parte separadas por los dos sectores de salud de nuestro país, el público y el privado.

Sin embargo, a partir de la gran reforma a la salud, impulsada por la ley N° 19.966, se legisló en mejoras que implican a ambos sectores de salud,

⁹⁶ MAIRA, Marcelo y OYARZO, César. “Reforma del sistema de salud: Una mirada propositiva desde los prestadores privados de salud”. Publicación EN FOCO N° 110, Expansiva. p. 1. [En línea] <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/04072007112824.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012].

⁹⁷ Ídem.

pero en relación a hacer más efectiva y eficiente la protección al derecho de salud que establece la constitución, haciendo más equitativo y menos discriminatorio el sistema de salud chileno, sin distinción entre lo público y lo privado. Ejemplo de ello es la creación de las Garantías Explícitas en Salud (GES), las cuales obligan a mejoras en torno al financiamiento, acceso y oportunidad, dando cumplimiento a los objetivos planteados en la creación de la reforma, y sobre todo en lo estipulado en el mensaje del ejecutivo al parlamento⁹⁸.

Ello, junto al resto de modificaciones que dicho proceso de reforma introdujeron a nuestro sistema de salud, hicieron de éste un todo mancomunado, ya que a través del conjunto de leyes que constituyen ese movimiento, se intentó superar diversas materias en las que nuestro ordenamiento jurídico presentaba serios déficit.

Como se pudo apreciar, a lo largo de este capítulo fueron revisados varios temas en torno a los orígenes y motivaciones en la creación de las Isapres y el derecho a la protección de la salud.

Así las cosas, en una primera instancia, se realizó un análisis histórico sobre el tratamiento de la salud, comenzando en la era colonial y terminando en la consagración constitucional de dicho derecho fundamental. Luego, y precisamente en base a la redacción de esta garantía constitucional, se estudió el proceso de creación de las Instituciones de Salud Previsional, señalándose las leyes que se dictaron para ello, y explicándose el porqué

⁹⁸ Historia de la ley N° 19.966. Biblioteca del Congreso Nacional. [En línea]

<<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19966/HL%2019966.pdf>> [Consulta: 28 de agosto de 2012].

del nacimiento de las Isapres. A continuación, se desarrolló el tema de la influencia de la normativa internacional en torno a la regulación salud en Chile, destacándose a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, algunos Convenios dictados por la OIT y al PIDESC, entre otros.. Finalmente, se hizo una relación legislativa respecto a los sistemas público y privado de salud, para poder determinar, de esta forma, si es que existe una armonía legal entre ambos, y si eso conlleva a una eficiencia al momento de regular a la salud.

Dicho lo anterior, y ya planteadas las principales problemáticas en relación a los diversos procesos de creación ya explicitados, cabe señalar que si bien el origen y nacimiento de las Isapres es algo totalmente legitimado por parte de nuestra legislación, ello sólo demuestra que el Estado no tiene la intención ni la capacidad de hacerse cargo de la salud en nuestro país, por lo que, fundándose en el principio de subsidiariedad, permitió que los privados participaran en el tema salud.

Ello, generó, desde sus inicios, una serie de inequidades y discriminaciones en comparación al sistema público de salud, ya que los prestadores de salud del sector privado otorgan un servicio de mejor calidad frente a los del sector público, entre otros problemas.

Sin perjuicio de ello, vale destacar que el Estado ha tratado de igualar las situaciones entre ambos sectores de la salud, dictando leyes tendientes a ello, como lo fue la Ley N° 19. 966, que creó el Sistema AUGE, entre otras que formaron parte del proceso de reforma ya señalado

Sin embargo, ello sólo es una parte de todo el cambio que debe realizarse para poder equiparar las condiciones en el sistema nacional de salud, lo que se logrará de manera definitiva, si es que el Estado adopta a la salud como una de sus prioridades, inyectando aún más recursos al sistema público, de modo tal que la eficiencia y eficacia en la protección de la salud, también forme parte de él, y no sea tan sólo algo que existe, en mayor amplitud – pero no e su totalidad - en el sistema privado de salud.

Para finalizar, cabe señalar que todo este proceso de reforma, y en especial las leyes que lo conforman, son extensamente analizadas y estudiadas en el tercer capítulo de este trabajo, que se desarrollará a continuación.

CAPÍTULO III: RESULTADOS DEL PROCESO LEGISLATIVO EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS ISAPRES EN CHILE

En los capítulos que anteceden, se habló, primero, sobre el marco teórico del tema objeto de investigación, esto es, un análisis sobre algunas nociones previas respecto al sistema de salud en nuestro país, además de una descripción de la normativa legal y constitucional relacionada con las Isapres y el derecho de protección de la salud en nuestro país a lo largo de la historia.

Luego, en el segundo capítulo, se realizó un análisis histórico-legislativo en relación a la información utilizada en el primer capítulo, es decir, se trataron temas tales como las motivaciones en el origen del sistema privado de salud, su marco histórico y la influencia de la normativa internacional en la creación y desarrollo de dicho sistema, entre otros.

Ahora bien, para finalizar el presente trabajo de investigación, en el tercer y último capítulo se desarrollarán tópicos relacionados exclusivamente con el ámbito legal, por una parte, y con una perspectiva subjetiva, por otra. A mayor abundamiento, en los primeros dos subtemas a tratar, se analizarán las diversas regulaciones jurídico-legales en torno al sistema privado de salud, partiendo por el marco legal sobre fiscalización, finalizando por las leyes regulatorias que han existido a lo largo de la historia en relación a los contratos de salud en nuestro país.

Finalmente, en la segunda parte de este capítulo final, se analizarán aspectos más subjetivos en torno a las Isapres y el derecho de protección de

la salud, comentando, primero, diversos trabajos investigativos que estudian y critican las diversas propuestas de reformas a nuestro sistema privado de salud, para luego terminar el presente trabajo, analizando los diversos aspectos que históricamente la ciudadanía ha objetado en relación a las Isapres y el derecho de protección de la salud en nuestro país a lo largo del tiempo, previa descripción de los sistemas de reclamos y su funcionamiento.

Por lo tanto, el tercer y último capítulo se subdividirá en los siguientes temas: i) legislación sobre fiscalización en relación a las Isapres y el derecho a la protección de la salud en Chile; ii) legislación sobre los contratos de salud en Chile; iii) propuestas sobre reformas legales al sistema, y; iv) aspectos objetados por la ciudadanía en relación a las Isapres y al derecho de protección a la salud en Chile.

1.- Legislación sobre fiscalización en relación a las Isapres y el derecho a la protección de la salud en Chile.

En Chile, el ente fiscalizador del sistema de salud, tanto público como privado, es, en la actualidad, la Superintendencia de Salud. Bajo su propia perspectiva, “La Superintendencia de Salud es la sucesora legal de la Superintendencia de Isapres e inició sus actividades el 1° de enero del año 2005. Es un organismo que tiene como funciones principales supervigilar y controlar a las Isapres y al Fondo Nacional de Salud (FONASA), y velar por el cumplimiento de las obligaciones que les imponga la ley, además de

fiscalizar a todos los prestadores de salud públicos y privados, respecto de su acreditación y certificación”⁹⁹.

Este ente público, fue creado por la ley N° 19.937, la que en su artículo sexto prescribe su origen y, junto con ello, fija su Ley Orgánica Constitucional, que en su artículo primero la define como un “organismo funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que se regirá por esta ley y su reglamento, y se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud”¹⁰⁰.

Ahora bien, previo a indicar cuáles son las leyes que han regulado a los entes fiscalizadores que han existido en Chile a lo largo de la historia, pasaré a citar un breve resumen histórico en torno a la existencia de la Superintendencia de Salud, para así poder, posteriormente, analizar cada ley en cuestión.

“La historia de la **Superintendencia de Salud**, otrora Superintendencia de Isapres, está ligada al cambio estructural que comienza a experimentar a fines de la década de los setenta el sistema económico chileno. En ese entonces, el modelo escogido es el de una economía abierta y con una importante participación de la iniciativa privada.

⁹⁹ SUPERINTENDENCIA DE SALUD, SECCIÓN “CONÓZCANOS” [en línea] <<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-propertyname-571.html>> [Consulta: 26 de marzo 2012].

¹⁰⁰ Ley N° 19.937, documento en línea. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221629>> [Consulta: 26 de marzo 2012].

La reforma significa al Estado la pérdida de exclusividad que tenía en la administración de las cotizaciones previsionales y de salud de los trabajadores, ya que, permite a éstos derivar libremente su cotización a alguna institución privada o a permanecer como beneficiarios del Estado. Se incrementa así la libertad de elección de las personas, generándose un mercado previsional competitivo.

Año 1981

El 19 de marzo de 1981, con la publicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, se crean las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) y se faculta a los trabajadores y personas en general, a depositar en éstas sus cotizaciones obligatorias.

Las Isapres son organismos que relevan al Estado de funciones que pueden ser asumidas por los particulares; son entidades que prácticamente no reciben subsidios por parte del Fisco y que operan en un sistema de libre competencia. En base a un esquema de seguros, las personas quedan bajo su protección y cuentan con un financiamiento para sus gastos de salud, obtenido por la vía de un prepago o cotización periódica. Con dicho financiamiento, eligen el establecimiento profesional de su preferencia para que les entregue la prestación requerida.

El Fondo Nacional de Salud (FONASA), fue la primera entidad del Estado encargada de fiscalizar el sistema Isapres, según lo señala el DFL N° 3 de 1981. Conforme a dicho decreto, las Isapres debían pedir su registro en Fonasa, quien calificaba la solicitud aceptando o rechazando, de acuerdo a las exigencias legales.

Fonasa era quien también se encargaba de fiscalizar que las Isapres acreditaran y mantuvieran un capital mínimo de 2.000 UF, el que debía ser completado al momento de presentar la solicitud del registro. Asimismo, las Isapres debían mantener una garantía equivalente a un mes de cotizaciones percibidas, cuyo monto no debía ser inferior a 600 UF. En el caso que estas exigencias no se cumplieran, el organismo poseía facultades para cerrar el registro de la institución.

Año 1990

En marzo de 1990 se dicta la ley N° 18.933 que crea la Superintendencia de Isapres, cuyas principales funciones fueron resguardar el cumplimiento de las obligaciones de la ley y los contratos de salud que imponen estas instituciones, promover soluciones a las imperfecciones del mercado y garantizar la estabilidad del Sistema a largo plazo.

Año 2005

El 1 de enero de 2005 se crea la **Superintendencia de Salud**, la que comienza a funcionar como sucesora legal de la hasta entonces Superintendencia de Isapres. Esto, conforme a la Ley de Autoridad Sanitaria (Ley N° 19.937), cuyo artículo 6° establece que se trata de un organismo: "funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que se regirá por esta ley y su reglamento, y se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud".

La estructura orgánica de la institución considera la existencia de la **Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud**, encargada -

entre otras funciones - de fiscalizar las Isapres, el Fonasa y el Régimen de Garantías en Salud y de la **Intendencia de Prestadores de Salud**, encargada de fiscalizar a todos los prestadores de salud, públicos y privados, en la entrega de prestaciones a los beneficiarios de las leyes N° 18.469 y N° 18.933.

Al momento de transformarse en Superintendencia de Salud, la entidad contaba con una dotación de 136 funcionarios, en su Oficina Central en Santiago, con Agencias en la I, II, VII, VIII, IX y X regiones. En la actualidad el equipo de profesionales y administrativos supera las 200 personas y se han abierto Agencias en todas las capitales regionales del país.

Desde la creación del organismo, el 1 de enero de 2005, el cargo de Superintendente de Salud fue ejercido por el **Dr. Manuel Inostroza Palma**. Posteriormente fue ratificado en sus funciones a partir del 1 de septiembre de 2006, tras ganar el concurso por el Sistema de Alta Dirección Pública, cargo que ocupó hasta el 31 de marzo del año 2010.

Año 2010

En la actualidad el Superintendente es **Luis Romero Strooy**, Ingeniero Civil Industrial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en Administración de Negocios de la Universidad de San Francisco, California, y con una vasta trayectoria en el sistema de salud. Designado a través del Sistema de Alta Dirección Pública asumió sus funciones a partir del 8 de julio de 2010, en remplazo del **Dr. Vito Sciaraffia**, quien ocupaba el cargo en forma interina desde el 1° de abril del mismo año¹⁰¹.

¹⁰¹ SUPERINTENDENCIA DE SALUD, SECCIÓN “CONÓZCANOS”, SUBSECCIÓN ACERCA DE LA SUPERINTENDENCIA [en línea] <<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-propertyvalue-2618.html>> [Consulta: 26 de marzo 2012].

Así las cosas, y expuesto el resumen histórico que antecede, queda demostrado claramente que existen tres normas legales que han regulado en materia de fiscalización a nuestro complejo sistema de salud, a saber: i) Decreto con Fuerza de Ley N° 3; ii) Ley N° 18.933, y; iii) Ley N° 19.937, las cuales se pasarán a exponer a continuación:

1.1) Decreto con Fuerza de Ley N° 3

Esta norma jurídica fue promulgada el 27 de abril de 1981 y publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1990, y fue dictada con el objetivo de crear normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud por instituciones de salud previsional.

Se encuentra dividida en 7 títulos, de la siguiente forma:

- TÍTULO I NORMAS GENERALES
- TÍTULO II DE LAS INSTITUCIONES
- TÍTULO III DE LA GARANTÍA
- TÍTULO IV DE LAS COTIZACIONES
- TÍTULO V DE LAS PRESTACIONES
- TÍTULO VI DE LA FISCALIZACIÓN Y SANCIONES
- TÍTULO VII DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Este Decreto con Fuerza de Ley (DFL 3 en lo sucesivo), básicamente creó el sistema privado de salud, ya que por primera vez en Chile, y debido

al Decreto Ley N° 3.500, se habla de “Isapres”, “Fondo Nacional de Salud”, “Administradora de Fondo de Pensiones” y “Cotización de salud”.

Asimismo, es la primera norma jurídica que regula la fiscalización del sistema salud en nuestro país, otorgándole esta facultad al Fondo Nacional de Salud (Fondo en lo sucesivo), actual *FONASA*.

En efecto, el DFL 3 dedica exclusivamente un título al tema que trata este punto, y lo denomina “De la Fiscalización y Sanciones”. No obstante ello, a lo largo de dicho cuerpo normativo se encuentran otras normas que también hablan sobre facultades exclusivas que tiene a su haber el Fondo en torno a la fiscalización.

En este contexto, y a modo de resumen, se pasan a señalar cuáles son las facultades en cuanto a fiscalización se trata, que el DFL 3 le otorga al Fondo:

- i) Fiscalizar el cumplimiento de la obligación regulada por el artículo 24, esto es, mantener en las oficinas de las Instituciones (se entiende por instituciones como a todas y cualquiera de las Isapres) un extracto que proporcione información básica de cada una de ellas.
- ii) Fiscalizar el cumplimiento de la garantía que deben otorgar las instituciones para su funcionamiento.
- iii) Fiscalizar el cumplimiento del capital que requieren las instituciones para cautelar el cumplimiento de las obligaciones

establecidas en esta ley, acorde lo disponen las normas del Título III.

- iv) Calificar las solicitudes de registro de las Instituciones para su funcionamiento.
- v) Imponer sanciones, que van desde multas hasta la cancelación del registro

Como se puede apreciar, el DFL 3, al ser la primera norma jurídica que regula el sistema de salud privado en nuestro país, dota de escasas facultades fiscalizadoras al ente encargado en esa época, a saber, el Fondo Nacional de Salud. Dicha situación se trató de revertir con la dictación de la Ley N° 18.933, que se pasa a analizar a continuación.

1.2) Ley N° 18.933

Este cuerpo normativo fue promulgado con fecha 12 de febrero de 1990 y publicado en el Diario Oficial el 9 de marzo del mismo año, y fue dictado con el objetivo de crear la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, derogando, a su paso, el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, anteriormente analizado.

El contexto que rodea la dictación de esta norma jurídica fue la motivación de perfeccionar el sistema de salud creado y regulado por el DFL 3, por lo que además de crear la Superintendencia de Isapres, se dictan normas para el otorgamiento de las prestaciones por parte de las mismas. Ahora, en cuanto a la regulación sobre fiscalización, y luego de la vigencia

por casi 10 años del DFL 3, se tomó la decisión de crear una institución especializada, que tuviera como única misión fiscalizar a las prestadoras de salud, y, al mismo tiempo, aumentar sus facultades en este ámbito, atendido lo restringido que eran éstas hasta ese momento.

Por dichas razones, es que el artículo 53 de la Ley N° 18.933 derogó el DFL 3 a contar de la fecha de vigencia de su Título II, la que es, de conformidad con su artículo 52, desde que se publique el Decreto con Fuerza de Ley que fije la planta y la dotación máxima de personal de la Superintendencia. Dicha norma es el DFL N° 35, publicado el 1 de septiembre de 1990.

En cuanto a su estructura, la Ley N° 18.933 se divide de la siguiente forma:

- TÍTULO I: DE LA SUPERINTENDENCIA DE INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL
- TÍTULO II: DE LAS INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL
- DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Como se puede apreciar, este cuerpo normativo dedica un título completo a la creación de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, regulando detalladamente cuáles son las facultades, funciones y atribuciones que tendrá dicha institución.

En efecto, el artículo 3 de la Ley N° 18.933 señala lo siguiente:

“Corresponderán a la Superintendencia, en general, las siguientes funciones y atribuciones:

1.- Registrar a las Instituciones de Salud Previsional, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos que señale la ley.

2.- Interpretar administrativamente en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas; impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento.

3.- Fiscalizar a las Instituciones de Salud Previsional en los aspectos jurídicos y financieros, para el debido cumplimiento de las obligaciones que establece la ley y aquéllas que emanen de los contratos de salud. La Superintendencia impartirá instrucciones que regulen la oportunidad y forma en que deberán presentarse los balances y demás estados financieros.

4.- Velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes y reglamentos que las rigen y con las instrucciones que la Superintendencia emita, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponder a otros organismos fiscalizadores.

5.- DEROGADO LEY 19937 Art. 25 (DEL ART. 6º) D.O. 24.02.2004

6.- Exigir que las instituciones den cumplimiento a la constitución y mantención de la garantía y patrimonio mínimo exigidos por la ley.

7.- Impartir instrucciones y determinar los principios contables de carácter general conforme a los cuales las instituciones deberán dar cumplimiento a la garantía contemplada en el artículo 26 y a los requerimientos de constitución y mantención del patrimonio mínimo que prevé el artículo 25.

8.- Impartir instrucciones de carácter general a las Instituciones de Salud Previsional para que publiquen en los medios y con la periodicidad que la Superintendencia señale, información suficiente y oportuna de interés para el público, sobre su situación jurídica, económica y financiera. Dichas publicaciones deberán efectuarse, a lo menos, una vez al año.

9.- Dictar las instrucciones de carácter general que permitan la mayor claridad en las estipulaciones de los contratos de salud, con el objeto de facilitar su correcta interpretación y fiscalizar su cumplimiento, sin perjuicio de la libertad de los contratantes para estipular las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud. En caso alguno estas instrucciones podrán contemplar exigencias de aprobación previa de los contratos por parte de la Superintendencia.

9 bis.- Velar por que la aplicación práctica de los contratos celebrados entre los prestadores de salud y las Instituciones de Salud Previsional no afecte los beneficios a que tienen derecho el afiliado o sus beneficiarios.

10.- Impartir las instrucciones para que las Instituciones de Salud Previsional mantengan actualizada la información que la ley exija.

11.- Requerir de los organismos del Estado los informes que estime necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

12.- Efectuar publicaciones informativas del sistema de instituciones de salud previsional y sus contratos con los afiliados.

13.- Imponer las sanciones que establece la ley.

14.- Elaborar y difundir índices, estadísticas y estudios relativos a las Instituciones y al sistema privado de salud.

15.- Impartir instrucciones generales sobre la transferencia de los contratos de salud y cartera de afiliados y beneficiarios a que se refiere el artículo 44 ter y dar su aprobación a dichas operaciones.

16.- Mantener un registro de agentes de ventas, fiscalizar el ejercicio de sus funciones y aplicarles las sanciones que establece la ley.

17.- Requerir de los prestadores, sean éstos públicos o privados, la entrega de la certificación médica que sea necesaria para decidir respecto de la procedencia de beneficios regulados por la presente ley. La Superintendencia deberá adoptar las medidas necesarias para mantener la confidencialidad de la ficha clínica.

Las personas que incurran en falsedad en la certificación de enfermedades, lesiones, estados de salud, en las fechas de los diagnósticos o en prestaciones otorgadas serán sancionadas con las penas previstas en el artículo 202 del Código Penal.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Superintendente podrá inspeccionar todas las operaciones, bienes, libros, cuentas, archivos y documentos de las instituciones fiscalizadas y requerir de ellas o de sus administradores, asesores, auditores externos o personal, los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información. Podrá pedir la ejecución y la presentación de balances y estados financieros en las fechas que estime conveniente.

Igualmente, podrá solicitar la entrega de cualquier documento o libro o antecedente que sea necesario para fines de fiscalización, sin alterar el desenvolvimiento normal de las actividades del afectado. Salvo las excepciones autorizadas por la Superintendencia, todos los libros, archivos y documentos de las entidades fiscalizadas deberán estar permanentemente disponibles para su examen en la sede principal de sus negocios.

Además, podrá citar a declarar a los representantes, administradores, asesores, auditores externos y dependientes de las entidades o personas de las entidades fiscalizadas, cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones. No estarán obligadas a concurrir a declarar las personas indicadas en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, a las cuales la Superintendencia deberá pedir declaración por escrito¹⁰².

Como se puede apreciar, el ánimo perfeccionista que muestra el legislador al momento de dictar la ley que se analiza en este punto, se ve plasmada en el citado artículo 3, ya que amplía de gran forma el espectro de facultades y atribuciones fiscalizadoras de la Superintendencia de Isapres.

Por otro lado, se dota a la Superintendencia en cuestión, de una facultad resolutoria, regulada en el artículo 6 de la citada ley, es decir, en determinadas instancias el superintendente actuará como Juez, fallando las reclamaciones que ante él se deduzcan. Ello, porque el artículo 5 preceptúa que todas las sanciones que la Superintendencia aplique deberán constar en resolución fundada, que será notificada debidamente al afectado por ministro de fe de la institución.

¹⁰² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, LEY CHILE. [en Línea]

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30304>> [Consulta: 27 de marzo 2012].

Dicho artículo no hace más que plasmar en ámbito administrativo el principio informativo del derecho procesal conocido como “bilateralidad de la audiencia”, que permite al afectado en un proceso, tomar conocimiento de una resolución que se dicte en su contra, y participar en él.

Junto a ello, se otorga al afectado el derecho a interponer un recurso de reposición en contra de dichas resoluciones, si estima que no se ajustan a derecho. Aún más, ante las resoluciones que el superintendente dicte en donde se denieguen las reposiciones deducidas en contra de aquellas, el afectado podrá incluso reclamar ante la Corte de Apelaciones que corresponda, conforme lo dispone el artículo 7 de la Ley N° 18.933.

Asimismo, se otorgan facultades novedosas y muy relevantes en el ámbito administrativo, tales como las de interpretar las normas que regulan el sistema de salud al momento de ejercer labores fiscalizadoras, o la de dictar normas de carácter general que permitan una mayor claridad en el ejercicio de los derechos por parte de los afiliados.

Con ello, se amplía el campo de regulación, y se pasa por primera vez a tomarse en consideración al momento de legislar, no tan sólo las normas en cuanto a funcionamiento de las prestadoras de salud, sino que también priman los derechos de los afiliados, lo que se ve reflejado, por ejemplo, en las facultades y atribuciones reguladas en los números 9 y 9 bis del artículo 3 de la Ley N° 18.933, a saber, las facultades de dictar las instrucciones de carácter general que permitan la mayor claridad en las estipulaciones de los contratos de salud y la facultad de velar por que la aplicación práctica de los contratos celebrados entre los prestadores de salud y las Isapres no afecte los beneficios a que tienen derechos el afiliado y sus beneficiarios.

1.3) Ley N° 19.937

La ley N° 19.937 fue promulgada el 30 de enero de 2004 y publicada el 24 de febrero del mismo año, y su objetivo fue, principalmente, establecer una nueva concepción de autoridad sanitaria, regulando materias en torno al sistema salud en su totalidad, partiendo por el Ministerio de Salud, las subsecretarías pertinentes, los secretarios regionales ministeriales, y la creación de la Superintendencia de Salud, lo que pasamos a analizar a continuación.

En cuanto a su estructura, la ley N° 19.937 se organiza de la siguiente manera¹⁰³:

- **ARTÍCULO 1°:** Modificación al Decreto Ley N° 2763/79
- **ARTÍCULO 2°:** Modificación al Decreto con Fuerza de Ley N° 725/67
- **ARTÍCULO 3°:** Modifica Ley N° 19.490, que Establece asignaciones y bonificaciones que señala para el personal del sector salud
- **ARTÍCULO 4°:** Modifica la Ley N° 19.086, que Establece nuevas normas sobre remuneraciones y cargos en plantas de personal del sector salud
- **ARTÍCULO 5°:** Acceso a grados superiores de Prof. de la salud (Asistentes sociales, Enfermeras, Kinesiólogos, Matronas, Nutricionistas, Tecnólogos Médicos, Terapeutas Ocupacionales y Fonoaudiólogos (ley 19.086)
- **ARTÍCULO 6°:** Crea Superintendencia de Salud y fija Ley Orgánica
- **ARTÍCULO 7°:** Bonificación por retiro

¹⁰³ DOCUMENTO DE LA LEY N° 19.937, OBTENIDO DESDE EL DEPARTAMENTO DE ASESORÍA JURÍDICA DEL MINISTERIO DE SALUD, p. 2.

- **ARTÍCULO 8°** : Modifica Ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria
- **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

Como se puede apreciar, el artículo 6 de la Ley N° 19.937 crea la Superintendencia de Salud y fija de inmediato su Ley Orgánica Constitucional, utilizando el mismo método reformista por parte del legislador al dictar la Ley N° 18.933, como se indicó anteriormente.

El artículo 1 de dicha ley orgánica define a la Superintendencia de Salud como un “organismo funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que se regirá por esta ley y su reglamento, y se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud”¹⁰⁴.

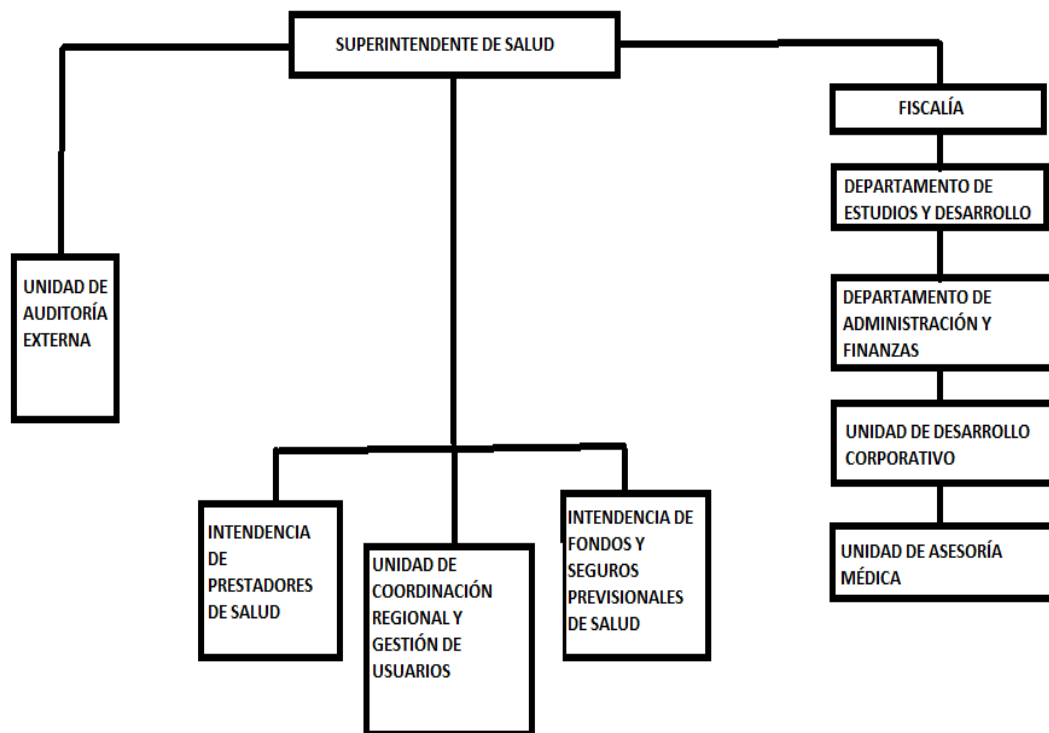
En cuanto a su estructura, el artículo 3 de la ley orgánica señala que “La Superintendencia se estructurará orgánica y funcionalmente en la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y la Intendencia de Prestadores de Salud”¹⁰⁵.

En el mismo sentido, el artículo 4 del citado cuerpo normativo preceptúa que será el Jefe Superior de la Superintendencia un funcionario nombrado por el Presidente de la República con el título de Superintendente de Salud.

¹⁰⁴ Ídem. p. 49.

¹⁰⁵ Ibídem. p. 50.

Por tanto, la estructura y organización de la Superintendencia de Salud se refleja en el siguiente organigrama:



Ahora bien, previo a continuar con el análisis de cómo la Ley N° 19.937 crea y regula la Superintendencia de Salud, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿cómo nació la presente ley? O mejor dicho: ¿cuál fue la motivación que tuvo el poder ejecutivo para promover la tramitación y dictación de esta norma jurídica?

Para responder a tales interrogantes, debe hacerse un estudio a la Historia de la Ley en cuestión, y precisamente, al mensaje del Presidente de la República enviado a la Cámara de Diputados, mediante el cual se inició el proyecto de ley¹⁰⁶.

El Mensaje del Ejecutivo enviado a la Cámara Baja comienza, a modo de introducción, realizando un análisis sobre los objetivos nacionales de salud, señalando que son un componente esencial de las políticas públicas en salud, y que fueron precisamente ellos, los que anteriormente permitieron la fijación de objetivos claros, medibles y practicables, lo que permitió un gran avance en esta materia. En ese sentido, las metas que plantea el Gobierno en el proyecto de Ley son cuatro: i) disminuir las desigualdades en salud; ii) enfrentar los desafíos del envejecimiento de la población y de los cambios de la sociedad; iii) proveer servicios acordes con las expectativas de la población, y; iv) mejorar los logros sanitarios alcanzados.

A continuación, se señala que los objetivos nacionales de salud deben expresarse mediante un instrumento de gestión sanitaria, de forma que pase a constituirse una efectiva vinculación entre las necesidades de la población y la gestión de los recursos destinados a la salud.

Luego de lo anterior, pasa inmediatamente a explicarse cómo era la situación de la autoridad sanitaria en esa época, diagnosticando una serie de problemas, que pueden resumirse en los siguientes aspectos:

¹⁰⁶ A partir de este punto, todo lo que analice respecto de la Historia de la Ley Nº 19.937, se utilizará el siguiente documento: HISTORIA DE LA LEY Nº 19.937, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Febrero 2004, Santiago de Chile.

- i) Dispersión, burocracia e ineficiencia: antes de la dictación de la ley N° 19.937, el Ministerio de Salud estaba involucrado en la conducción de los prestadores de salud, y los Servicios de Salud ejerciendo funciones de autoridad sanitaria, lo que generaba una administración ineficiente y una debilitación de la autoridad sanitaria.

- ii) Capacidad normativa desigual: sobre este punto, el Ejecutivo señala que por una parte existe una escasa regulación en algunos temas, y por otro que la misma es excesiva, por tanto se generaba una desigualdad e inequidad tremenda, la que era aprovechada por grupos de poder, contribuyendo ambas cosas a la desperfilación del rol de la Autoridad Sanitaria.

- iii) Insuficiente fiscalización de la calidad de las prestaciones: se determina como principal causal de este diagnóstico, el hecho de que en el pasado la fiscalización de las actividades de los prestadores recaía en los Servicios de Salud, los cuales eran, simultáneamente, responsables por la gestión de sus establecimientos, por lo que existían, notoriamente, conflictos de interés al momento de fiscalizar, lo que tornaba débil a dicha actividad.

- iv) Insuficiente regulación de los administradores privados del seguro de salud: principalmente, en relación a este punto se señala que los problemas de los afiliados del sistema isapre decían relación con el temor de qué ocurriría con ellos si enfermaran gravemente, si es que su plan les cubriría los gastos

asociados a ello, y qué sucedería con ellos después de los 60 años de edad.

- v) Insuficiente comprensión del rol de la Autoridad Sanitaria por parte de la ciudadanía: se indica que la suma de los puntos anteriores, generaban una tremenda confusión en los ciudadanos, no sabiendo éstos cómo canalizar sus reclamos y solicitudes, y cómo ejercer sus derechos.

- vi) Insuficiencias en la legislación vigente: básicamente, se señala que la legislación vigente en esa época consagraba un régimen que impedía la integración armónica de los subsistemas público y privado, y que además limitaba la labor del Gobierno como responsable del desarrollo de todo el sector, al estar definido el rol de la Autoridad Sanitaria, en forma principal, como responsable de la gestión de las actividades de salud del sector público, con el consecuente debilitamiento de las capacidades normativas y fiscalizadoras sobre el sector privado.

Hecho el diagnóstico, el Ejecutivo pasa inmediatamente a señalar cuáles son los objetivos del proyecto presentado ante la Cámara de Diputados, que son:

- i) Primero, fortalecer la institucionalidad y las potestades de la Autoridad Sanitaria, estableciendo una clara separación de funciones con la gestión de Servicios de Salud.

- ii) Segundo, establecer normas que permitan mejorar la gestión de los Servicios de Salud, y

- iii) Tercero, establecer instancias de participación ciudadana en las Secretarías Ministeriales y en las Direcciones de los Servicios de Salud.

Para culminar, ya explicados el diagnóstico y los objetivos del proyecto de ley, el Mensaje del Presidente de la República pasa a señalar el contenido del mismo, el cual separa en cuatro grandes ítems:

- i) La Autoridad Sanitaria
- ii) Fortalecimiento de la Gestión de los Servicios
- iii) Participación ciudadana
- iv) Delegación de facultades

Para ser más precisos, y en cuanto se refiere al tema analizado en este punto, que es la Fiscalización en el sistema de salud chileno, sólo nos interesa analizar el primer contenido del proyecto de ley, que se refiere a la Autoridad Sanitaria.

Ello, porque el proyecto de ley señala que entiende por tal a la institucionalidad del Estado encargada de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas en salud y la promoción, prevención, curación y rehabilitación de la salud de la población, y que tiene como rol principal la rectoría, regulación y fiscalización de los sectores público y privado de la

salud y de los agentes cuyas actividades inciden en la salud de la población. Esta autoridad residirá, en lo fundamental, en el Ministerio de Salud y en los organismos que de él dependen y que tengan atribuciones en este ámbito.

Por tanto, cabe preguntarse por qué sólo analizaremos el punto que se refiere a la Autoridad Sanitaria. Pues bien, de la sola lectura del párrafo que antecede, se puede concluir que la creación de la Superintendencia de Salud formó parte de la intención legislativa del Ejecutivo al enviar el citado proyecto de ley a la Cámara Baja, ya que la pretensión del Gobierno de turno fue mejorar las funciones fiscalizadoras del sistema de salud chileno, separar y delinear claramente las funciones de gestión, promoción, prevención, información y fiscalización, e implementar una mejor distribución de los recursos destinados a la salud, mejorando la eficiencia del complejo y anacrónico sistema de salud vigente hasta esa época.

En otras palabras, el nacimiento de la Superintendencia de Salud se condice con los objetivos del proyecto de ley como con su contenido, toda vez que forma parte del fortalecimiento de la Autoridad Sanitaria, y al asignársele exclusivamente funciones fiscalizadoras, normativas, jurisdiccionales y sancionadoras a dicha institución, se cumple con el objetivo de separar funciones y maximizar el rendimiento y la destinación de los recursos en materia de salud.

Así las cosas, y para dar cumplimiento a las pretensiones del Ejecutivo al presentar el proyecto de ley al Legislativo, los artículos 2 de la Ley Nº 19.937 y 107 del D.F.L. Nº 1 regulan la competencia que tendrá la Superintendencia de Salud en cuanto a sus funciones de supervigilancia y control, señalando que este ente público ejercerá tales funciones respecto

de¹⁰⁷: i) las instituciones de salud previsional; ii) el Fondo Nacional de Salud (FONASA); iii) los prestadores de salud públicos y privados, y; iv) fondos y seguros previsionales de salud.

Cabe hacer presente que la supervigilancia de las instituciones señaladas, quedan a cargo de las dos intendencias creadas a través de la ley que se analiza, a saber, la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y la Intendencia de Prestadores de Salud.

Definido el ámbito de competencia de la Superintendencia de Salud, y en total sincronización con el delineamiento de ideas y principios contenidos en el proyecto de la ley N° 19.937, están las funciones que cumple este órgano público, entre las cuales se destacan las siguientes¹⁰⁸:

- 1) Registrar a las Isapres, previo cumplimiento de los requisitos que señala la ley.
- 2) Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen la actividad.
- 3) Fiscalizar a las Isapres en sus aspectos jurídicos y financieros.
- 4) Resolver, en calidad de arbitro arbitrador, las controversias que surgen entre las Isapres y sus afiliados o cotizantes.
- 5) Exigir a las Isapres que den cumplimiento a la constitución y mantención de una garantía y del patrimonio mínimo exigido por la ley.
- 6) Impartir instrucciones de carácter general a las Isapres.

¹⁰⁷ En todo lo relativo a la competencia, funciones y atribuciones de las Isapres, la información fue extraída de: PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. Ob. cit. p. p. 389-397.

¹⁰⁸ Véase Artículo 6 de la Ley N° 19.937 y artículo 110 D.F.L. N° 1.

- 7) Requerir de los organismos del Estado los informes que estime necesarios para el cumplimiento de sus funciones
- 8) Efectuar publicaciones informativas del sistema Isapre y sus contratos con los afiliados.
- 9) Imponer las sanciones que establece la ley.
- 10) Dictar las instrucciones que permitan la mayor claridad posible respecto de las estipulaciones de los contratos de salud.
- 11) Velar para que la aplicación práctica de los contratos celebrados entre los prestadores de salud y las instituciones de salud previsual no afecte los beneficios a que tienen derecho el afiliado o sus beneficiarios.
- 12) Impartir instrucciones generales sobre la transferencia de los contratos de salud y la cartera de afiliados y beneficiarios.
- 13) Mantener un registro de agentes de ventas, a los cuales fiscaliza en el ejercicio de sus funciones y les aplica las sanciones que establece la ley.
- 14) Requerir de los prestadores, sean públicos o privados, la entrega de certificación médica necesaria para decidir respecto de la procedencia de beneficios regulados por ley, adoptando las medidas necesarias para mantener la confidencialidad de la ficha clínica.

De la sola lectura de los párrafos que anteceden, uno da cuenta de que se cumple uno de los principales objetivos que el Ejecutivo tuvo al iniciar la gestión legislativa mediante el Mensaje precedentemente analizado, esto es, fortalecer a la Autoridad Sanitaria, dado que las funciones otorgadas a la Superintendencia de Salud superan con creces los problemas diagnosticados en el mismo Mensaje presidencial. Se fortalece, por tanto, la función fiscalizadora ejercida por dicho ente, dotado, a partir de la dictación y entrada en vigencia de la Ley N° 19.937, de múltiples facultades, que la

distinguen como único órgano fiscalizador en materia de salud, como asimismo como ente regulador del sistema Isapre.

Ahora bien, con una finalidad meramente pedagógica, se diferenciarán y clasificarán las facultades ya señaladas, en cuatro grandes categorías, a saber: i) normativas; ii) fiscalizadoras; iii) sancionadoras, y; iv) jurisdiccionales. A continuación, se singularizará a cada una de ellas.

- 1) Normativa: Bajo esta categoría se enmarcan todas aquellas facultades que habilitan a la Superintendencia para dictar normas de general aplicación a los sujetos controlados (véase competencia de la Superintendencia), tales como instrucciones y circulares.

Respecto a esta categoría, cabe destacar dos aspectos. Primero, que las potestades normativas siempre deben ejercerse dentro del marco establecido por la Constitución Política de la República, al ser los actos normativos emanados de la Superintendencia actos de índole administrativo, y, por ende, al momento de ser dictados deben siempre sujetarse al mandato otorgado por el Presidente de la República.

Por otro lado, las facultades de esta categoría se relacionan directamente con las de carácter sancionatorio, ya que el incumplimiento de las instrucciones o circulares dictadas por la Superintendencia por parte de los entes controlados y fiscalizados por ésta acarrea la aplicación de fuertes sanciones que pueden ser impuestas directamente por la Administración.

- 2) Fiscalizadora: En virtud de este tipo de potestades, la Superintendencia puede examinar todo tipo de documentación, requerir informaciones, realizar visitas, citar a declarar a algunas personas, formular ciertas exigencias y fiscalizar los aspectos jurídicos y financieros. Ellas se extraen de los artículos 110 N°s 3, 4, 11, 17; 115, 121 y 126 del Libro I del D.F.L. N°1.

Debe resaltarse que las fiscalizaciones cometidas por la Superintendencia pueden revestir el carácter de regulares o preventivas, las cuales se realizan periódicamente en la Isapre, a fin de controlar, entre otras cosas, el patrimonio mínimo exigido por la ley y la garantía mantenida por éstas.

- 3) Sancionadora: Las facultades que posee la Superintendencia de esta categoría la habilita para imponer las sanciones que establece la ley, potestad prevista en los artículos 110 N° 13, artículos 115 N° 11 y 121 N° 11 del Libro I del D.F.L. N° 1. Así, dicha institución puede aplicar amonestaciones, multas, clausuras, revocaciones, y otras sanciones, en el caso que exista infracción a las normas legales, reglamentarias o técnicas, o incumplimiento de las órdenes o instrucciones que se emitan. Las sanciones que se apliquen siempre deberán constar en una resolución fundada y notificarse por carta certificada por un ministro de fe designado con anterioridad por el mismo Superintendente.
- 4) Jurisdiccional: Referida a las atribuciones que desempeña la Superintendencia para actuar como árbitro arbitrador, de conformidad al artículo 117 del Libro I del D.F.L. N° 1.

No obstante todo lo anteriormente analizado y comentado, la Superintendencia de Salud, tal como se ha dicho a lo largo de estas líneas, fue creada con la finalidad de crear una Autoridad Sanitaria, para poder así solucionar los problemas que el Ejecutivo había diagnosticado para el sector salud.

Entre dichos problemas se encontraban, por ejemplo, la dispersión, burocracia e ineficacia y la insuficiente comprensión del rol de la Autoridad Sanitaria por parte de la ciudadanía.

Es por ello, que la Superintendencia de Salud, más allá de las facultades previamente indicadas, posee otras potestades y atribuciones, como lo es la atención y orientación al público, función asignada a una unidad específica dentro de la organización de este ente público.

A mayor abundamiento, el ente en cuestión, posee además facultades específicas, tales como:

- a) El deber de denunciar a la justicia ordinaria las infracciones a lo prescrito en el artículo 174 del Libro III del D.F.L. N° 1.
- b) Facultad de hacer efectiva la garantía, en el evento de cancelación de registro de una entidad de salud previsional, destinando esta garantía al pago de las obligaciones que deben solucionarse conforme a la ley, según prescribe el artículo 183 del Libro III del D.F.L. N° 1.
- c) Facultad de impartir instrucciones de general aplicación.

Para finalizar la materia pertinente a este punto, cabe señalar que en cuanto a norma legal se refiere, la última disposición legislativa que reguló respecto a fiscalización en relación a las Isapres y el derecho de protección de la salud en nuestro país fue el D.F.L. N° 1, publicado en el Diario Oficial el 24 de abril de 2006, relativo al Ministerio de Salud, quien al momento de dictarlo tuvo por finalidad sistematizar correctamente el texto legal del artículo 6 de la Ley N° 19.937, que dio origen a la Superintendencia de Salud, ya que inserta en el Título II del Capítulo VII las atribuciones de dicho ente en relación con las instituciones de Salud Previsional, conjunto de disposiciones que antes se encontraban al comienzo de la Ley de Isapres (artículo 3 de la Ley N° 18.933).

2.- Legislación sobre los contratos de salud en Chile.

Se habló en el punto anterior sobre el desarrollo legislativo, en materia de fiscalización, respecto de las Isapres y el derecho a protección de la salud en nuestro país. Ello, con la finalidad de determinar, posteriormente, cómo y cuánto se ha avanzado en materia de eficiencia en nuestro sistema privado de salud, desde el momento de instauración del mismo en nuestra legislación y hasta estos días, y si efectivamente se protege el derecho constitucionalmente consagrado antes señalado.

Pues bien, con el mismo objetivo antes descrito, en este punto hablaré sobre la legislación que ha regulado a los contratos de salud en nuestro país, en el mismo período de tiempo indicado en el párrafo anterior. Es decir, determinaré, en primer lugar, cuál fue la primera ley que reguló

dicho contrato, para luego pasar a señalar cómo se ha avanzado en su regulación con el paso del tiempo, señalando y comentando cuáles son las leyes que se dictaron con ese fin.

Sin embargo, antes de entrar a analizar el objeto de este punto, pasaré a señalar temas relevantes respecto del contrato de salud, tales como su concepto, características, sujetos, y marco regulatorio, entre otros temas. Ello, con el objetivo de clarificar el objeto de investigación respecto de este segundo punto de este tercer y último capítulo, para, posteriormente, dedicarme exclusivamente a analizar las leyes del citado marco regulatorio, y determinar cómo se avanzó, legislativamente, en torno al contrato de salud en nuestro país.

2.1) Concepto

Previo a señalar cuál es el concepto del contrato de salud, se debe prevenir que no existe una norma regulatoria del sistema isapre, antigua o actualizada, que defina con precisión a dicho contrato. Por lo tanto, existen conceptos en normas dispersas, por una parte, y conceptos meramente doctrinales, obtenidos de algunas memorias estudiadas para estos efectos.

Así las cosas, podemos decir que en cuanto a los conceptos encontrados en normas dispersas están los siguientes¹⁰⁹:

¹⁰⁹ PRADO, Augusto. Ob. cit. p. 111.

- La derogada resolución exenta N° 1107 que aprobaba normas sobre los contratos de salud, intentó una definición que señalaba textualmente: *El contrato de salud 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 y beneficios de salud que regula el D.F.L. N° 3 del Ministerio de Salud, en relación con los artículos 25 y 26 de la ley N° 18.469.*
- La Circular N° 9 de la ex Superintendencia de Isapres definió a estos contratos como *los instrumentos formales mediante los cuales las personas afiliadas al Régimen de Prestaciones de la Ley N° 18.469, pueden ejercer su derecho de opción para incorporarse al sistema que operan las Isapre.*

Por otro lado, los conceptos que he denominado como “doctrinales”, son los siguientes:

- El autor Cristián Andrade Andrade definió al contrato de salud como *“aquel acuerdo de voluntades que crea derechos y obligaciones, en que una o varias personas se obligan a enterar su cotización a la Isapre escogida y esta última asume la obligación de otorgar la atención médica o el financiamiento correspondiente y a pagar el subsidio en compensación por la remuneración que no se percibe durante los períodos de incapacidad laboral”* o bien como *“el proceso de afiliación al*

régimen privado de prestaciones de salud, mediante la compra voluntaria, normada por la ley, de un plan de salud que ofrece determinada isapre¹¹⁰.

- Por otro lado, el autor Augusto Prado define al contrato de salud 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 correspondiente¹¹¹”*.

De los conceptos anteriormente señalados, se puede decir que el contrato de salud no es más que el proceso de afiliación al régimen privado de salud, materializado mediante la celebración de una convención entre el afiliado y la isapre escogida por éste, en mérito de la cual, ambas partes se obligan recíprocamente, uno a pagar el precio convenido, y la otra a otorgar las prestaciones médicas pactadas.

2.2) Características

Antes de señalar cuáles son las características del contrato de salud, es preciso señalar que se encasillará al contrato de salud según las clasificaciones legales y doctrinales en relación al contrato, y que al no ser el

¹¹⁰ ANDRADE, Cristián. *“El contrato de salud previsional”*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago. Chile, Universidad de Chile, 2001, p. 16.

¹¹¹ PRADO, Augusto. Ob. cit. p. 112.

objetivo de este trabajo el analizar dicha materia, sólo se hará una referencia en relación a cada característica que se pasa a indicar a continuación.

i) Es un contrato bilateral. Ambas partes se obligan recíprocamente. “Una parte se obliga a pagar lo que en contrato de seguro se denomina prima, la suma que se paga por derivar el riesgo contratado, y la otra parte se obliga a asumir el riesgo que constituye un evento de salud, cubriendo, según sea la cobertura convenida, el valor económico en que consista la prestación de salud”¹¹².

ii) Es un contrato oneroso. El contrato de salud tiene por objeto la utilidad de ambas partes, sufriendo ambas un gravamen en favor de la otra. Así las cosas, “la celebración del contrato de salud trae como consecuencia la utilidad de ambos contratantes, ya que la isapre encuentra su principal fuente de financiamiento en la cotización que entera el afiliado, y este último, queda liberado de total, o una parte, del costo de una atención de salud, en el evento de ocurrir alguna contingencia”¹¹³.

iii) Es un contrato conmutativo. Respecto de esta característica no existe uniformidad, ya que los autores citados, a saber, Augusto PRADO y Cristián ANDRADE tienen opiniones disímiles. Por una parte, PRADO señala que el contrato de salud es un contrato aleatorio¹¹⁴, ya que éste se celebra sin conocer las consecuencias económicas que tendrán las partes que lo acuerdan, por lo tanto el “equivalente” del que habla el artículo 1441 de nuestro Código Civil sería una contingencia incierta.

¹¹² PRADO, Augusto. Ob. cit. p. 113.

¹¹³ ANDRADE, Cristián. Ob. cit. p. 17.

¹¹⁴ PRADO, Augusto. Ob. cit. p. 114-118.

Por otro lado, ANDRADE – opinión a la que este autor se suma - piensa que el contrato de salud es un contrato conmutativo, basándose principalmente en el argumento de que sólo respecto de esos contratos, las partes pueden, preliminarmente, “pronosticar si la convención les resultará beneficiosa, en cuánto y porqué”¹¹⁵. Por lo tanto, y siguiendo lo preceptuado por el artículo 1441, que señala que los contratos conmutativos son aquellos en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, “en el contrato de salud las obligaciones que se miran como equivalentes son las de asumir el riesgo de una contingencia y enterar la cotización, estimación totalmente subjetiva, toda vez que se puede dar el caso, no menos frecuente, que el afiliado cotice gran parte de su vida sin requerir atención médica alguna, sin embargo en todo ese lapso la isapre está cumpliendo su obligación”¹¹⁶.

iv) Es un contrato principal. Es decir, se trata de un contrato que subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención.

v) Es un contrato solemne. Es solemne, ya que según lo dispuesto en el artículo 1443 del Código Civil, para que se perfeccione es necesario cumplir con una solemnidad objetiva, exigida por la ley en atención a la naturaleza del acto.

Por lo tanto, “en el contrato de salud es indispensable que el consentimiento se exprese cumpliendo con la o las formalidades objetivas establecidas por la ley, y que en este caso exige que el consentimiento se

¹¹⁵ ANDRADE, Cristián. Ob. cit. p. 17.

¹¹⁶ Ibídem. p. 18.

materialice en la suscripción de ciertos documentos, que son necesarios para que la entidad pagadora de la pensión, el empleador o el mismo afiliado, según sea el caso, puedan enterar la cotización previsional en la isapre correspondiente”¹¹⁷.

vi) Es un contrato típico o nominado. O sea, “se trata de aquellos contratos que han sido expresamente reglamentados por el legislador o en leyes especiales. (...) El contrato previsional de salud se encuentra regulado esencialmente por el libro III del D.F.L. N° 1”¹¹⁸.

vii) Es un contrato de tracto sucesivo. Es decir, es de “aquellos contratos en que la relación contractual tiene permanencia en el tiempo. En el contrato de salud las obligaciones van naciendo y extinguiéndose sucesiva y periódicamente mientras esté en vigencia el contrato, de manera que cumplida una de las obligaciones, nace otra de la misma naturaleza y extinguida ésta, la próxima, y así sucesivamente”¹¹⁹.

viii) Es un contrato individual. Ello, porque “para cuyo nacimiento o formación es indispensable la manifestación de voluntad de todas las personas que resultan jurídicamente vinculadas”¹²⁰. En el caso del contrato de salud, es necesario que el afiliado elija, en primer lugar, la isapre a la cual desea

¹¹⁷ Ibídem. p. 19.

¹¹⁸ PRADO, Augusto. Ob. cit. p. 119.

¹¹⁹ ANDRADE, Cristián. Ob. cit. p.p. 19-20.

¹²⁰ PRADO, Augusto. Ob. cit. p. 119.

afiliarse, para que después la isapre consienta en su incorporación, por lo cual en estricto rigor, no existen los contratos de salud previsional”¹²¹.

ix) Es un contrato de adhesión. Es decir, el contrato de salud es de aquellos contratos “cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes (y) la otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas. En el contrato de salud, se hallan características distintivas que reconoce la doctrina para hablar de contrato de adhesión, (como lo son la) generalidad, permanencia, minuciosidad y desequilibrio del poder negociador de los contratantes”¹²².

x) Es un contrato dirigido. Por tanto, el contrato de salud es de “aquellos contratos normados por el legislador, ya que la reglamentación legal asume el carácter de imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato. En relación al contrato que nos convoca, “el legislador mediante las leyes N° 18.933 y N° 19.381 regula el contenido de éstos, con el fin de cautelar el derecho a la protección de la salud”¹²³.

xi) Es un contrato tipo. Debe señalarse que “un contrato tipo es aquel cuyo contenido y cuya forma se ha estandarizado, de suerte que se repite en múltiples contratos futuros, estandarización de la figura contractual que se efectúa por los sujetos de derecho y no por el ordenamiento. (...) En el

¹²¹ ANDRADE, Cristián. Ob. cit. p. 21.

¹²² Ibídem. p. 21-22.

¹²³ Ibídem. p. 23.

sistema isapre, cada institución estandariza su propio modelo de contrato. Esto sucede porque una parte del mismo se conforma por las cláusulas que contienen las normas mínimas ordenadas por la ley¹²⁴, y otra, por el contenido prescriptivo redactado discrecionalmente por cada isapre. Bien podría decirse que este conjunto de cláusulas constituyen las ‘condiciones generales’ del contrato”¹²⁵.

Cabe destacar, eso sí, que las denominadas ‘condiciones generales’ sólo son válidas para cada isapre, y que no existen tales condiciones de forma estandarizada para todo el sistema privado de salud de manera obligatoria, pese al anhelo de la Superintendencia de Salud, entidad que a través de la dictación de la Circular IF/Nº 12, de enero de 2006, intentó “promover en el sistema el uso de un texto uniforme de condiciones generales de los contratos de salud previsual que permita y favorezca el conocimiento de los beneficiarios de sus derechos y obligaciones¹²⁶”. Sin embargo, las Isapres no están obligadas a utilizar estas condiciones generales uniformes, sino que se pueden adherir al uso de ellas voluntariamente, lo cual constituye, a lo menos, un despropósito.

2.3) Sujetos de derecho en el contrato de salud

Cabe hacerse la pregunta, luego de lo explicitado líneas atrás, sobre quiénes son las partes del contrato de salud. Es decir, cuáles son las personas que concurren a su celebración.

¹²⁴ Véase el punto x) en relación a que el contrato de salud es un contrato dirigido.

¹²⁵ PRADO, Augusto. Ob. cit. p.p.123- 125.

¹²⁶ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Circular IF/Nº 12: Imparte instrucciones sobre condiciones generales uniformes para los contratos de salud previsual”. Santiago, 20 de enero de 2006.

“En el contrato previsional de salud son partes los siguientes sujetos de derecho:

- 1) Las instituciones de salud previsional; y,
- 2) Los sujetos de derecho (asegurados, afiliados, cotizantes) que libremente deciden contratar con estas instituciones”¹²⁷.

En cuanto a las instituciones de salud previsional, se puede decir que “se trata, sencillamente, de un asegurador, y para los efectos del contrato que nos ocupa, del único asegurador posible”¹²⁸.

Por otro lado, en cuanto a los sujetos de derecho que contratan con las Isapres, se puede señalar que para poder determinarlos, “debemos remitirnos al libro II del D.F.L. N° 1, sobre Régimen de Prestaciones de Salud (ex ley N° 18.469).

Por una parte, en esa norma se señala quiénes pasan a tener la calidad de afiliados al régimen general de prestaciones de salud que en ese mismo cuerpo legal establece. Y por otra, a este libro se remite a su vez el artículo 184 del D.F.L. N° 1, al preceptuar que son los afiliados al régimen que establece el citado Libro II quienes pueden hacer uso del derecho de opción y aportar su cotización para salud en alguna isapre, para lo cual deben suscribir un contrato”¹²⁹.

¹²⁷ PRADO, Augusto. Ob. cit. p.129

¹²⁸ Ídem. p. 129.

¹²⁹ Ibídem. p.130.

Por tanto, y en mérito de lo explicado, se puede concluir que los sujetos de derecho que contratan con las Isapres son: i) los trabajadores dependientes de los sectores público y privado; ii) los trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión; iii) las personas que coticen en cualquier régimen legal de previsión en calidad de imponentes voluntarios, y; iv) las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o por cesantía.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, cabe destacar que además de las Isapres y de los afiliados, existen sujetos de derecho que, pese a no ser parte del contrato de salud, pueden ser beneficiarios del mismo. Ello, por un mandato legal, ya que el artículo 202 inciso 1º de la Ley de Isapres señala que *“los contratos celebrados entre la institución y el cotizante deberán considerar como sujetos afectos a sus beneficios, a éste y a todos sus familiares beneficiarios indicados en las letras b) y c) del artículo 136 de esta ley”*.

Así las cosas, “debe entenderse por beneficiario al sujeto protegido que, por hallarse en situación de necesidad y reunir las condiciones exigidas legalmente, ostenta y ejercita un derecho actual, directo o derivado, a percibir las prestaciones de (...) salud pactadas en el contrato previsional (legales y convencionales)”¹³⁰.

Cabe concluir, por tanto, que los sujetos de derecho beneficiarios del contrato de salud son: i) el cotizante o afiliado que suscribe el contrato; ii) los familiares indicados en las letras b) y c) del artículo 136 del D.F.L. N° 1¹³¹, y;

¹³⁰ Ibídem. p.133.

¹³¹ Artículo 136.- Serán beneficiarios del Régimen:

iii) aquellas personas que sin tener los requisitos anteriores pueden ser incluidas en el contrato si así lo acuerdan las partes, que se denominan cargas médicas.

2.4) Contenido del contrato de salud

Respecto de esta materia, debe señalarse que en una primera instancia, desde que se comenzó a regular legalmente el contrato de salud, nunca se definió taxativamente cuál debía ser el contenido del mismo, existiendo un vacío legal que era utilizado por las Isapres al momento de contratar con los afiliados, generando en muchos casos situaciones de abuso de poder e injusticias por parte de dichas instituciones en contra de éstos.

La primera norma jurídica que reguló sistemáticamente el contenido del contrato fue la Circular N° 25, emitida por la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional con fecha 3 de agosto de 1995, la cual definió un contenido mínimo del contrato de salud, ya que, como se dijo, desde siempre la celebración de este tipo de contrato se ha regido por el principio de la autonomía de la voluntad.

-
- a) Los afiliados señalados en el artículo anterior;
 - b) Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a) y d) del artículo anterior (afiliados) 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 calidad y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar de un trabajador dependiente;
 - d) La mujer embarazada aún cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años de edad, para los efectos del otorgamiento a que alude el artículo 139;
 - e) 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;
 - f) Los causantes del subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020; y
 - g) Las personas que gocen de una prestación de cesantía de acuerdo a la Ley N° 19.728 y sus causantes de asignación familiar.

Cabe destacar que la citada Circular fue modificada por la Resolución Exenta N° 2263, dictada por la misma institución pública, con fecha 14 de octubre de 1997, a raíz de una serie de recursos de reclamación entablados en contra de la Circular en comento. Sin embargo, el contenido mínimo del contrato de salud fue posteriormente modificado por las Circulares N° 44 de 1988 (derogada por la Circular IF 6 de 2005), N° 57 de 2000, IF/N° 6 de 2005, IF/N° 38 de 2007 e IF/N° 40 de 2007, las tres últimas dictadas por la Superintendencia de Salud.

Asimismo, es importante resaltar lo dispuesto por la Circular IF/N° 12, de 20 de enero de 2006, dictada por la Superintendencia del ramo, la que estableció las Condiciones Generales Uniformes para los Contratos de Salud Previsional.

En mérito de lo anteriormente expuesto y de las normas citadas, se puede determinar como contenido de los contratos de salud, el siguiente:

- 1) Disposiciones generales¹³²
- 2) Plan de Salud¹³³
- 3) Beneficiarios¹³⁴

¹³² Lugar y fecha de celebración o modificación del contrato, individualización de las partes, documentos que forman parte del contrato, entre otras materias.

¹³³ Según el artículo 2 letra k) de la Ley N° 18.933, se refiere a cualquier beneficio o conjunto de beneficios adicionales a las Garantías Explícitas relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad contempladas en el Régimen de Garantías en Salud, implementado por la Ley N° 19.966, que se analiza más adelante.

¹³⁴ Son aquellas personas que están sujetas a los beneficios del contrato. ANDRADE, Cristián. *Obcit.* p. 32.

- 4) Prestaciones y beneficios¹³⁵
- 5) Exclusiones y otras restricciones¹³⁶
- 6) Precio del plan¹³⁷
- 7) Arancel referencial¹³⁸
- 8) Revisión del contrato¹³⁹
- 9) Obligaciones del cotizante¹⁴⁰
- 10) Causales de término del contrato¹⁴¹
- 11) Fiscalización y arbitraje¹⁴²
- 12) Fecha y firma de las partes contratantes
- 13) Declaración de salud¹⁴³

¹³⁵ Pueden ser de carácter convencional o legal. Los convencionales son aquellos libremente pactados entre el afiliado y la institución. Los legales son aquellos beneficios y prestaciones mínimas establecidas por ley en favor del afiliado.

¹³⁶ Las exclusiones son aquellas prestaciones que están excluidas de cobertura, no obstante estar vigente el contrato de salud previsional. ANDRADE, Cristián. Obcit. p. 40.

¹³⁷ El precio consiste en la cantidad de dinero que debe pagar el afiliado por la compra de un plan de salud destinado a cubrir sus gastos por la contingencia de enfermedad común. PRADO, Augusto. Obcit. p. 182.

¹³⁸ Puede decirse que consiste en un listado de todas las prestaciones que las Isapres otorgan a sus beneficiarios, individualizadas con un código, su nombre o glosa, y el valor que le asigna la institución, siendo el instrumento que considera para determinar el financiamiento de los beneficios. PRADO, Augusto. Obcit. p. 200.

¹³⁹ Facultad de la ISAPRE para revisar los contratos anualmente, en el mes de suscripción del mismo, a objeto de adecuarlo a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados a un mismo plan, con excepción de lo pactado en las condiciones particulares al momento de su incorporación a la ISAPRE. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. "Circular N° 25: Imparte instrucciones sobre los contratos de salud". Santiago, agosto 3 de 1995.p.p. 9-10.

¹⁴⁰ Los contratos de salud deberán mencionar las obligaciones del afiliado, indicando cuál o cuáles de éstas pueden constituir causal de término anticipado del mismo. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. "Circular N° 25: Imparte instrucciones sobre los contratos de salud". Santiago, agosto 3 de 1995.p.10.

¹⁴¹ Existen causales que pueden ser invocadas sólo por las Isapres, otras que sólo pueden invocar sólo los afiliados, por otro lado está el mutuo consentimiento y otras situaciones especiales.

¹⁴² En las condiciones generales de los contratos, deberá señalarse que las ISAPRE están afectas a la supervigilancia y control de la Superintendencia de Salud, reproduciendo en forma destacada lo dispuesto en el artículo 3 N° 5 de la Ley N° 18.933.

2.5) Marco Regulatorio

Definidas ya las líneas centrales que envuelven al contrato de salud previsional, tales como su concepto, sus características y sujetos intervinientes, corresponde ahora definir cuál es el marco regulatorio del mismo, para que durante este proceso, sea posible determinar cómo se ha avanzado, legislativamente, en torno a la regulación jurídica del contrato de salud, que es, por cierto, el objetivo de este acápite del tercer capítulo del presente trabajo.

Ahora bien, previo a indicar una por una las normas jurídicas que han regulado en el tiempo al contrato de salud, debe señalarse que el núcleo de toda la regulación normativa es el *derecho a la protección de la salud*, que se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 9¹⁴⁴. Digo que es el núcleo de toda la regulación normativa, ya que en dicho artículo se consagra un derecho de libre elección entre el sistema público y el sistema privado de salud en nuestro país, y como ya vimos, si se elige por el privado, la vinculación con éste se materializa en un contrato de salud, celebrado entre la isapre y el afiliado, “originalmente normado por el D.F.L. N° 3 de 1981, el que fue derogado y

¹⁴³ En la declaración de salud se consignarán aquellas enfermedades o patologías que le haya sido diagnosticadas médicamente a los beneficiarios, como también los demás antecedentes de médicos que solicite la ISAPRE. Asimismo, sólo en este documento se podrán establecer las condiciones particulares pactadas respecto de cada beneficiario al momento de su incorporación a la ISAPRE. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Circular N° 25: Imparte instrucciones sobre los contratos de salud”. Santiago, agosto 3 de 1995.p.14.

¹⁴⁴ Artículo 19 N° 9 CPR: El estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea éste estatal o privado”.

reemplazado por la Ley N° 18.933 de 1990¹⁴⁵, posteriormente modificada – en relación a la materia de los contratos de salud - por la Ley N° 19.381 de 1995, y luego por la Ley N° 20.015 de 2005.

Tal importancia tiene el artículo transcrito líneas mas abajo, que en el mismo sentido, encontramos a la ley N° 18.469, sobre Régimen de prestaciones de salud, que regula en su artículo 1¹⁴⁶ el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, el que quedó fijado como artículo 131 al momento de dictarse el D.F.L. N° 1.

De la misma forma, es importante prevenir que así como el derecho a la protección de la salud asegura un libre e igualitario acceso a las acciones de salud ya señaladas, los artículos transcritos también indican que para poder otorgar las prestaciones en salud, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. En torno a este tema, se puede señalar “que el mandato legal que obliga a cotizar e imponer para prestaciones de salud proviene de los decretos leyes N° 3.500 y 3.501”¹⁴⁷.

Así las cosas, tenemos que en materia regulatoria en relación a los contratos, el núcleo es el derecho a la protección de la salud, consagrado constitucional y legalmente. Por otro lado, existen una serie de leyes regulatorias del contrato de salud, como las mencionadas precedentemente. Sin perjuicio de lo anterior, no podemos obviar a una regulación

¹⁴⁵ PRADO, Augusto. Ob. cit. p.110.

¹⁴⁶ Artículo 1 Ley N° 18.469: El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse”.

¹⁴⁷ PRADO, Augusto. Ob. cit. p.110.

trascendental en esta materia, que es la realizada por la Superintendencia de Isapres en un inicio, y por la Superintendencia de Salud con posterioridad, instituciones las cuales a través de Resoluciones Exentas y Circulares han impartido instrucciones de diversa índole, haciendo uso de sus facultades normativas.

En efecto, “La labor cumplida por estas circulares ha sido de importancia fundamental, ya que han contribuido a esclarecer algunos aspectos oscuros y dudosos e incluso no previstos en la ley de Isapres, y que de no mediar la actividad de la Superintendencia del ramo habrían significado un atraso considerable del sector, en perjuicio tanto de los usuarios como de las mismas Isapres”¹⁴⁸.

Dicho lo anterior, a continuación se indicarán todas las normas jurídicas regulatorias de los contratos de salud a lo largo de la historia, en orden cronológico, para así poder determinar de mejor manera los avances respecto de ellas al momento de dictarse y adecuarse al ordenamiento jurídico.

i) *Decreto con Fuerza de Ley Nº 3*

Esta es la primera norma regulatoria de las Isapres. Fue publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1981, y fija normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios en salud, por instituciones de salud previsual.

¹⁴⁸ Ibídem. p.p.110-111.

Cabe destacar que este decreto fue dictado con posterioridad al Decreto Ley N° 3.500, que abrió la puerta al sistema privado de salud y a la existencia de las Isapres.

En cuanto a lo que nos convoca, en el Título IV relativo a las cotizaciones, el artículo 10 señala que *“Los trabajadores que opten por aportar su cotización para salud a alguna institución, deberán suscribir un **contrato** de acuerdo a lo establecido en los artículos 14 y siguientes de esta ley”*.

A su vez, el aludido artículo 14 inicia el Título V “De las prestaciones”, prescribiendo que *“Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios que regula esta ley, los trabajadores deberán suscribir un contrato con la institución de salud previsional que elijan. En este contrato las partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud. En todo caso, cualesquiera fuere lo convenido, el cotizante y las personas señaladas en el artículo 20¹⁴⁹ de esta ley, tendrán siempre la opción de atenderse por el sistema de medicina curativa de la ley N° 16.781, caso en el cual, la institución deberá pagar al Fondo la parte bonificada que contempla dicho sistema”*.

Como se puede apreciar, el D.F.L. N° 3 regula por primera vez al contrato de salud, indicando que es el medio por el cual el afiliado o cotizante podrá vincularse con alguna institución o isapre, con la finalidad de recibir las prestaciones médicas necesarias.

¹⁴⁹ Se refiere a los beneficiarios del contrato de salud.

En cuanto a la cotización, esta ley dispone el sistema que rige, en parte, en la actualidad. Esto es, que la cotización deberá ser descontada por parte del empleador, si se trata de un trabajador dependiente, y depositada por cuenta propia, si se trata de un trabajador independiente. Debe dejarse en claro que esta norma jurídica no regula como afiliado al pensionado.

Sin perjuicio de lo anterior, esta norma establece un sistema más complejo de recaudación, ya que si se analizan los artículos 11 y 12, se puede concluir que dicho sistema se inicia con el descuento que realiza el empleador al trabajador de la cotización. Luego, el empleador debe enterarla a la Administradora de Fondos de Pensiones a que se encuentre afiliado el cotizante. Finalmente, recaudados por dicha institución la cotización para salud, y los intereses y reajustes que correspondieren, ésta los pondrá a disposición de la respectiva institución, dentro de un plazo no superior a los 5 días.

Por otro lado, en materia de vigencia del contrato de salud, el artículo 18 en su inciso primero dispone que *“Los contratos a que hace referencia el artículo 14 de esta ley, deberán ser pactados por un plazo no inferior a 12 meses y no podrá desahuciarse unilateralmente por la Institución durante su vigencia, salvo incumplimiento por parte del cotizante de sus obligaciones contractuales. El cotizante podrá en todo tiempo y con una antelación no inferior a 30 días, desahuciar el contrato para lo cual bastará una comunicación a la Institución con copia al empleador, a la Administradora, Caja de Previsión correspondiente y al Fondo Nacional de Salud, quedando él y sus cargas afectos al régimen general de prestaciones y beneficios de salud que le correspondan en el Fondo”*.

Como se puede apreciar, se establece un plazo mínimo de duración del contrato de salud no inferior a 12 meses, y al mismo tiempo, se faculta al afiliado a poder dar término al mismo, sin necesidad de justificar su decisión. Asimismo, como contrapartida se trata de asegurar la protección al derecho a la salud, fijando la imposibilidad de que las Isapres puedan desahuciar unilateralmente el contrato, salvo que exista un incumplimiento por parte del cotizante. Esta regulación se mantiene hasta la actualidad.

Cabe destacar que este decreto con fuerza de ley envía a los afiliados, de manera obligatoria, al sistema público de salud, una vez desahuciado el contrato unilateralmente por ellos, restringiendo totalmente el derecho de libre elección de los mismos, no permitiendo que, habiéndose terminado el contrato de salud con una institución, se pueda iniciar uno nuevo con otra isapre. Debe mencionarse que esta es una de las diversas situaciones injustas que fueron modificadas con el paso del tiempo, como se verá más adelante.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, el D.F.L. que se analiza, dispone en su artículo 19 que *“Cuando el cotizante incurra en incumplimiento de las obligaciones contractuales, la institución podrá poner término al contrato comunicando por escrito tal decisión al cotizante, caso en el cual los beneficios mínimos garantizados en los artículos 14 y 15 de esta ley, seguirán siendo cargo de la institución hasta el término del mes siguiente a la fecha de su extinción o hasta el término de la incapacidad laboral”*. Ello, constituye un derecho para el afiliado, quien no será apartado del sistema privado de salud, como sucede en el caso que se analizó en el párrafo anterior.

Por otra parte, en cuanto a beneficiarios se trata, el artículo 20 prescribe que *“Los contratos celebrados entre la institución y el cotizante deberán considerar como sujeto afecto a los beneficios a éste y todas sus cargas familiares por las cuales reciba asignación familiar. Los beneficios del contrato se extenderán por el solo ministerio de la ley a todas las nuevas cargas que declare el cotizante y por las cuales perciba asignación familiar”*.

Como se puede ver, esta ley al regular la materia relativa a los beneficiarios, restringe sólo la posibilidad de que adquieran dicha calidad los familiares del cotizante, por los cuales éste reciba una asignación familiar, excluyendo de dicha condición a las personas que el cotizante, por voluntad propia, pueda declarar como beneficiario, las denominadas “cargas médicas” en la actualidad.

En conclusión, puede decirse que esta primera regulación en torno a los contratos de salud es bastante precaria, toda vez que puede apreciarse un carácter restrictivo en cuanto a los beneficiarios y al efecto que produce la terminación unilateral del contrato por parte del afiliado, y un carácter ineficiente en cuanto al contenido del contrato, al no regular explícitamente las obligaciones de las partes, y al establecer un régimen de recaudación de las cotizaciones muy engorroso. Sin embargo, debe destacarse la previsión de los legisladores de la época, ya que existen ciertas disposiciones que mantienen su vigencia en la actualidad, tales como la posibilidad de aportar voluntariamente por sobre la cotización legal o como las formas de poder dar término al contrato, como asimismo la situación regulada en el artículo 19, que presupone que la isapre da por terminado el contrato de salud.

ii) Ley N° 18.469

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1985, y tuvo por objetivo regular el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crear un régimen de prestaciones de salud.

Respecto de esta norma jurídica, debe decirse que no regula precisamente el contrato de salud de manera explícita. Cabe preguntarse, entonces, por qué señalamos a esta ley como regulatoria del contrato de salud. Pues bien, esta ley regula expresamente el derecho a la protección de la salud, ya analizado. Y, en ese sentido, crea un régimen general de prestaciones de salud, independiente de si es público o privado. La elección, ya sea por uno o por otro, es de parte del afiliado. Se trata, entonces, de una ley que crea un régimen de prestaciones de salud para todos los ciudadanos del país, asegurando el acceso a las mismas a todas las personas.

Más allá de lo anterior, el mérito de esta norma jurídica es el haber ahondado en temas que no fueron lo suficientemente tratados en el D.F.L. N° 3, tales como quiénes pueden ser afiliados¹⁵⁰ y beneficiarios¹⁵¹, y el

¹⁵⁰ Artículo 5: Tendrán la calidad de afiliados al Régimen:

- a) Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado.
- 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.
- d) Las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o por cesantía.

¹⁵¹ Artículo 6: Serán beneficiarios del Régimen:

- a) Los afiliados señalados en el artículo anterior.
- b) Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a) y d) del artículo anterior perciban asignación familiar.

establecer ciertas prestaciones médicas mínimas que deber ser otorgadas en ambos tipos de sistemas de salud¹⁵². Cabe destacar que en esta materia, se agrega como afiliado a los pensionados, y se especifica con precisión quiénes pueden ser beneficiarios.

Con posterioridad, la ley sobre Garantías en Salud¹⁵³ ayudó a complementar esta materia, lo cual será analizado con mayor profundidad más adelante.

Por último, la novedad que presenta esta ley respecto de la normativa que la antecede, es en materia de desafiliación del régimen, regulada en el Título III de la Ley N° 18.469. Al respecto, se había señalado anteriormente que el D.F.L. N° 3 derivaba de inmediato al sistema público de salud a aquellos afiliados cuyos contratos fueron terminados por las Isapres a las cuales estaban afiliados, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Pues bien, la ley en comento establece la misma situación bajo los mismos supuestos, pero al mismo tiempo permite que, en caso de que los contratos de salud celebrados con las Isapres terminen, el afiliado tendrá la

-
- 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.
 - d) La mujer embarazada aun cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años de edad, para los efectos de las prestaciones a que alude el artículo 9.
 - e) Las personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el decreto ley 869, de 1975.
 - f) Las personas que gocen de una prestación de cesantía de acuerdo a la ley N° 19.728 y sus causantes de asignación familiar.

¹⁵² Esta materia está regulada en el párrafo 1º del Título II, denominado “De las prestaciones”.

¹⁵³ Ley N° 19.966.

posibilidad de afiliarse a otra institución, no quedando obligado por el solo ministerio de la ley a regirse bajo el régimen público de salud.

iii) Ley N° 18.933

Como se indicó en el punto anterior, esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 12 de febrero de 1990, y tuvo por objetivo crear la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional (antecesora de la actual Superintendencia de Salud), dictar normas para el otorgamiento de prestaciones por isapre y derogar el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, analizado precedentemente.

Esta ley ya fue analizada en cuanto a materia de fiscalización se refiere. Sin perjuicio de ello, esta norma jurídica, al momento de su dictación, pasó a ser la piedra angular de la regulación jurídica del sistema privado de salud en nuestro país, ya que sistematizó todas las normas existentes sobre esa materia, perfeccionando varios tópicos, específicamente el relativo a los contratos de salud.

En ese sentido, la Ley en comento, en el párrafo tercero de su Título II, denominado “De la afiliación y las cotizaciones”, comienza a regular jurídicamente el contrato de salud, señalando en su artículo 29 inciso primero¹⁵⁴ que las personas que opten por aportar su cotización en una isapre deben suscribir un contrato de salud con dichas instituciones.

¹⁵⁴ Artículo 29: Los afiliados al régimen que establece la ley N° 18.469 que opten por aportar su cotización para salud a alguna institución, deberán suscribir un contrato de acuerdo a lo establecido en esta ley.

En realidad, esta ley regula los contratos de salud siguiendo las líneas trazadas previamente por el D.F.L. N° 3, y en función de resumir con sentido pedagógico la información pertinente, se puede decir que las mejoras realizadas a dicha norma son las siguientes:

- a) Mejora el sistema de pago de las cotizaciones¹⁵⁵, eliminando el paso en que el empleador, luego de descontarle la cotización al afiliado, debía pagarle a la Administradora de Fondos de Pensiones, para que luego ésta pagara a la isapre correspondiente, instaurando un sistema de pago mucho más sencillo, donde el empleador le descuenta su cotización al afiliado para enterarla en la isapre pertinente.
- b) En cuanto a la duración del contrato de salud, el inciso primero del artículo 33¹⁵⁶ señala que éstos serán de plazo indefinido, alejándose del plazo mínimo que establecía de 12 meses regulado por el D.F.L. N° 3. El mismo artículo en su inciso segundo¹⁵⁷, establece que el contrato de salud contará con dos partes, en relación a los beneficios y prestaciones a otorgar. Primero, una regulada plenamente por la autonomía de la voluntad, donde

¹⁵⁵ Artículo 30 inciso primero: Las cotizaciones para salud de quienes se hubieren afiliado a una institución de salud previsional, deberán ser declaradas y pagadas en dicha institución por el empleador, entidad encargada del pago de la pensión, trabajador independiente o imponente voluntario, según el caso (...).

¹⁵⁶ Artículo 33 inciso primero: Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 29 deberán suscribir un contrato de plazo indefinido, con la institución de salud previsional que elijan.

¹⁵⁷ Inciso segundo: En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento. Con todo, los referidos contratos deberán comprender, como mínimo, las prestaciones que allí se señalan.

afiliado e isapre podrán determinar libremente las prestaciones y beneficios a otorgar, y otra parte en donde se le aseguran al afiliado ciertas prestaciones mínimas, por el sólo ministerio de la ley.

- c) En relación a lo indefinido de la duración de los contratos, el inciso primero del artículo 38 reafirma el principio antes señalado. Al mismo tiempo, este artículo es tremendamente relevante, ya que presenta varias novedades. En primer lugar, en cuanto al término del contrato, señala que sólo podrán dejarse sin efecto por incumplimiento de obligaciones contractuales o por mutuo acuerdo. Esto último, es totalmente nuevo, ya que permite que por autonomía de la voluntad, las partes del contrato de salud puedan darlo por terminado. A lo anterior, se agrega una obligación para la isapre, en el contexto del término del contrato: deberá ofrecer un nuevo plan al afiliado si ello es requerido por éste, en situaciones que allí se individualizan.
- d) En segundo lugar, se dota a las instituciones de salud previsional de una facultad tremendamente relevante: las Isapres podrán revisar anualmente los contratos de salud. Cabe destacar que esta facultad fue inicialmente regulada de manera ineficiente, por lo que fue objeto de múltiples reclamos, ya que no se dictaron restricciones o limitantes para el ejercicio de esta facultad por parte de las Isapres, situación que fue subsanada posteriormente con la dictación de la Ley N° 20.015, que se analizará más adelante.
- e) Por último, otro aspecto en que la Ley N° 18.933 presenta una mejora en relación a la normativa que le antecede, es en la especificación de los incumplimientos contractuales cometidos por el cotizante, por los cuales las isapre pueden dejar sin efecto el

contrato de salud que mantienen con los afiliados. Lo anterior se regula en el artículo 40¹⁵⁸.

iv) Ley N° 19.381

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 13 de abril de 1995, y tuvo por objetivo modificar la Ley N° 18.933, “para perfeccionar el sistema y los contratos de salud previsional” (...), ya que “las modificaciones que se proponen en este proyecto importan un mejoramiento del sistema de Isapres y la pronta aplicación de ellas apuntan a solucionar problemas urgentes y redundarán en un beneficio directo de los usuarios del mismo, contribuyendo de un modo significativo a hacer realidad el ejercicio del derecho a la protección de la salud, garantizado por la Constitución Política a todas las personas”¹⁵⁹.

Esta ley, por tanto, modifica en varios aspectos a su antecesora, la ley N° 18.933. Sin embargo, para ser más sintéticos, me referiré sólo a las reformas en cuanto a contratos de salud se refiere.

¹⁵⁸ Artículo 40: La institución sólo podrá poner término al contrato de salud cuando el cotizante incurra en alguno de los siguientes incumplimientos contractuales:

- 1) Falsear o no entregar de manera fidedigna toda la información en la declaración de salud, en los términos del artículo 33 bis, salvo que el afiliado o beneficiario demuestren justa causa de error.
- 2) No pago de cotizaciones por parte de los cotizantes voluntarios e independientes, tanto de aquellos que revistan tal calidad al afiliarse como los que la adquieran posteriormente por un cambio de situación laboral.
- 3) Impetrar formalmente u obtener indebidamente para él o para alguno de sus beneficiarios, beneficios que no les correspondan o que sean mayores a los que procedan.
- 4) Omitir del contrato a algún familiar, beneficiario de los indicados en las letras b) o c) del artículo 6 de la ley N° 18.469, con el fin de perjudicar a la Institución de Salud Previsional.

¹⁵⁹ HISTORIA DE LA LEY N° 19.381, Biblioteca del Congreso Nacional. “Mensaje del Ejecutivo”. 1994.

En ese sentido, las principales modificaciones que el proyecto introduce a la ley N° 18. 933, son las siguientes:

- a) Se agrega el artículo 32 bis, que “es, sin duda, uno de los avances importantes en que ha existido consenso, ya que se refiere al destino de los excedentes de cotización, esto es, aquellas sumas de dinero que están por sobre el precio convenido inicialmente. El fundamento es que esos excedentes sean de propiedad del afiliado y que éste los pueda utilizar, básicamente, en mejorar el financiamiento que su ISAPRE le otorga respecto de las prestaciones de salud que recibe”¹⁶⁰.
- b) Se modifica el artículo 33, con el objetivo de “limitar las restricciones a la cobertura que las ISAPRE pueden pactar con sus afiliados, sobre todo en lo relativo a la cobertura de las enfermedades preexistentes declaradas y al embarazo. Además, se agrega un inciso final que se refiere a la unidad en que deberá expresarse el precio del plan, el arancel y los límites de las prestaciones o beneficios, con el objeto de propender a una mayor transparencia del mercado y a posibilitar una eficaz elección de la ISAPRE por parte del afiliado”¹⁶¹.
- c) Se agrega el artículo 33 bis, “que se refiere al tratamiento que deben tener las exclusiones de cobertura, circunscribiéndolas sólo a las que allí se mencionan”¹⁶².

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 6.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 7.

¹⁶² *Ibíd.* p. 7.

- d) Se modifican los artículos 35 y 37, que “se refieren a los beneficios mínimos que las ISAPRE deben otorgar”¹⁶³, ampliándolos respecto de la mujer embarazada y el hijo nacido hasta los 6 meses de edad y hasta los 6 años del niño.
- e) Se reforma el artículo 38, que “trata de las modificaciones que pueden introducirse a los contratos de salud, en la perspectiva de que son de carácter indefinido. En este sentido, se otorga una mayor libertad al afiliado para poder desahuciarlo, se especifican los efectos de la negativa del afiliado a las modificaciones propuestas por la ISAPRE, así como se establece una norma que obliga a las ISAPRE a mantener la misma relación de precios existente al momento de la incorporación del afiliado a ella”¹⁶⁴.

Por último, cabe destacar que respecto de esta ley, la antigua Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, haciendo uso de sus facultades normativas que le concede la Ley N° 18.933 en su artículo 3, con fecha 3 de agosto de 1995, dictó la Circular N° 26, con la finalidad de impartir instrucciones sobre su implementación. Su contenido se refiere, básicamente, a especificaciones respecto de plazos que se señalan en la ley, y precisiones respecto de las novedades señaladas con anterioridad.

v) Circular N° 25

En cuanto a esta norma jurídica de carácter administrativo, me remitiré a lo dicho en el punto d) de este acápite, relativo al contenido de los contratos de salud.

¹⁶³ Ibídem. p. 7.

¹⁶⁴ Ibídem. p. 7.

vi) Circular N° 26

En cuanto a esta norma jurídica, me remitiré a lo señalado en el último párrafo relacionado a la Ley N° 19.381.

vii) Circular N° 36

Esta disposición normativa fue emitida por la Superintendencia de Isapres el 22 de julio de 1997, y su objetivo fue impartir instrucciones sobre procedimientos de suscripción, adecuación, modificación y terminación de contratos, junto con derogar la Circular N° 8 de 1991.

El mérito de esta Circular se refiere a regular con precisión el proceso de afiliación o suscripción del contrato de salud, definiendo conceptos relevantes para tales efectos, señalando cuáles son los documentos obligatorios que deben presentarse ante las instituciones, como asimismo regular minuciosamente los procesos de adecuación y término de los contratos de salud, determinando cuáles son las obligaciones de las partes en cada uno de ellos, y cuáles son las causales para poder dejar sin efecto a dichos contratos. Junto con lo anterior, y con la finalidad de establecer un contenido homogéneo y mínimo para los contratos de salud, y para hacer estos procesos más transparentes, se anexan ciertos documentos que tienen relación con la regulación descrita, como por ejemplo, una carta de adecuación.

Por último, cabe destacar que esta Circular N° 36 fue modificada por la Resolución Exenta N° 2500, dictada por la Superintendencia de Isapres el

18 de noviembre de 1997, en virtud de una serie de recursos de reposición interpuestos por diversas instituciones de salud.

viii) Ley N° 19.895

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial con fecha 28 de agosto de 2003, y su objetivo fue establecer diversas normas de solvencia y protección de personas incorporadas a instituciones de salud previsional, administradoras de fondos de pensiones y compañías de seguros.

Debe advertirse que esta ley es extensamente analizada en el tercer punto de este capítulo, por lo que el análisis que se realizará en este acápite será breve y meramente atinente a lo relacionado con las modificaciones que esta disposición legal realizó en materia de contratos de salud.

Básicamente, el objeto de esta ley fue dotar a la Superintendencia de la potestad de conocer los hechos relevantes que afectan o pudieren afectar a las Isapres, dentro de los cuales, se consideran una serie de operaciones comerciales, tales como la adquisición de la propiedad de otras instituciones de salud, o en la participación de éstas con el fin de controlarlas, sin llegar a la fusión entre ellas.

Por tanto, se intenta proteger de una mejor manera a los afiliados al sistema privado de salud, quienes se ven obligados a retirarse de éste y afiliarse al sistema público, atendidas ciertas circunstancias que se singularizan en el mensaje del proyecto de ley, tales como la cancelación del

registro de una isapre, el traspaso de la cartera de clientes de una institución a otra o la declaración de quiebra de una de ellas

. El resultado de todo lo anterior, es la creación de un régimen de supervigilancia y control, que estará a cargo de la Superintendencia del ramo, y que tendrá por finalidad evitar esas situaciones, ya no permitiendo la derivación automática al sistema público de salud de los afiliados afectados por las situaciones descritas anteriormente, sino que obligando al resto de las Isapres a hacerse cargo de esos cotizantes, asegurándoles condiciones igualitarias de contratos de salud, protegiendo de mejor manera el derecho a la salud consagrado en nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional.

Así las cosas, las principales modificaciones realizadas por esta norma jurídica a la Ley N° 18.933, que para estos efectos importa destacar, son las siguientes:

- a) Se agrega el artículo 44 bis, que en su inciso primero¹⁶⁵ obliga a las Isapres a informar todo hecho relevante a la Superintendencia, con la finalidad de que ésta fiscalice y vigile sus operaciones y negocios, para evitar que en el transcurso de ellas, se transgredan los derechos de los afiliados.
- b) Se agrega el artículo 44 ter, que al regular la operación de transferencia de la totalidad de los contratos y cartera de afiliados de una isapre a otra u otras, señala que dicha operación no deberá implicar discriminación entre los beneficiarios ya sea por

¹⁶⁵ Artículo 44 bis inciso primero: Las instituciones deberán comunicar a la Superintendencia todo hecho o información relevante para fines de supervigilancia y control, respecto de ellas mismas y de sus operaciones y negocios.

edad, sexo, cotización pacta o condición de cautividad. Agrega en su inciso segundo, que la transferencia no podrá, en caso alguno, afectar los derechos y obligaciones que emanan de los contratos de salud cedidos, imponer a los afiliados y beneficiarios otras restricciones que las que ya se encontraran vigentes en virtud del contrato que se cede, ni establecer la exigencia de una nueva declaración de salud.

- c) Se modifica el artículo 46, que regula la facultad que tiene la Superintendencia de cancelar el registro de una Isapre en ciertos casos que allí se señalan. La importancia de este artículo, radica en que se cambia la solución que existía con anterioridad, que consistía en que el afiliado, una vez cancelado el registro de la isapre, pasaba a regirse automáticamente por el sistema público de salud. Bajo el nuevo artículo 46, el afiliado no sólo tiene el derecho de elegir a que isapre cambiarse, sino que puede desahuciar los contratos vigentes con la institución cuyo registro se cancela, aun cuando no haya transcurrido el plazo previsto en la ley para ello.
- d) Por último, cabe destacar el nuevo artículo 47, que en el mismo sentido de lo analizado hasta ahora, señala que frente a cualquiera de las situaciones anteriormente descritas, si el afiliado optare por otra institución, celebrando un nuevo contrato, éste surtirá efecto de inmediato, eliminando cualquier tipo de traba o discriminación por parte de esta nueva institución.

ix) Ley N° 19.937

Como se analizó extensamente en el primer punto de este capítulo, esta ley tuvo como principal mérito el haber creado la Superintendencia de Salud, institución que fiscaliza a todo el sistema de salud chileno.

Como se puede apreciar, esta norma no modifica de manera directa los contratos de salud, sino que más bien el efecto de esta ley sobre ellos radica en las facultades que, a partir de su dictación, goza la Superintendencia del ramo para poder fiscalizar a las Isapres en el cumplimiento de sus obligaciones, y, principalmente, en la facultad de poder dictar instrucciones de carácter general que permitan la mayor claridad en las estipulaciones de los contratos de salud y en otras relativas a la debida protección de los derechos de los afiliados, que ya fueron extensamente analizadas con anterioridad, por lo que respecto a ello, me remitiré expresamente a lo dicho en el primer acápite de este capítulo.

x) Ley N° 19.966

Previo a señalar cuáles son las principales modificaciones que esta ley aplica a la materia de los contratos de salud, se debe advertir que esta disposición legal es extensamente analizada en el tercer punto de este capítulo, como parte integrante de la gran reforma a la salud, impulsada en la primera década del nuevo milenio.

Cabe destacar, que esta ley implementó en nuestro ordenamiento jurídico un Régimen General de Garantías en Salud, por lo que es conocida

como la Ley AUGE. Básicamente, a raíz de esta norma el Estado se obliga a proporcionar una serie de prestaciones a las cuales todo ciudadano tiene derecho a acceder y reclamar, ya sea en el sistema público de salud o en el privado.

En ese sentido, y para explicar estas modificaciones de forma más esquemática y didáctica, los principales cambios a la Ley N° 18.933 impulsados por la ley en comento, son los siguientes:

- a) En el artículo 33, se agrega como contenido mínimo de todo contrato de salud, a las garantías explícitas relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad contempladas en el Régimen General de Garantías en Salud, en conformidad a lo dispuesto en la ley que establece dicho régimen, es decir, la Ley N° 19.966. Por lo tanto, todo lo libremente convenido por el afiliado con la ISAPRE al momento de celebrar el contrato de salud, deberá quedar plasmado en el plan de salud.
- b) El artículo 33 bis regula ciertos límites en cuanto a beneficios que se pueden pactar en el plan de salud complementario, y las exclusiones que se pueden convenir.
- c) En el párrafo 5° del Título II de la Ley, se regulan ciertas obligaciones que las instituciones de salud previsual deben cumplir, como la prevista en el artículo 42 A, a saber, la de asegurar a los cotizantes y sus beneficiarios las garantías explícitas en salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad contempladas en el régimen general de garantías en salud, o como la contemplada en el artículo 42 B, de asegurar las garantías explícitas en salud a contar del primer día

del sexto mes siguiente a la publicación del decreto que contemple dichas garantías.

- d) Por último, cabe destacar que, en la misma sección de la ley en comento, también se estipulan derechos para los afiliados, como el regulado en el artículo 42 E, en virtud del cual el afiliado podrá desahuciar el contrato de salud dentro de los sesenta días siguientes a la entrada en vigencia de las garantías explícitas en salud o de sus posteriores modificaciones.

xi) Ley N° 20.015

Como se analiza más adelante, esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2005, y tuvo por objetivo el modificar la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional.

Básicamente, esta ley tuvo como objetivo el regular situaciones que creaban situaciones de riesgo para los afiliados y beneficiarios, como por ejemplo la contingencia que se producía al fallecer el cotizante, en virtud de lo cual sus beneficiarios quedaban totalmente desprotegidos, y la isapre a la que estaban vinculados los dejaba de cubrir en su totalidad. Otra situación crítica, se producía cuando el beneficiario de un contrato de salud pasaba a ser cotizante, ya que muchas veces se le exigía una nueva declaración de salud, y por ende, condiciones diversas para poder adscribirse a la institución de la que formaba parte. Por último, otra situación a destacar, es la de los cotizantes cautivos, que se producía en el proceso de adecuación de contratos, ya que la isapre, al subir mucho el precio del contrato de determinado afiliado, éste se veía forzado a abandonar el sistema privado de salud y quedar desprotegido en cuanto a sus derechos.

En mérito de lo expuesto, y con la sola finalidad de sintetizar las modificaciones que esta ley introdujo en la Ley N° 18.933 en materia de contratos de salud, podemos decir que éstas son las siguientes:

- a) Modifica el artículo 38, que regula el proceso de adecuación de los contratos de salud, ciñendo a este proceso a las limitaciones que prevee para ello el artículo 38 bis, creado por esta Ley.
- b) En relación a la determinación de los precios de los planes de salud por parte de las Isapres, la ley en comento crea el artículo 38 ter, que señala que las Isapres deberán aplicar los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores¹⁶⁶, lo cual, constituye una limitante para las instituciones en el desarrollo de este proceso.
- c) Se modifica el artículo 41, que en su inciso final regula la situación en que un beneficiario pasa a ser cotizante, otorgándole el derecho de optar por permanecer en la isapre celebrando un contrato de acuerdo a lo establecido en esta ley, quien estará obligada a suscribir el citado contrato, y a ofrecerle lo planes de salud en actual comercialización, en especial aquellos cuyo precio se ajuste al monto de su cotización legal, sin que puedan

¹⁶⁶ El artículo 2 letra n) de la Ley N° 18.933 define a la tabla de factores como aquella tabla elaborada por la Isapre 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 omento 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.

imponérsele otras restricciones que las que ya se encuentren vigentes ni exigírsele una nueva declaración de salud.

- d) Por último, podemos citar como gran modificación en torno a la materia de contratos de salud, la incorporación del artículo 41 bis, que regula la situación en que quedan los beneficiarios de un contrato de salud, cuando el cotizante fallece, estableciendo que las Isapres deberán obligatoriamente mantener, por un período no inferior a un año contado desde el fallecimiento, todos los beneficios del contrato de salud vigente a la fecha en que se verificó tal circunstancia. El citado artículo establece las reglas que rigen este beneficio.

xii) Circular IF/Nº 2

Esta disposición normativa fue dictada por la Superintendencia de Salud con fecha 27 de abril de 2005, en virtud de la cual dicha institución imparte instrucciones sobre el ajuste de los contratos de salud a la Ley Nº 19.966.

Básicamente, esta circular especifica el alcance de las modificaciones que dicha ley introdujo en los contratos de salud, y determina desde cuando se entenderán incorporados los derechos y obligaciones relativos a las garantías explícitas en salud según el tipo de contrato de salud que se trate y según la fecha en que éste se haya celebrado. Asimismo, aclara cómo se realizarán las prestaciones a través de la red de prestadores, y como funcionará el sistema para tales efectos. Por último, esta norma jurídica incluye dos anexos. El primero, se refiere a las condiciones para acceder a

la cobertura de las garantías explícitas en salud, y el segundo, trata el examen de medicina preventiva.

xiii) Circular IF/Nº 9

Esta Circular fue dictada por la Superintendencia de Salud con fecha 9 de agosto de 2005, con el objetivo de impartir instrucciones sobre la implementación de la Ley N° 20.015.

En términos simples, esta disposición legal aclara temas tratados por la citada ley, como por ejemplo el procedimiento de adecuación de los contratos, la tabla de factores que las Isapres utilizarán a partir de la dictación de la misma para determinar los precios de los planes de salud, y determina la vigencia de situaciones especiales dispuestas en dicha norma jurídica.

Cabe destacar que esta norma jurídica fue modificada por la Circular IF/Nº 19, de fecha 5 de mayo de 2006, respecto del punto 3.1.5, que no representa un cambio sustancial respecto del fondo que se regula en ella.

xiv) Circular IF/Nº 12

Esta Circular fue dictada con fecha 20 de enero de 2006 por la Superintendencia del ramo, con el objetivo de impartir instrucciones sobre condiciones generales uniformes para los contratos de salud previsual, “con el fin de promover en el sistema el uso de un texto uniforme de

condiciones generales de los contratos de salud previsional que permita y favorezca el conocimiento de los beneficiarios de sus derechos y obligaciones, evitando diferenciaciones que no agregan valor a la oferta de las instituciones”¹⁶⁷.

Cabe destacar que la dictación de esta Circular es un notable avance en materia de unificación en el sistema de salud por parte de la Superintendencia de Salud. Sin embargo, ese noble espíritu queda corto, ya que la misma Circular en su punto 3, señala que la adhesión a estas condiciones generales uniformes es voluntaria para las Isapres, lo cual constituye un despropósito en relación a la intención de la Superintendencia al momento de dictarla.

xv) Circular IF/ N° 80

Fue dictada con fecha 13 de agosto de 2008, y tiene por mérito crear un compendio de normas administrativas de la Superintendencia de Salud en materia de instrumentos contractuales.

Para dictar esta circular, la Superintendencia del ramo se inspiró “en su misión de promover relaciones transparentes y equitativas entre usuarios y seguros, con el propósito de generar regulación que garantice los derechos de los usuarios y promueva la competencia”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Circular IF/N° 12: Imparte instrucciones sobre condiciones generales uniformes para los contratos de salud”. p.1.

¹⁶⁸ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Circular IF/N° 80: Compendio de normas administrativas de la Superintendencia de Salud en materia de instrumentos contractuales”. p. 1.

Cabe destacar que este compendio ha sido actualizado mediante la dictación de las Circulares IF/Nº 97 e IF/Nº 105, de fechas 24 de junio y 22 de septiembre respectivamente, ambas del año 2009.

Hemos visto a lo largo de este acápite qué es un contrato de salud, sus características, contenido y quiénes son los sujetos de derecho que participan en el, junto con la regulación jurídica que lo ha regido desde sus inicios y hasta estos tiempos. En efecto, se indicaron cuáles fueron las normas jurídicas, ya sea leyes ya sea circulares o decretos con fuerza de ley, las que han constituido el marco regulatorio de los contratos de salud en la historia, y cuáles son las principales modificaciones que cada una de ellas introdujo en ellos.

A continuación, se dará paso al tercer acápite de este último capítulo, donde se analizarán las principales propuestas legislativas de reforma en relación al sistema de salud en nuestro país, donde tendrán nuevos comentarios algunas de las leyes analizadas en este punto, pero que serán más profundizados por el objetivo que representa el siguiente tema.

3.- Propuestas sobre reformas legales al sistema.

Nuestro país, desde que instauró su sistema de salud, lo ha ido modificando con grandes transformaciones a lo largo de la historia. Ejemplo de ello son las numerosas leyes que fueron individualizadas y analizadas en

el primer capítulo de este trabajo. Por otro lado, cada reforma legal ha tenido diversos fundamentos, lo que también ha sido objeto del presente estudio, tal como consta en el segundo capítulo, donde se analizaron los fundamentos dogmáticos en la instauración del actual sistema de salud que rige en Chile.

Asimismo, a través del presente capítulo, también se han analizado diversas normas jurídicas que han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo, denostando una necesidad de cambio, una urgencia de reforma, a causa de la movilidad social, que obliga a los gobiernos de turno, a transformar diversas esferas, para poder corregir las deficiencias que posee el sistema en ese momento, y en definitiva, mejorar la calidad de vida de sus gobernados.

En efecto, “la reforma en salud es un proceso de cambios importantes en las diferentes instancias y funciones del sector, con el propósito de aumentar la equidad en el acceso a la salud, la eficiencia en el uso de los recursos y la efectividad de las actividades de salud, para con ello, satisfacer las necesidades de salud de la población, en particular de los más pobres. Todo ello en forma planificada, es decir, el período de reforma se caracteriza por ser una fase, intencionada, de transformación intensa del sector, sujeta a un período de tiempo determinado”¹⁶⁹.

A mayor abundamiento, “las reformas de salud, pueden ser definidas como procesos orientados a introducir cambios sustantivos en diferentes

¹⁶⁹ SUPERINTENDENCIA DE SALUD, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y DESARROLLO. “Evaluación de la reforma de salud y situación del sistema Isapres. Diseño metodológico y definición de líneas basales”. Marzo de 2007. p.2. [en línea] http://www.supersalud.gob.cl/568/articles-2727_recurso_8.pdf > [Consulta: 22 de agosto 2012]

instancias, niveles y funciones del sector, a través de estrategias y acciones, con el fin último de satisfacer mejor las necesidades de salud de la población¹⁷⁰.

En mérito de lo expuesto, se puede concluir que cada proceso de reforma, tiene como finalidad el mejorar una serie de defectos que están presentes en un sector de la gama de servicios que un Estado de Derecho brinda a la ciudadanía. Pasan a constituir, entonces, los procesos de reforma, un imperativo ético, moral y legal para todo gobierno, el ir mejorando los servicios ya indicados.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, y al ser, como ya se dijo, los procesos de reforma, un imperativo para cada Estado, estos procesos “han marcado los sistemas de salud en la mayoría de las regiones del mundo, durante al menos las últimas dos décadas. Los contenidos de las reformas propuestas, y los procesos en sí, se han desarrollado, en relación a características particulares de cada región y país, y acorde con el contexto político, económico y social de cada uno. Aún a pesar de esto, se observan características comunes entre distintas regiones y países en el mundo, que responden fundamentalmente a los modelos económicos imperantes durante estas décadas, y a las reformas del estado en su conjunto, que ellos conllevan”¹⁷¹.

Ahora bien, continuando la idea precedente, se puede decir que “en términos generales, las razones que han impulsado los procesos de reforma del sector salud, pueden agruparse en ámbitos comunes, a saber, a)

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 3

¹⁷¹ *Ibíd.* p. 3.

aspectos relacionados con características de la población, como cambios demográficos, necesidades de salud cambiantes y expectativas crecientes por parte de la ciudadanía, b) aspectos relacionados con los sistemas de salud existentes, como costos crecientes, cambios tecnológicos, eficacia y eficiencia, c) aspectos ideológicos, relativos a la conveniencia de ciertos principios económicos en la organización de los sectores de seguridad social en general, y en la salud en particular, como por ejemplo mercados, y el incentivo a la competencia, d) finalmente, se observa un ámbito a nivel normativo, de principios rectores para el sector salud, como la disminución de las desigualdades del estado de salud y la equidad/inequidad frente a la satisfacción de las necesidades de salud de los diferentes grupos de población, entre otros¹⁷².

Por tanto, cada país, cada Estado, y en virtud de la alta movilidad social, y la rapidez con que el mundo y sus características cambian, se han visto en la obligación de ir modificando los diversos ámbitos de sus servicios, en especial el área de la salud, en mérito de las razones que se analizaron anteriormente.

De esta forma, “cualesquiera sean las razones, los gobiernos de diferentes países se han dado a la tarea de revisar sus sistemas de salud, y a buscar nuevas alternativas de financiamiento, organización y provisión de las atenciones de salud, para dar respuesta a las necesidades de salud de sus poblaciones en un mundo cambiante, y Chile, no ha sido la excepción”¹⁷³.

¹⁷² *Ibíd.* p. 3.

¹⁷³ *Ibíd.* p. 3.

Así las cosas, ya definido el proceso de reforma como tal, determinadas las características principales de este proceso, y las razones principales que se tienen en vista al momento de iniciar una etapa de reforma, especialmente en el área de la salud, pasamos a definir los lineamientos principales del presente punto de este tercer y último capítulo.

El presente acápite, tiene el objetivo de estudiar, describir y analizar las diversas propuestas de reforma que se han planteado a lo largo del tiempo para modificar el sistema de salud chileno. Principalmente se individualizará la propuesta de reforma impulsada durante el gobierno del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar, constituida por un conjunto de iniciativas legales y proyectos de ley que conforman la gran reforma a la salud, la cual introdujo cambios significativos en nuestro sistema de salud que rigen en la actualidad. Lo anterior será apoyado y corroborado por una serie de propuestas realizadas por diversos especialistas del área, quienes en diferentes épocas aconsejaron modificar la institucionalidad vigente en aquel entonces, y cuyas opiniones fueron consideradas en las diversas modificaciones que se le realizaron al sistema de salud chileno.

Para poder cumplir con lo dicho anteriormente, primero se pasará a describir una breve reseña histórica, que trata sobre los diversos cambios que ha sufrido nuestro sistema de salud en la historia, para luego pasar a analizar las diversas propuestas legales que conforman la gran reforma a la salud a la que se hizo alusión en el párrafo anterior.

3.1) Breve reseña histórica

Es sabido que las circunstancias hacen los grandes cambios. Es decir, deben conjugarse una serie de factores para que se provoque un cambio de proporciones, de la índole que sea. Lo anterior, sumado a la voluntad política del gobierno de turno, generará el contexto propicio para darle forma al cambio requerido por la ciudadanía. De ello, por tanto nacerá un nuevo producto social, como por ejemplo, la salud.

En efecto, “la salud es un producto de la vida en sociedad. Por ello, cada época y cada sociedad tienen su particular estado de salud, generado por la combinación de factores que hacen posible incrementar el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos.

La interacción de esos factores no ha sido históricamente dejada al azar, sino muy por el contrario, han sido políticas pro-activas de los gobiernos las que han permitido identificarlos, a fin de implementar acciones que permitan controlarlos.

En nuestro país en particular, fue la decidida acción del Estado la que permitió alcanzar los indicadores de salud de los que hoy disfrutamos. Por lo mismo, debemos hacer un nuevo esfuerzo para satisfacer las necesidades crecientes que nuestra misma evolución ha generado”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ HISTORIA DE LA LEY Nº 19.966, Biblioteca del Congreso Nacional. “Mensaje del Ejecutivo”. 2002. p.p. 7-8.

En virtud de lo anterior, se estima altamente pertinente analizar brevemente la historia torno a nuestro sistema de salud y sus características circunstanciales, respecto de cada época, a partir de los años cincuenta. Ello, para los efectos de tener más claro el panorama previo a realizar el análisis de la gran reforma a la salud, citada precedentemente.

A continuación, y como se señaló en el párrafo anterior, procederé a analizar el sistema de salud que ha regido en nuestro país, separadamente por décadas, a partir de los años cincuenta¹⁷⁵.

La década de los cincuenta

Hace sesenta años, Chile dio un gran salto con la creación del Servicio Nacional de Salud, que significó la ampliación del acceso a los beneficios sanitarios y el establecimiento de una estructura nacional que definió la responsabilidad del Estado en Salud Pública.

En ese momento, el país supo definir sus prioridades sanitarias y ordenar sus recursos para proteger eficazmente la salud de la madre y el niño y controlar las enfermedades infecciosas. La solidez y fortaleza del Servicio Nacional de Salud no sólo permitió mejorar la salud de la población, sino que generó una profunda vinculación entre el quehacer sanitario y el respaldo ciudadano.

¹⁷⁵ A partir de este punto, la información se extrae de HISTORIA DE LA LEY Nº 19.966, Biblioteca del Congreso Nacional. “Mensaje del Ejecutivo”. 2002. p.p. 8-9.

La década de los ochenta

A partir de 1981, el sistema de salud y la cultura sanitaria se debilitaron. Ello obedeció, por una parte, a su fragmentación, resultado del traspaso de la atención primaria a los municipios, y por otra, a su segmentación, producto de la creación de las Isapres.

Esta tendencia se agravó con la falta de inversión en infraestructura y equipamiento que padeció el sector público durante este período.

La década de los noventa

En los años noventa se realizó un considerable esfuerzo de inversión para recuperar la disminuida capacidad productiva de la red pública, en particular la hospitalaria. Estos recursos se destinaron, preferentemente, a aquellas regiones y establecimientos que presentaban un mayor grado de deterioro de su infraestructura y una mayor vulnerabilidad médico - social de su población beneficiaria. Al mismo tiempo, se incrementaron las remuneraciones de los trabajadores del sector y se completaron las dotaciones de profesionales, las que acusaban serios déficit.

La primera década de los años 2000

A pesar de los esfuerzos ya señalados, el modelo institucional que regía hasta la gran reforma a la salud, había alcanzado un límite en su capacidad de enfrentar las necesidades sanitarias de la población, lo que se

expresa, de un lado, en la insatisfacción de los usuarios con el sistema de salud del país, tanto en el sector público, en que las personas beneficiarias del mismo solicitan una mejoría en la cobertura, en el trato y en la oportunidad, como en el sector privado, en que demandan una mayor protección de sus derechos. Por el otro lado, es importante reconocer que existen espacios para realizar importantes mejoras de gestión que aseguren que los esfuerzos futuros de inversión se traduzcan en más y mejores prestaciones para la población.

3.2) Diagnóstico de la reforma

Como se pudo apreciar, a partir de los años cincuenta y hasta la primera década de los años 2000, Chile fue avanzando constantemente por un mejor sistema de salud, sufriendo varias y grandes transformaciones en el camino, como lo fue, por ejemplo, la creación de las Isapres.

Sin embargo, y tal como se indicó al final del punto anterior, el sistema de salud había llegado a un punto muerto al iniciar la primera década del nuevo milenio, por lo que se hacía urgente una reforma, ya que dicho sistema padecía de ciertos problemas que se arrastraban hace un tiempo considerable, y porque habían ocurrido cambios sociales que aconsejaban un rediseño de la institucionalidad vigente.

En efecto, los principales problemas que se lograron identificar en el sector salud previo a la reforma, son los que nos indica el autor Marcos Vergara, quien nos señala que “en el contexto de la creación de la reforma, la salud del adulto y del adulto mayor había tenido muy poco desarrollo normativo y operacional (...) Por otra parte, el desarrollo del modelo de

atención que gestiona la demanda, es decir, que se hace cargo de una población determinada, era muy precario. Esto último está íntimamente relacionado a la conceptualización más básica de la denominada 'gestión en red', ideal aparentemente no materializado hasta la fecha (...) En temas de calidad y en materia de cobertura, existía una clara percepción de inseguridad financiera en el sistema Isapre por falta de esta última. Este, era el problema de la 'letra chica' que se hacía evidente al momento de enfrentar una dificultad de salud importante, lo que se tornaba particularmente crítico mirado desde el paradigma clásico de la seguridad social: la cobertura que no te cubre. (...) En materia de solidaridad y equidad, el sistema creado durante el gobierno militar promovió la concentración de mayores riesgos y menores ingresos en el sistema público. (...) En materia de eficiencia y control de costos, hubo un incremento global del gasto en salud, fenómeno al que subyace el 'sobreseguramiento' estructural de los seguros privados y la falta de competitividad del sector, en particular al interior del ámbito público, que tiene un comprador cautivo entre los sectores público y privado. (...) El problema de gestión de la demanda se observa también, a su modo, en el sistema público, a consecuencia de una falla en el rol que podría esperarse de la propia oferta articulada en red. Por último, cabe agregar un problema de eficiencia en la gestión de los hospitales"¹⁷⁶.

Hecho el diagnóstico del sistema de salud vigente en la época en que nació la gran reforma a la salud, cabe preguntarse porqué en ese momento histórico se generó tal cambio. Es decir, cabe cuestionarse cuáles fueron las circunstancias especiales que permitieron al gobierno de aquel entonces reunir el consenso para provocar el cambio que nuestro sistema de salud requería.

¹⁷⁶ VERGARA, Marcos. Ob. cit. p.p. 5-6.

En palabras del autor precedentemente citado, “Entre las razones que facilitaron la materialización de la reforma estuvieron el descontento ciudadano y el peso de la opinión pública, debido entre otras cosas a la creciente importancia que se vino a otorgar al discurso de derechos ciudadanos, transformado en un referente normativo de orden global. Es decir, la balanza con que se tomó el peso al interés de la población se había ido haciendo crecientemente sensible. Este componente ‘ciudadano’ facilitó la incorporación de la reforma en la agenda de gobierno, después de que en el sector de la salud estuviese muchos años metido en la ‘galera’, modernizándose al ritmo que marcaba la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (...) Por último, resultó crítico el stock de conocimiento y tecnología desarrollado en los anteriores gobiernos de la Concertación: por ejemplo, el Plan AUGE no habría sido posible si FONASA no hubiera desarrollado capacidad de compra de servicios, a través de prestaciones valoradas a los hospitales, como lo venía haciendo desde hace varios años”¹⁷⁷.

En conclusión, si se suman, por un lado, los problemas diagnosticados al sistema de salud más el contexto social y el consenso político que se dio en su momento, por otro, dan como resultado esta gran reforma a la salud. Asimismo, nos da la razón en el sentido de la cita hecha al iniciar este punto, donde se señalaba que la salud es un producto social. Por tanto, podemos decir, con toda razón, que el sistema de salud actual es nuestro producto social, y que tomado como tal, seguirá cambiando con el paso del tiempo, siempre que se den las circunstancias necesarias para generar un nuevo proceso de reforma.

¹⁷⁷ *Ibíd.* p.p. 6-7

3.3) La gran reforma a la salud

La gran reforma a la salud, como ya ha sido explicado, es un enorme cambio al sistema de salud chileno vigente hasta los inicios del nuevo milenio, y está constituido por cuatro iniciativas legales, distintas entre sí, pero que en su conjunto ayudan a modificar la institucionalidad en salud de aquel entonces.

Así, “en la dimensión normativa de la Reforma están las leyes que crean el régimen de garantías, que son de implementación gradual y constituyen el eje de la misma. Además, está la ley de Autoridad Sanitaria, que adecúa el sistema público separando las funciones a nivel central y regional, además de crear la Superintendencia de Salud. Luego, la ley establece la nueva regulación de las Isapres con un componente denominado ‘Ley Corta’, orientado a sustentar la salud financiera del sistema (...) y un segundo componente, la ‘Ley Larga’, que incluye un Fondo de Compensación de Riesgo Inter-Isapres”¹⁷⁸.

En relación a lo anteriormente señalado, se tiene que el conjunto de leyes creadas para tales efectos son las siguientes¹⁷⁹:

- i) Ley N° 19.888, de 2003, conocida como la “Ley de Financiamiento”, publicada en el Diario Oficial el día 13/08/2003 que, entre otras medidas, considera alzas del IVA y de impuestos específicos para financiar dos importantes

¹⁷⁸ Ibídem. p.7.

¹⁷⁹ SUPERINTENDENCIA DE SALUD, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y DESARROLLO. Ob. cit. p.4.

iniciativas en materia social: el Plan de Salud con Garantías Explícitas (AUGE) para todos los beneficiarios del Fonasa y el Programa Chile Solidario, que busca ofrecer nuevas oportunidades de desarrollo e inserción social y productiva a las familias indigentes.

- ii) Ley N° 19.895 de 2003, conocida como la “Ley Corta de Isapres”, publicada en el Diario Oficial el día 28/08/2003 y que, entre otras materias, instruye sobre las normas de solvencia que deben cumplir las Instituciones de Salud Previsional y sobre las transferencias de cartera que pueden ocurrir entre éstas.

- iii) Ley N° 19.937, de 2004, conocida como la “Ley de Autoridad Sanitaria y Gestión”, publicada en el Diario Oficial el 24/02/2004, mediante la cual se fortalecen las potestades de conducción sanitaria del Ministerio de Salud, así como las de regulación y fiscalización, las que entrega a organismos especializados. Crea nuevos instrumentos para una mejor gestión de la Red Asistencial, como mayores atribuciones para los directivos de los establecimientos e incentivos financieros para el personal.

- iv) Ley N° 19.966, de 2004, conocida como la “Ley del Auge”, publicada en el Diario Oficial el 03/09/2004 que, en lo principal, establece un plan de salud obligatorio para el Fonasa y las Isapres (Régimen de Garantías o Plan Auge), consistente en confirmación diagnóstica y tratamientos estandarizados para un conjunto de enfermedades priorizadas por su alto impacto

sanitario y social, y define garantías explícitas y exigibles de acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera.

- v) Ley N° 20.015, de 2005, conocida como la “Ley Larga de Isapres”, publicada en el Diario Oficial el 17/05/2005 y que, entre otras materias relativas al funcionamiento del Sistema Isapre, regula el proceso de adecuación anual de contratos, las alzas de precios, las tablas de factores y establece el Fondo de Compensación Solidario para el GES entre las Isapres.

Ya expuesto el ámbito normativo, y descritas las leyes que conforman esta gran reforma a la salud, pasaremos a señalar y describir los valores y principios que informan este proceso, con un fin meramente pedagógico, para así lograr una mayor comprensión del inicio, desarrollo y fin de esta serie de sucesos que componen el proceso de cambio en el sistema de salud chileno.

Lo anterior se realizará en virtud del Mensaje Presidencial N° 1-347, de fecha 22 de mayo de 2002, que el Poder Ejecutivo envió a la Cámara de Diputados, que se encuentra en la Historia de la Ley N° 19.966¹⁸⁰.

Así las cosas, los pilares fundamentales sobre los cuales descansa la reforma a la salud, pueden resumirse en los siguientes:

¹⁸⁰ HISTORIA DE LA LEY N° 19.966, Biblioteca del Congreso Nacional. “Mensaje del Ejecutivo”. 2002. p.p. 9-11.

- i) *Derecho a la salud:* Para el Gobierno, la salud es un derecho de las personas, lo que significa que toda persona residente en el territorio nacional, sin distinción, 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 a la existencia de condiciones saludables en su comunidad y trabajo, dentro de las capacidades y recursos del país.

Para resguardar este derecho, no basta con su mera declaración, sino que se hace necesario establecer garantías explícitas de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera y generar los instrumentos para el efectivo ejercicio de éstas, dotando a los usuarios de las facultades y mecanismos para hacerlas exigibles.

- ii) *Equidad en salud:* La reforma de salud propone reducir las desigualdades evitables e injustas, por la vía de otorgar mayores niveles de protección social y acceso universal a la atención de salud. A modo de ejemplo, el Mensaje Presidencial señala que en aquella época, en nuestro país, existían situaciones de desigualdad respecto de la salud de las personas, tanto en el acceso a los servicios como en los resultados observados en los indicadores nacionales, que se expresan, entre otros, en diferencias significativas en la esperanza de vida y en la discapacidad, estrechamente relacionadas con los niveles de instrucción, ingreso y ocupación de las personas.

- iii) Solidaridad en salud: Solidaridad entendida como el esfuerzo intencionado que hace la sociedad chilena para que los más vulnerables tengan iguales garantías que los más favorecidos. Igualar garantías implica que los sanos solidarizan con los enfermos, los hombres con las mujeres, los jóvenes con las personas de edad avanzada y los ricos con los pobres.

- iv) Eficiencia en uso de recursos: Para poder materializar los valores de equidad y solidaridad en salud, de forma que los ciudadanos puedan hacer efectivo su derecho a la misma, es condición necesaria alcanzar un alto nivel de eficiencia en el uso de los recursos que crecientemente se invertirán en el sector. Esta mayor eficiencia debe alcanzarse a través de mejoras de gestión, que involucran tanto los ámbitos de recursos humanos y financieros, donde es necesario terminar con problemas de administración de personal y de deuda, entre otros; como a los propios beneficiarios, en lo referente a una mejor focalización y uso de los subsidios en salud.

En consecuencia, el compromiso de lograr una mayor eficiencia en el uso de recursos implica un esfuerzo tanto de prestadores como de usuarios, y va en directo beneficio de la salud de la población.

- v) Participación social en salud: Implica reconocer a las personas como usuarios y ciudadanos ante los cuales el sistema de salud debe dar cuenta de la calidad, efectividad y oportunidad de servicio, así como del uso eficiente de los recursos. Permite,

asimismo, que los ciudadanos expresen sus preferencias y expectativas respecto al sistema de salud y las correspondientes políticas públicas.

La participación ciudadana debe comprenderse como un mecanismo de mejoramiento de las actividades en salud. La adecuada e informada participación de los usuarios, requiere transparencia para llevar a cabo el proceso y para conocer sus resultados. Ello asegurará la legitimación social del sistema de salud y la superación de la insatisfacción ciudadana que se ha registrado en los últimos años.

Para un proceso de mejoramiento integral, profundo y eficiente del sistema de salud, es necesario darle mayor relevancia a la interlocución con los actores sociales involucrados, cómo se compromete su participación, y cómo se generan mecanismos para conocer y aprovechar sus aportes.

Continuando con las ideas generales de la reforma de la salud que se analiza en estas líneas, se pasará, a continuación, a describir cuáles son los fundamentos sociales y sanitarios de esta reforma. Ello, por cuanto se estima pertinente determinar, en primer lugar, el marco teórico y los paradigmas entre los que se originó este proceso, para finalmente pasar a analizar cada proyecto de ley en sí mismo.

Al igual que lo tratado en el punto anterior, estos fundamentos son extraídos desde el Mensaje Presidencial previamente citado, toda vez que es precisamente dicho documento el que representa y expresa los

lineamientos generales de la gran reforma a la salud, más allá de los objetivos y el contexto del proyecto de ley del cual forma parte.

Por tanto, tenemos que los fundamentos sociales y sanitarios de la reforma a la salud son los siguientes¹⁸¹:

- i) Expectativas de la población: La población, cada vez mejor educada e informada de sus derechos, tiene expectativas crecientes respecto a los servicios de salud. Es así como hoy en día las personas exigen ser tratadas con dignidad, que se les informe respecto a sus alternativas terapéuticas y que se les otorgue la oportunidad de decidir respecto a su salud.

- ii) Perfil epidemiológico y cambios demográficos: Nuestro país vive un proceso de transformación del perfil de enfermedades que afectan a la población, como consecuencia del progresivo envejecimiento de ésta, del cambio en los hábitos de vida y de las condiciones de trabajo. Esta transición forma parte de cambios sociales, económicos y culturales, insertos en un mundo globalizado.

- iii) Obsolescencia del modelo de atención de salud: El nuevo perfil epidemiológico exige transformaciones y adaptaciones al actual modelo de atención, cuyo diseño fue concebido para una época con otras necesidades. El modelo vigente en la época en que se origina el proceso de reforma era básicamente curativo y centrado

¹⁸¹ HISTORIA DE LA LEY Nº 19.966, Biblioteca del Congreso Nacional. “Mensaje del Ejecutivo”. 2002. p.p. 12-14.

en el hospital como la gran instancia de resolución de los problemas de salud. Al tener tales características, el sistema de salud se hacía insuficiente para enfrentar los nuevos desafíos derivados de mejorar la salud de la población adulta y de tercera edad.

Por ello, el desafío de la reforma es desarrollar un modelo de atención que enfatice la promoción y la prevención y que se centre en la atención primaria y en la resolución ambulatoria e integral de la mayor parte de los problemas de salud.

El modelo que se propone persigue maximizar el impacto sanitario de sus acciones mediante un uso racional de los recursos, estimulando aquellas intervenciones que tienen eficacia y efectividad científicamente demostrada.

La modernización del modelo de atención implica también superar la actual fragmentación del sistema de salud, estableciendo los mecanismos e incentivos que aseguren una adecuada coordinación entre los distintos niveles de atención.

En suma, todo lo señalado, dio al gobierno que impulsó este proceso de reforma, la convicción absoluta de que se debía cambiar el sistema de salud vigente. Por consiguiente, luego de determinar cuáles eran las deficiencias del sistema vigente, los principios que informaban la reforma y los fundamentos sociales y sanitarios de la misma, el Ejecutivo pasó a determinar cuáles serían las materias que debían abordarse a través de esta

reforma, que finalmente se vio reflejada en las diversas leyes que ya se indicaron con anterioridad.

Así las cosas, las materias que el gobierno de la época estimó que se debían abordar en la reforma a la salud fueron las siguientes¹⁸²:

- i) *Definición de los Objetivos Nacionales de Salud:* En este sentido, el Ejecutivo estimó que las metas que se debían plantear para la década 2000-2010 debían orientarse a:
 - Disminuir las desigualdades en salud.
 - Enfrentar los desafíos del envejecimiento de la población y de los cambios de la sociedad.
 - Proveer servicios acordes con las expectativas de la población, y
 - Mejorar los logros sanitarios alcanzados.

- ii) *El sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE):* El derecho a la salud, señalado como elemento esencial de la política de Gobierno, deberá ser garantizado a la población mediante un conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que permitan el ejercicio del mismo, con respaldo de una institucionalidad adecuada.

- iii) *Nuevo modelo de atención:* A juicio del Ejecutivo, este modelo debe, en lo esencial, satisfacer las necesidades y expectativas del

¹⁸² HISTORIA DE LA LEY Nº 19.966, Biblioteca del Congreso Nacional. “Mensaje del Ejecutivo”. 2002. p.p. 14-19.

usuario y optimizar las intervenciones, en su eficiencia y eficacia, por lo que el nuevo modelo de atención debe tener una fuerte orientación a la promoción de la salud y a la prevención de enfermedades.

- iv) Recursos humanos: Para el Gobierno de aquella época, los trabajadores de la salud constituyen la pieza fundamental en que se apoya cualquier intento de reforma sectorial, tanto para el cambio en el modelo de atención como en el desarrollo de una orientación hacia el usuario.

- v) Autoridad Sanitaria: En efecto, para implementarse la reforma que aquí se trata, el Gobierno estimó que se requería de un Ministerio de Salud rector, con potestades regulatorias y fiscalizadoras, capaz de detectar nuevos problemas de salud, anticipando soluciones, y de controlar aquellos que a esa época constituían amenazas para la sociedad chilena. Se determinó, entonces, que para lograr esos objetivos, era clave la separación de funciones y una identificación precisa de los ámbitos de responsabilidad, de manera de reforzar el control de gestión y la rendición de cuentas ante la ciudadanía.

- vi) Financiamiento: Para los efectos de lograr éxito en la implementación de la reforma, se propuso la creación de un Fondo Solidario, para financiar las cotizaciones de los indigentes en FONASA. Este Fondo Solidario se financiaría con recursos fiscales que provendrían de reasignaciones, mejoras en la gestión y focalización, crecimiento de la economía, e impuestos a los males.

- vii) Mejoramientos de gestión: Para el Gobierno, este punto no tiene otro objetivo más que el asegurar a la ciudadanía el máximo de eficiencia en el uso de los recursos públicos. Llega a ser de tal relevancia para el Ejecutivo, que la eficiencia la considera como un imperativo ético, ya que mientras mejor se utilicen los recursos disponibles, mayor cobertura y calidad en prestaciones médicas se otorgará a la población.

Se ha analizado hasta ahora lo que puede denominarse como marco teórico de la reforma a la salud. Es decir, se han expuesto y descrito cuáles fueron las deficiencias que presentaba el sistema hasta la implementación de la misma, cuáles fueron los principios que la informaron, sus fundamentos sociales y sanitarios y los objetivos que se planteaba. Todo, con la finalidad de dar paso a lo que lógicamente debe seguir, esto es, el análisis de los diversos proyectos de ley que conforman dicha reforma, los cuales ya fueron individualizados anteriormente.

Cabe hacer la salvedad, que se omitirá lo relativo a lo que en definitiva pasó a ser la Ley N° 19.937, ya que en el punto uno de este tercer capítulo fue extensamente analizado, por lo que sería redundante hablar sobre el mismo tema en este tercer punto.

Por tanto, a continuación se analizarán las tres leyes centrales de la gran reforma a la salud, conjugándose cada análisis con las propuestas que en un determinado momento, autores del medio local formularon con el objetivo de mejorar el sistema de salud.

3.4) Las leyes que conforman la reforma a la salud

Como se dijo anteriormente, la reforma a la salud está constituida por 5 disposiciones normativas, a saber las leyes N° 19.966, 19.937, 19.888, 19.895 y 20.015. Asimismo, en este punto sólo se analizarán las disposiciones normativas citadas en primer, cuarto y quinto lugar, respectivamente.

La Ley N° 19.966

Previo a este punto, se indicaron que dentro de los principios que informaban a este proceso de reforma, del cual esta ley forma parte esencial, eran la equidad, eficiencia y la no discriminación. Es así como el Ejecutivo, al presentar esta iniciativa legal al Congreso, señalaba que “con este proyecto (se estaba dando) un paso trascendental en el camino para lograr las profundas transformaciones que permitirán que toda persona tenga, **sin discriminaciones** por capacidad de pago, género o edad, en un país que tiene limitaciones reales de recursos, una mejor salud y una atención de mayor calidad, más **eficiente** y oportuna”¹⁸³.

De la misma forma, con anterioridad se había señalado que la presente ley es conocida como la “Ley Auge”, y que en lo principal, y para dar cumplimiento a los principios señalados en el párrafo anterior, establece un plan de salud obligatorio para el Fonasa y las Isapres, consistente en

¹⁸³ HISTORIA DE LA LEY N° 19.966, Biblioteca del Congreso Nacional. “Mensaje del Ejecutivo”. 2002. p.20.

confirmación diagnóstica y tratamientos estandarizados para un conjunto de enfermedades priorizadas por su alto impacto sanitario y social¹⁸⁴.

Para el gobierno de la época, “la presente iniciativa legal contempla los mecanismos legales necesarios para establecer e implementar el ‘Régimen de Garantías en Salud’, que, en síntesis, implica dotar al Ministerio de Salud de las atribuciones para definir prioridades sanitarias y garantías explícitas”¹⁸⁵.

Así las cosas, esta iniciativa legal, en síntesis, logra consolidar lo siguiente¹⁸⁶:

- La creación de un Régimen de Garantías en Salud, que será determinado por un Consejo Consultivo en mérito de factores tales como la magnitud, trascendencia y gravedad de la situación sanitaria presente y futura del país, la eficiencia de Fonasa e Isapres, así como los valores sociales y culturales pertinentes.
- El Régimen de Garantías en Salud será establecido en un Decreto Supremo, dada la constante evolución, tanto de enfermedades y condiciones de salud, así como de los avances científicos. Por lo mismo, dicho régimen será revisado periódicamente, cada tres años.

¹⁸⁴ Ver página 36.

¹⁸⁵ Ob. cit. p.20.

¹⁸⁶ Esta síntesis se logró extrayendo la información presente en el siguiente texto: HISTORIA DE LA LEY Nº 19.966, Biblioteca del Congreso Nacional. “*Mensaje del Ejecutivo*”. 2002. p.p. 21-23.

- Con la finalidad de dar cumplimiento a un sistema de salud basado en la equidad y eficiencia, el otorgamiento de las prestaciones y garantías deberá realizarse por Fonasa y por las Isapres, quienes quedan obligados a ello.
- Para hacer más efectivo el cumplimiento por parte de las citadas instituciones, el proyecto de ley hace exigibles los derechos y garantías que se establecen en el Régimen.
- En el mismo sentido, esta iniciativa legal da origen a la Superintendencia de Garantías en Salud, quien estará encargada de la fiscalización del Régimen.
- Por último, y para evitar cualquier tipo de conflicto entre las normas que regulan el sistema público y privado de salud, saber las leyes N° 18.469 y 18.933, el proyecto de ley que se analiza modifica ambos cuerpos normativos, ya que el precio que las Isapres cobren por concepto del régimen deberá ser el mismo, sin que sea factible establecer diferencias por sexo y edad.

Con tales planteamientos, la Ley N° 19.966 logra derribar muchas barreras en cuanto al financiamiento, equidad, discriminación y eficiencia que hasta esa fecha, padecía nuestro sistema de salud. Por largos años se había tratado de dar una solución a tales conflictos, y precisamente fue esta ley, junto con las demás que conforman la gran reforma a la salud, la que logró dar un giro al sistema de salud chileno, en el sentido señalado.

En efecto, años antes de la implementación de la reforma, autores del medio local ya diagnosticaban serias deficiencias en las materias antes tratadas, y proponían cambios que se generaron en dicha reforma. Así, Osvaldo Larrañaga señalaba, ya en el año 1997, que debían hacerse una serie de cambios necesarios en el sistema de salud chileno¹⁸⁷, en base a una propuesta de reforma elaborada en aquella época por un equipo interdisciplinario a partir de un encargo realizado por el Ministerio de Salud.

El citado autor analiza de la siguiente forma: “La propuesta de reforma se basa sobre un diagnóstico similar al establecido en este trabajo: el sistema dual de salud imperante en el país replica, por una parte, las deficiencias de los esquemas de seguros privados e individuales de salud, y por otra parte, las fallas asociadas a los esquemas de provisión públicos, que se basan en esquemas de organización burocráticos y se financian sobre la base de la oferta. Al mismo tiempo, la propuesta de reforma reconoce las fortalezas existentes, entre otras, los logros en materia de salud pública que dan lugar a indicadores de vanguardia en la región latinoamericana, el desarrollo de la infraestructura privada de salud y el acervo de conocimiento y organizacional que se ha acumulado en instituciones como las Isapres y el Fonasa.

Las líneas centrales de la propuesta de reforma son cinco: definir un Plan Garantizado de Beneficios de Salud (PGBS); establecer un régimen de competencia administrada para otorgar el citado PGBS; redirigir los subsidios públicos desde la oferta hacia los usuarios; establecer un sistema

¹⁸⁷ LARRAÑAGA, Osvaldo. Ob. cit. p. 32.

de manejo del riesgo basado en parámetros comunitarios y de largo plazo; proveer autonomía al sector de proveedores públicos”¹⁸⁸.

Se puede concluir, de lo expuesto, que tanto como el gobierno central y el citado autor, ya daban cuenta de una necesidad de un cambio radical en el sistema de salud chileno, del cual formaba parte un Plan Garantizado de Beneficios de Salud (PGBS), de modo de mejorar la cobertura y la equidad en las prestaciones de salud, y de superar las deficiencias del sistema chileno.

La similitud del PGBS con el Régimen de Garantías en Salud (GES) es total, ya que tal como el autor señala, “se trata de una canasta de prestaciones de salud que el Estado garantiza a toda la población, sea subsidiando su adquisición a quienes no poseen los recursos necesarios, sea obligando a su cobertura al resto de la población”¹⁸⁹.

Por tanto, la intención de dar nacimiento a un régimen que permitiera a toda la sociedad acceder a prestaciones de salud garantizadas por el Estado estaba desde hace casi cinco años antes de la entrada en vigencia de la ley N° 19.966, pero no se pudo dar implementación con anterioridad, ya que “ciertamente se trataba de una propuesta de cambio radical, que necesitaba decisión y espacio político para su introducción”¹⁹⁰. Y, como se dijo anteriormente, ese clima político sólo llegó en la época previa a la promulgación y publicación de la ley analizada en este punto.

¹⁸⁸ *Ibíd.* p. 33.

¹⁸⁹ *Ibíd.* p. 33.

¹⁹⁰ *Ibíd.* p. 35.

Como se dijo anteriormente, esta ley es conocida como la “Ley Corta de Isapres”, fue publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 2003, y, entre otras materias, instruye sobre las normas de solvencia que deben cumplir las Isapres y sobre las transferencias que pueden ocurrir entre éstas.

Según las palabras del ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, “este proyecto de ley tiene por objeto introducir una serie de modificaciones a la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional, el D.L. N° 3.500, sobre Fondos de Pensiones y el D.F.L. N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros, con el objetivo de establecer un conjunto de normas destinadas a que los beneficiarios de dichas instituciones no se expongan a situaciones que puedan afectar sus derechos”¹⁹¹.

Al tratarse este trabajo sobre las Isapres y el derecho a la protección de la salud, en este punto sólo se analizarán las modificaciones que esta ley realizó a la ley N° 18.933.

En síntesis, la ley N° 19.895 introdujo modificaciones en diversas materias reguladas en la ley N° 18.933, sobre sobre Instituciones de Salud Previsional, tal como se pasa a explicar a continuación¹⁹².

¹⁹¹ HISTORIA DE LA LEY N° 19.895, Biblioteca del Congreso Nacional. “*Mensaje del Ejecutivo*”. 2003. p.4.

¹⁹² Esta síntesis se logró extrayendo la información presente en el siguiente texto: HISTORIA DE LA LEY N° 19.895, Biblioteca del Congreso Nacional. “*Mensaje del Ejecutivo*”. 2003. p.p. 5-12.

- Normas sobre patrimonio: El proyecto de ley señala que las Isapres deberán mantener un patrimonio igual o superior a 0,4 veces su endeudamiento total, para de esta forma garantizar que el patrimonio se ajuste al nivel de endeudamiento de la institución y, además, constituya una señal de estabilidad, de respaldo y de permanencia en el tiempo. Lo anterior viene a modificar el artículo 25 de la ley N° 18.933, que establecía un patrimonio mínimo de 5.000 unidades de fomento, lo cual no daba cuenta del nivel de endeudamiento de las Isapres.

- Normas sobre liquidez: El proyecto de ley impone una nueva obligación para las Isapres, consistente en mantener un índice de liquidez no inferior a 0,8 veces la relación entre el activo circulante y pasivo circulante, facultándose a la Superintendencia para que autorice a las Isapre a considerar otros instrumentos que, si bien son de largo plazo, su liquidación resulte fácil, como por ejemplo los instrumentos financieros emitidos o garantizados por el Fisco de Chile.

- Normas sobre la garantía: Respecto de esta materia, previo a la implementación de la reforma, el artículo 26 de la ley N° 18.933 disponía que las Isapres debían mantener una garantía equivalente a un mes de cotizaciones percibidas, lo cual no permitía asegurar a las personas y a los prestadores de salud que los créditos que tengan con la isapre vayan a ser solucionados en caso de cancelación del registro¹⁹³. Es por ello, que el proyecto de ley dispone, en primer lugar, que la garantía será equivalente al monto de dos grupos de

¹⁹³ Recordar que la cancelación de registro es una de las facultades que tiene la Superintendencia de Salud, en razón de sus facultades sancionadoras, atendido lo dispuesto en el artículo 123 del D.F.L. N° 1, 2005.

obligaciones que allí se individualizan. En segundo lugar, el proyecto permite a las Isapres mantener fuera de la custodia de la Superintendencia, a lo menos un 20% de la garantía, para aquellas instituciones que cumplan los estándares de patrimonio y liquidez mínimos, y hasta un 80% en el caso de Isapres que presenten estándares superiores. Y, en tercer lugar, el proyecto prohíbe que los fondos afectos a la garantía y los documentos representativos de estas obligaciones liberados de custodia, puedan ser utilizados para caucionar cualquier tipo de obligación.

- Normas sobre auditoría: El proyecto en esta materia, pretende que la Superintendencia cuente con mayores niveles de confiabilidad de la información financiera contable de las instituciones, de modo que otorgue mayores niveles de confiabilidad y transparencia. En este sentido, por tanto, las Isapres deberán designar auditores externos independientes, los que deberán examinar la contabilidad, el inventario, los balances y otros estados financieros, informando por escrito a la Superintendencia.

Como se puede apreciar, las modificaciones normativas que el proyecto de ley que se analiza en este punto, tiene directa relación con un aumento en las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia de Salud, con la finalidad de que ésta “intervenga ante situaciones financieras deficitarias o complejas que afectan a las Isapres que, si bien es cierto, no configuran en sí mismas causales de cancelación de registro, sí pueden

poner en grave riesgo el ejercicio de los derechos de los beneficiarios¹⁹⁴. Cabe destacar que sobre esta misma materia ya existían antecedentes que propiciaban el cambio o reforma, tal como lo señalaba en el año 1999 el autor Daniel Titelman, quien en aquella época indicaba que “un objetivo de corto plazo del sistema chileno es el de fortalecer la capacidad de (en ese entonces) la Superintendencia de Isapres para desarrollar instrumentos de regulación prudencial en el mercado de seguros privados”¹⁹⁵

Es por ello, que la ley N° 19.895 crea un régimen especial de supervigilancia y control, que tiene como fundamento principal – aparte de lo ya tratado - modificar lo dispuesto por el artículo 47 de la ley N° 18.933, que señalaba que en los casos de cancelación del registro de una isapre, los cotizantes se ven expulsados del sistema privado de salud por causas ajenas a su voluntad, quedando afectos por el sólo ministerio de la ley al régimen del Fondo Nacional de Salud.

Las razones que llevaron al ejecutivo a proponer un cambio al respecto, son las siguientes:

- En primer lugar, porque la actual ley no contempla ningún mecanismo que permita a la autoridad evitar el cierre del registro, cuando la situación financiera de las Isapres se ha tornado compleja.

¹⁹⁴ HISTORIA DE LA LEY N° 19.895, Biblioteca del Congreso Nacional. “Mensaje del Ejecutivo”. 2003. p.8.

¹⁹⁵ TITELMAN, Daniel. “Reformas al financiamiento del sistema de salud en Chile”. Revista de la CEPAL 69, 1999. p. 193. [En línea]
<<http://www.eclac.cl/publicaciones/SecretariaEjecutiva/7/lcg2067/titelmanesp.pdf> > [Consulta: 28 de junio de 2012]

- En segundo lugar, porque la solución que contempla la actual ley, ante el cierre del registro de una isapre, no se condice con la garantía constitucional de libertad de elección del sistema de salud. En este sentido, se señala que “no puede ser que por hechos ajenos a su voluntad, como puede ser la quiebra de una Isapre, ese derecho se vea conculcado, obligando a la persona a irse al sistema público de salud automáticamente”¹⁹⁶.
- En tercer lugar, es menester tener presente que las atenciones de salud no son actos programables. En otras palabras, nadie escoge la época para enfermarse.
- En cuarto lugar, no es admisible que, so pretexto de que los contratos sean individuales, las demás Isapres se desatiendan de las consecuencias que implica el cierre de una de ellas que ha formado parte del sistema que administran.
- En quinto lugar, el traspaso automático y legal de los cotizantes y beneficiarios de la isapre, cuyo registro se cancela, al sistema público de salud, genera una serie de inconvenientes y desventajas, tales como que las personas pierden la antigüedad de sus contratos, entre otros.
- Por último, y en sexto lugar, se produce una recarga injustificada para el sistema público de salud, el que se ve

¹⁹⁶ HISTORIA DE LA LEY Nº 19.895, Biblioteca del Congreso Nacional. “*Mensaje del Ejecutivo*”. 2003. p.9.

obligado a subsidiar una situación de colapso que, parece razonable, debería ser abordada al interior del sistema isapre por el conjunto de sus actores.

En mérito de lo señalado, el ejecutivo señala que “por todas las razones indicadas, el proyecto ha ideado un mecanismo que permite, por un lado, intervenir a la autoridad para intentar solucionar la situación financiera de la Isapre; por otro lado, resguarda la permanencia de los beneficiarios de una Isapre en el sistema privado de salud, garantizándoles su derecho constitucional de elección y la no interrupción de beneficios; además, asegura la solvencia financiera de las Isapres que deben recibir a dichos beneficiarios; en fin, permite al Estado asumir su obligación de garantizar la ejecución de las acciones de salud y la supervigilancia de los derechos de las personas”¹⁹⁷.

Así las cosas, la ley N° 19.895 creó un régimen de supervigilancia y control que recae sobre las Isapres, cuando éstas no den cumplimiento al indicador de liquidez definido en la misma ley, esto es, cuando la relación entre activo circulante y pasivo circulante sea inferior a 0,8 veces. Asimismo, la Superintendencia podrá aplicar este mismo régimen, cuando el patrimonio y/o la garantía disminuyan por debajo de los límites establecidos en la ley.

Por tanto, es un régimen que se condice con las nuevas facultades que posee la Superintendencia de Salud que le fueron conferidas con la creación de la ley N° 19.937, tal como se analizó en su momento. Al mismo tiempo, cabe destacar que el régimen en cuestión se crea con el sólo objetivo de dar más seguridad a los cotizantes del sistema privado de salud

¹⁹⁷ Ibídem. p.10.

en cuanto a no perder los beneficios que tienen contratados por una causal externa, y así se dé una mayor protección a su derecho a la salud, consagrado constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación, y para finalizar, se pasa a explicar el funcionamiento del régimen de supervigilancia y control que se crea con la ley N° 19.895.

- En una prima instancia, detectado por la Superintendencia alguno de los incumplimientos señalados anteriormente, ésta informará a la Isapre respectiva la situación, otorgándole un plazo no inferior a 10 días hábiles para que presente ante dicha institución un Plan de Ajuste y Contingencia. Dicho plan será analizado por la Superintendencia dentro de un plazo máximo de 10 días hábiles, luego de lo cual se pronunciará, ya sea para aprobarlo o para rechazarlo, mediante resolución fundada, pudiendo otorgar a la Isapre un nuevo plazo para presentar un nuevo plan.
- La segunda etapa supone que el plan tratado anteriormente haya sido rechazado o que no se hubiere cumplido el aprobado, luego de lo cual la Superintendencia podrá citar a una Junta Extraordinaria de Accionistas, o al órgano resolutorio de la institución que corresponda, para los efectos de que dichos entes aprueben una solución con efecto patrimonial.
- En tercera instancia, si la junta citada o el órgano resolutorio no logran adoptar una solución con efecto patrimonial, el Superintendente las citará nuevamente, para que se adopte el acuerdo de llamar a una licitación pública, con el objetivo de

vender la Isapre o transferir la totalidad de la cartera de afiliados a una o más Isapres.

- En la cuarta y última etapa, si la licitación se declara desierta, o si al cabo del plazo previsto para la ejecución de la propuesta aprobada por la Junta, ésta no genera los efectos patrimoniales acordados, el Superintendente deberá adjudicar la totalidad de la cartera de afiliados de la Isapre a otra u otras instituciones.

La ley N° 20.015

La presente ley es conocida como la “Ley Larga de Isapres”, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2005, y, entre otras materias relativas al funcionamiento del sistema de las Isapres, regula el proceso de adecuación anual de contratos, las alzas de precios, las tablas de factores y establece el Fondo de Compensación Solidario para el GES entre las Isapres.

Como antecedentes negativos del sistema de salud privado de salud, el Mensaje Presidencial indica que el principal problema es la discriminación que generan las facultades que la Ley N° 18.933 - regulatoria hasta ese momento de las Isapres – confería a las Instituciones de Salud Previsional, tales como la de revisar los contratos de salud que correspondan y la de adecuar los precios de los mismos, lo que se traduce en una amplísima gama de planes de salud, los cuales no tienen parámetros comunes, aumentándose así la discriminación.

Como consecuencia de lo anterior, se generaron problemas colaterales, como son la falta de transparencia y confianza que para la ciudadanía representaba el sistema privado de salud, datos que constaban en encuestas de la época y en reclamos realizados ante la antigua Superintendencia de Isapres.

Para el Gobierno de la época, fueron diversas las “situaciones que no hacen más que reafirmar que en nuestro país se ha dado lugar a la existencia de un sistema privado que se orienta hacia la población de mayores ingresos, generando una desigual distribución de la población protegida entre el Sistema Público, representado por el Fonasa, y las Isapres”¹⁹⁸.

Definidos los antecedentes del proyecto de ley, a continuación se pasan a señalar y explicar los objetivos del mismo¹⁹⁹:

- 1) Limitar alzas de precios: El caso de los denominados cotizantes cautivos²⁰⁰. Con el objeto proteger a los cotizantes que se encuentren en esta situación, se propone limitar el alza de precio de los contratos de cotizantes cautivos, sujetándola a un índice

¹⁹⁸ HISTORIA DE LA LEY Nº 20.015, Biblioteca del Congreso Nacional. “*Mensaje del Ejecutivo*”. 2002. p.9.

¹⁹⁹ Respecto de este punto, véase: HISTORIA DE LA LEY Nº 20.015, Biblioteca del Congreso Nacional. “*Mensaje del Ejecutivo*”. 2002. p.p. 10-13.

²⁰⁰ Se entiende por cotizante cautivo a aquel afiliado que enfrentado a un proceso de adecuación de su plan de salud, por dificultades determinadas por su edad o por la existencia de antecedentes de salud suyos o de sus beneficiarios, se ve imposibilitado de negarse ante dicha adecuación, ya que de hacerlo, pierde la posibilidad de afiliarse a otra isapre, por lo que se ve obligado a aceptar tal adecuación de su contrato de salud.

máximo que será definido por la Superintendencia de acuerdo a reglas de general aplicación.

- 2) Mantener el contrato de salud para las cargas, cuando el cotizante fallece. Hasta antes de la implementación de la ley que se analiza, la muerte del cotizante tenía como principal efecto el término del contrato de salud, y, consecuentemente, el desamparo previsional en que, por regla general, quedaban sus beneficiarios. Por tanto, la iniciativa busca garantizar a los beneficiarios, dentro del sistema isapre, el acceso a las atenciones de salud en el período inmediatamente posterior a la muerte del cotizante.
- 3) Mantener, sin restricciones, la protección de la salud para el beneficiario que pasa a ser cotizante. El proyecto busca solucionar la situación que afecta a las personas que han sido beneficiarias legales de una Isapre y que, a raíz de sus antecedentes de salud, no son admitidas por la misma institución como titulares de un contrato cuando comienzan a percibir ingresos.
- 4) Uniformidad de aranceles. La normativa legal vigente a la época en que se propone la reforma, contemplaba la libertad de las instituciones para configurar y valorizar sus aranceles, es decir, los listados de prestaciones que se utilizan para determinar el financiamiento de las atenciones de salud, con la única limitación de que éstos contengan, a lo menos, las mismas prestaciones contempladas en el Arancel del Fondo Nacional de Salud, en su modalidad de libre elección. Lo anterior, generaba una serie de problemáticas, principalmente la dificultad que le representaba a la Superintendencia del ramo el poder cumplir su labor de supervigilancia y control. Por lo tanto, el proyecto busca uniformar

tales aranceles, avanzando hacia un arancel único para el sistema isapre.

- 5) Dotar a la Superintendencia de nuevas herramientas que permitan precaver situaciones riesgosas para los derechos de las personas. Previo a la entrada en vigencia de la ley que se analiza, se estimaba que el sistema sancionatorio transitaba drásticamente desde las amonestaciones y multas, a la cancelación del registro de la Institución de Salud, lo que impide abordar e forma adecuada y eficiente toda la gama de situaciones intermedias en que, la ampliación de amonestaciones o multas resulta ineficiente, y la cancelación de registro, un acto improcedente o exagerado.

Para tales efectos, se busca, con el proyecto de ley, por un lado, dotar a la Superintendencia de facultades para que intervenga ante situaciones financieras deficitarias o complejas que afectan a las Isapres, que si bien no configuran causales de cancelación de registro, si ponen en riesgo grave la protección al derecho a la salud consagrado en nuestra Constitución de la República²⁰¹. En segundo lugar, se pretende contar con mayores niveles de confiabilidad de la información contable-financiera de las instituciones, que otorgue mayores niveles de confiabilidad y transparencia. En tercer lugar, existe la necesidad de que la Superintendencia intervenga en aquellos traspasos de cartera que se producen con motivo de ventas, fusiones y/o absorciones entre las empresas fiscalizadas, para garantizar que dichos procesos comerciales se realicen de forma tal que no afecten los derechos de los afiliados y beneficiarios involucrados en éstos.

²⁰¹ Véase lo analizado en el punto anterior respecto de la Ley N° 19.895.

En cuarto lugar, y en un símil con otros organismos fiscalizadores, se dota a la Superintendencia de la potestad de conocer los hechos relevantes que afectan, o pudieren afectar, a las Isapres. En quinto y último lugar, se faculta a la misma institución para aplicar multas de hasta mil unidades de fomento.

- 6) Otorgar el derecho de los cotizantes de permanecer en el sistema privado, cuando a su Institución se le ha cancelado el registro. En vigencia de la ley anterior, al cancelarse el registro de una Isapre, sus cotizantes pasaban automáticamente al sistema público de salud, atendido lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley N° 18.933, lo cual conllevaba una serie de desventajas para tales beneficiarios. Por tanto, las principales reformas en esta materia apuntan a otorgar a los cotizantes de la Institución cuyo registro ha sido cancelado por resolución ejecutoriada, el derecho a incorporarse a la Isapre que ellos elijan.

- 7) Transparentar la actividad de los agentes de ventas.

Analizados los objetivos del proyecto de ley, y en virtud de los mismos, pasa a analizarse brevemente su contenido²⁰²:

- 1) Alzas de precios. Respecto de este punto, el proyecto establece que, tratándose de contratos de cotizantes cautivos, el alza del precio del

²⁰² Esta síntesis se logró extrayendo la información presente en el siguiente texto: HISTORIA DE LA LEY N° 20.015, Biblioteca del Congreso Nacional. "Mensaje del Ejecutivo". 2002. p.p. 13-16.

respectivo plan de salud, no podrá superar el índice que, al efecto, anualmente establezca la Superintendencia, conforme a normas de general aplicación.

- 2) La situación del cotizante que fallece. El proyecto plantea la mantención de los beneficios contractuales, por un período no inferior a un año, para las cargas del cotizante que fallece y siempre que el deceso ocurra después de un año de vigencia ininterrumpida de su contrato.
- 3) La situación del beneficiario que pasa a ser cotizante: La propuesta otorga a los beneficiarios que comienzan a trabajar, la opción de permanecer como cotizantes en la Isapre de la que eran beneficiarios, y le impone a la institución respectiva la obligación de suscribir con ellos un contrato de salud previsional, ofreciéndoles un plan de salud que, como mínimo, se ajuste al monto de la cotización legal que generen. Asimismo, se prohíbe a la Isapre aplicar nuevas restricciones al momento de suscribir el contrato o de exigir una nueva declaración de salud.
- 4) Incorporación de un arancel común y obligatorio para las instituciones de salud previsional. De otro lado, la reforma propuesta plantea la existencia de un arancel único y obligatorio para todas las instituciones, que contemplará las prestaciones incluidas en el arancel del Fonasa en su modalidad de libre elección, y que será elaborado por la Superintendencia de Salud.
- 5) Nuevas atribuciones de fiscalización. Se dota a la autoridad de las facultades para que, ante la constatación de situaciones asociadas al incumplimiento de ciertos indicadores de liquidez, endeudamiento y gestión operativa de las Isapres, se pueda someter a dichas instituciones a un régimen especial de supervigilancia y control.

- 6) Nombramiento de auditores externos. Se dispone que las Isapres deberán designar auditores externos independientes, los que deberán examinar la contabilidad, el inventario, los balances y otros estados financieros, informando por escrito a la superintendencia.
- 7) Traspaso de carteras. La reforma reconoce expresamente la posibilidad de transferir la totalidad de los contratos de salud, otorgando a la Superintendencia facultades para regular a través de instrucciones generales, la forma en la que debe efectuarse la transferencia y para aprobar las operaciones de esta naturaleza que efectúen las Isapres.
- 8) La situación de los beneficiarios, ante la cancelación del registro de la Isapre. El proyecto establece que cancelado el registro de una isapre, el afiliado tendrá el derecho a incorporarse a la institución que elija, caso en el cual la Isapre escogida estará obligada a aceptar la incorporación del cotizante y sus beneficiarios, suscribiendo el contrato de salud respectivo y ofrecer a éste un plan de salud cuyo precio se ajuste a la cotización vigente en la Isapre anterior al momento de la cancelación de su registro.
- 9) Hechos relevantes. Se introduce la obligación de las Isapres de comunicar a la Superintendencia todo hecho o información relevante para fines de supervigilancia y control, respecto de ellas mismas y de sus operaciones y negocios.
- 10) Aumento en el monto de las multas. Las modificaciones a la ley en este aspecto, dicen relación con el fortalecimiento de la capacidad sancionadora de la Superintendencia por la vía de aumentar el monto máximo de las multas aplicables de 500 unidades de fomento a 1.000 unidades de fomento.

- 11) Agentes de ventas. En esta materia se propone el establecimiento de requisitos legales para el ejercicio de la actividad de agente de ventas, la mantención por parte de la Superintendencia de un registro de éstos y la dotación de facultades para que dicho organismo pueda sancionarlos.

- 12) Simplificación y unificación de procedimientos, en materia de licencias médicas. El proyecto, respecto de este punto, considera la uniformación del procedimiento para todos los trabajadores, estableciendo que, de o resuelto por la Isapre, el trabajador o su empleador podrá reclamar directamente a la Superintendencia de Seguridad Social.

- 13) Otras materias. El proyecto contempla otras materias destinadas a aumentar las facultades de la Superintendencia en diversas áreas, y a perfeccionar los beneficios que otorga el sistema.

Así las cosas, se puede concluir que la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.015, sumado a las leyes analizadas precedentemente, y junto a la Ley Nº 19.937, conforman un conjunto de iniciativas legales que no pueden subsistir unas sin las otras, toda vez que existe una interdependencia de fondo y forma entre ellas. Por una parte, se crea la Superintendencia de Salud, ente fiscalizador del área. Por otro, las diversas leyes ya nombradas, intentan mejorar el sistema, otorgándoles mayores facultades de control a dicho ente. Se pretende superar la discriminación y mejorar la eficiencia y la equidad existentes en el sistema de salud chileno, para lo cual se crea el Régimen de Garantías en Salud, que a su vez será fiscalizado por la citada Superintendencia. Lo anterior, sólo por citar ejemplos a grandes rasgos.

En fin, la gran reforma a la salud constituye un enorme avance en todo lo que se propuso reformar, lográndolo con éxito, ya que todas las leyes analizadas en este punto fueron dictadas y publicadas, entrando en vigencia todas en un tiempo no superior a dos años.

Ya han pasado casi 7 años desde aquel movimiento reformista, y propuestas de cambio no han faltado, ya que pese al gran cambio generado, aún persisten problemas en torno al sistema de salud, que se ven reflejados en un sinnúmero de reclamos ejercidos por la sociedad ante la Superintendencia de Salud o los tribunales de justicia del país. Precisamente de ello, se hablará en el próximo punto.

4.- Aspectos objetados por la ciudadanía en relación a las Isapres y al derecho a la protección de la salud en Chile.

Hasta estas líneas, se han tratado diversos temas en relación a las Isapres y al derecho a la protección de la salud. En primer lugar, se vio la historia legislativa en relación a la fiscalización sobre las Isapres, pasando de la Superintendencia de Isapres a la Superintendencia de Salud. Luego, se estudió toda la regulación jurídica en cuanto a contratos de salud se refiere, previo análisis de los temas más importantes respecto de éstos. Por último, y previo a este último punto de este tercer capítulo del presente trabajo, se analizó todo lo referente a propuestas de reforma en torno al sistema de salud, describiéndose las principales leyes que lo han modificado, e identificando cuáles fueron sus principales motivaciones.

Así las cosas, hemos llegado a este punto con un contexto plenamente elaborado, de modo que la comprensión de lo que se tratará aquí sea mucho más elevada. En este acápite, se analizará todo lo relacionado con los aspectos que, a lo largo del tiempo, los usuarios del sistema isapre han objetado. Para lograr este objetivo, en primer lugar, se explicará cuáles han sido los diversos procedimientos de reclamo que se han instaurado en la historia, y cuáles han sido las leyes que han cometido dicha acción, junto con explicar brevemente cómo son dichos procedimientos.

En segundo lugar, se analizará un tema que ha generado mucha controversia en el ámbito de las Isapres, que se ha denominado como judicialización de la salud, y que versa principalmente con la utilización del recurso de protección por parte de afiliado como vía de solución de conflicto con la isapre. Se analizará también la influencia que ha tenido el Tribunal Constitucional al respecto.

Por último, y en tercer lugar, se determinarán cuáles han sido los principales temáticas que los usuarios del sistema de salud han reclamado a través del tiempo, usando como información de apoyo como boletines, estadísticas y estudios confeccionados por la Superintendencia de Salud, que analizan la satisfacción de los usuarios en cuanto a la resolución de los reclamos.

4.1) Los procedimientos de reclamo en la historia

Desde la instauración del sistema de salud en nuestro país han existido conflictos entre sus usuarios y las instituciones que prestan el

servicio. Así, previo a la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 3 (D.F.L. N° 3) en el año 1981, era “el Estado quien a través de organismos como el SERMENA (Servicio Médico Nacional de Empleados) y el SNS (Servicio Nacional de Salud) otorgó directamente las prestaciones y beneficios de salud a la población. Estos servicios, si bien eran autónomos, formaban parte de la administración del Estado y por tanto estaban sujetos a la fiscalización y supervigilancia del gobierno central a través del Ministerio de Salud y de la Contraloría General de la República. A esta misma fiscalización quedó sujeto a partir de su creación el año 1979 el FONASA (Fondo Nacional de Salud)”²⁰³. Cabe precisar que el Fondo Nacional de Salud fue creado mediante la dictación del Decreto Ley N° 2763, que fue publicado en el Diario Oficial el 3 de agosto de 1979.

Como se dijo, al momento de dictarse el D.F.L. N° 3, el sistema de supervigilancia y fiscalización fue modificado, ya que dicha norma estableció que el FONASA era “la primera entidad del Estado encargada de fiscalizar el sistema de ISAPRES”²⁰⁴. Así lo indica el artículo 1 en su inciso segundo al hacer referencia a las instituciones de salud previsional al prescribir que *“Estas instituciones serán fiscalizadas por el Fondo Nacional de Salud de acuerdo con las facultades que expresamente le otorgan en el presente cuerpo legal, sin perjuicio de la fiscalización a que están sujetas de conformidad con el estatuto general que las regula”*.

Sin embargo, y sin perjuicio del avance que representó para nuestro país la dictación de las disposiciones legales previamente citadas, no se precisó en ninguna parte que los usuarios podrían reclamar respecto de las prestaciones recibidas, y menos ante quien podían ejercer dicha acción. Por

²⁰³ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p.p. 57-58. *Los paréntesis son del autor.*

²⁰⁴ *Ibíd.* p. 58.

tanto, no existe constancia de que hubiese existido un procedimiento de reclamo regulado expresamente. Lo único que se reguló, fue, primero, la creación del FONASA y luego, la dotación de ésta de la facultad de fiscalizar a las Isapres. Esto, por cierto, fue en cierta medida peligroso, por dos motivos. Primero, por la sobrecarga de trabajo que representaba para el FONASA el ejercer el rol de prestador de servicios de salud y de fiscalizar a las Isapres al mismo tiempo, y segundo, por el notorio conflicto de interés que ello representa.

Así las cosas, y sumando a lo anterior “el notable desarrollo alcanzado por el sistema de salud privado hizo imperativa la necesidad de creación de una entidad encargada exclusivamente de su fiscalización”²⁰⁵. Fruto de ello, “la Superintendencia de Isapres fue creada a través de la Ley N° 18.933 del año 1990 (siendo éste) un organismo técnico, financiado por el Estado, (y) su misión es supervisar el mercado de los seguros privados de salud, para lo cual cuenta con facultades especiales”²⁰⁶.

El artículo 3 de la Ley N° 18.933 enumera cuáles serán las funciones y atribuciones de esta Superintendencia de Isapres, entre las cuales destacan la N° 3 y N° 5. La primera otorga a la institución la facultad de fiscalización de las Isapres en los aspectos jurídicos y financieros, para el debido cumplimiento de las obligaciones que establece la ley y aquéllas que emanen de los contratos de salud. En la misma línea, la segunda confiere a dicho ente la potestad de “Resolver, a través del Superintendente, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador, sin ulterior recurso, las controversias que surjan entre las Instituciones de Salud Previsional y sus cotizantes o beneficiarios, sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la

²⁰⁵ *Ibíd.* p. 60.

²⁰⁶ *Ibíd.* p. 60.

justicia ordinaria. El superintendente no tendrá derecho a remuneración por el desempeño de esta función”²⁰⁷.

De esta forma, la ley en comento es la primera norma jurídica que regula un procedimiento de reclamo en el sistema privado de salud, actuando el Superintendente como árbitro arbitrador en los conflictos que se susciten entre las Isapres y los usuarios.

Sin embargo, a ello debe agregarse que la ley, en los artículos 6 y 7 establece dos recursos que los afiliados en conflicto pueden interponer. Así, el artículo 6²⁰⁸ instaura el *recurso de reposición*, que procede en contra de las resoluciones e instrucciones emanadas de la Superintendencia, dentro del plazo de 5 días hábiles, quien tendrá el mismo plazo para pronunciarse sobre dicho recurso. Por otro lado, el artículo 7²⁰⁹ consagra el *recurso de reclamación*, que procede ante la resolución dictada por la Superintendencia que deniega la reposición, dentro del plazo de 15 días hábiles, del cual conocerá la Corte de Apelaciones que corresponda. “La resolución que falle este reclamo, será apelable ante la Corte Suprema dentro del plazo de cinco días. El recurso se conocerá en cuenta por una sala de la Corte Suprema sin

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 65.

²⁰⁸ Artículo 6 Ley N° 18.933: En contra de las resoluciones o instrucciones que dicte la Superintendencia podrá deducirse recurso de reposición ante esa misma autoridad dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde la fecha de la notificación de la resolución o instrucción. La Superintendencia deberá pronunciarse sobre el recurso, en el plazo de 5 días hábiles, desde que se interponga.

²⁰⁹ Artículo 7 inciso 1 Ley N° 18.933: En contra de la resolución que deniegue la reposición, el afectado podrá reclamar, dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación, ante la Corte de Apelaciones que corresponda, la que deberá pronunciarse en cuenta sobre la admisibilidad del reclamo y si éste ha sido interpuesto dentro del término legal.

esperar la comparecencia de las partes, salvo que se estime conveniente traer los autos en relación”²¹⁰.

Respecto del recurso de reclamación antes señalado, cabe hacer una apreciación. “Hasta antes de la promulgación de la Ley N° 19.381 del año 1995, la sola notificación de la interposición del reclamo ante la Corte de Apelaciones suspendía los efectos de la resolución o instrucción recurrida. Actualmente, esta notificación no suspende los efectos de lo ordenado por la Superintendencia, sin perjuicio de las facultades de la Corte de dictar una orden de no innovar. Salvo que se trate de una resolución que aplique una multa o cancelen o denieguen el registro de una isapre, caso en el cual se cumplirán una vez que se encuentren ejecutoriadas”²¹¹.

En mérito de lo expuesto, y de las normas citadas, se puede decir que el anterior fue el régimen de reclamos que rigió desde la dictación de la Ley N° 18.933 hasta el año 1999, fecha en la que la Superintendencia de Isapres dictó la Circular N° 54, que imparte instrucciones sobre la tramitación de reclamos ante las Isapres. Con esto, se amplía a dos las instituciones que recibirán y resolverán los reclamos interpuestos por los afiliados, puesto que “en dicha circular, se expresa que se ha tenido como objetivo el evitar la intervención de la autoridad ante diferencias que en principio, pueden ser resueltas por las partes a través de un procedimiento debidamente regulado”²¹².

²¹⁰ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p. 76.

²¹¹ *Ibíd.* p. 77.

²¹² *Ibíd.* p. 82.

Sin embargo, no sólo los procedimientos de reclamos ya señalados fueron los únicos establecidos entre los años 1990 (fecha en que se dictó la Ley N° 18.933 y 1999 (fecha en que se dictó la Circular anteriormente citada). En el intertanto, fueron dictadas diversas leyes que establecieron diversos tipos de procedimientos de reclamos, los cuales se pasan a exponer –incluido el procedimiento inicialmente tratado, donde el superintendente actúa como árbitro arbitrador-, de manera esquemática, a continuación.

4.1.1) Procedimiento de arbitraje ante el Superintendente de Isapres

Ya se había señalado que la Ley N° 18.933 en su artículo 3 N° 5 había dotado a la Superintendencia de Isapres de resolver los conflictos que se originen entre las Isapres y los afiliados, actuando el Superintendente como árbitro arbitrador. Pues bien, para los efectos de establecer concretamente este procedimiento de arbitraje, dicho ente dictó la Circular N° 7 del 15 de marzo de 1991 que fija el procedimiento de arbitraje ante el citado funcionario.

El procedimiento que dicha Circular fijó es el siguiente²¹³:

- Las notificaciones se hacen por carta certificada, y se entienden practicadas una vez transcurridos tres días hábiles contados desde la recepción de la carta por la oficina de correos correspondiente.

²¹³ Este procedimiento fue extraído desde BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p.p. 87-91, toda vez que fue imposible conseguir el texto original de la citada Circular.

- Todos los plazos que se señalan en este procedimiento son de días hábiles y se considera inhábil el día sábado.
- Las partes pueden comparecer personalmente en este procedimiento, sin perjuicio de que opten por comparecer a través de abogado habilitado.
- Habrá una Comisión Consultiva de Resolución de Controversias que funcionará como organismo asesor y estará integrada por una serie de funcionarios de la Superintendencia.
- En cualquier estado del procedimiento, sea a petición de parte o de oficio, el Superintendente puede citar a las partes para que aporten mayores antecedentes o para procurar lograr una conciliación.
- El reclamo o solicitud de arbitraje se presenta en la oficina de partes de la Superintendencia, se puede enviar por correo, por fax a través del sitio web de la misma. Deben adjuntarse todos los documentos que sirvan de fundamento o apoyo al reclamo.
- Una vez interpuesto el reclamo, éste se asigna a un funcionario de la institución, quien hace las veces de actuario y es responsable de su tramitación completa.
- Cumplidos estos trámites, se dicta una resolución ordenando poner el reclamo en conocimiento de la otra parte, la que tiene un plazo de cinco días para contestar, bajo el apercibimiento de proseguir el procedimiento sin su respuesta.
- Si la parte reclamada requiere de un mayor plazo para contestar, puede solicitar por escrito y antes del vencimiento del plazo original, la prórroga de éste. El superintendente debe pronunciarse en el mismo

acto respecto de esta solicitud y la prórroga en ningún caso puede exceder de tres días.

- Transcurrido el plazo concedido al reclamado para contestar, el funcionario que actúa como actuario, presentará el caso a la Comisión Consultiva de Resolución de Controversias.
- La Comisión oye la relación del funcionario y estudia los antecedentes, luego si considera que existen hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos que acreditar, puede abrir un término probatorio de diez días.
- Si la Comisión estima que los hechos están debidamente acreditados y los antecedentes permiten arribar a una conclusión, debe proponer una resolución al superintendente.
- Luego del término probatorio, viene la etapa de fallo, donde la Circular detalla específicamente los requisitos que debe cumplir la sentencia arbitral. Concluye dicho documento señalando que será competente el superintendente para conocer de todo lo relacionado con el cumplimiento de su fallo, pudiendo imponer sanciones por renuencia o retardo en su ejecución.
- Cabe señalar que el artículo 3 inciso 1 N° 5 de la Ley N° 18.933 dispone que respecto de las sentencias arbitrales no procede ulterior recurso. Sin embargo, conforme a los principios de nuestro derecho procesal, resulta procedente el Recurso de Queja, que será conocido por la Corte de Apelaciones respectiva.

Ahora bien, se dijo que este fue el procedimiento inicialmente regulado por la Superintendencia de Isapres. Sin perjuicio del avance que

ello representó, este procedimiento ha sufrido diversas modificaciones con el paso del tiempo. Primero, la instaurada por la Ley N° 19.937 en febrero de 2004, y segundo, las implementadas por diversas Circulares dictadas por la Superintendencia de Salud, a partir del año 2005.

En cuanto a los cambios introducidos a este procedimiento por la Ley N° 19.937, se puede señalar lo siguiente. Esta ley se hace cargo de este procedimiento en el párrafo tercero de su Título II, que se titula precisamente “De las controversias entre los beneficiarios y los seguros previsionales de salud”. Esta regulación fue sistematizada al dictarse el D.F.L. N° 1 en el año 2005, encontrándose tratada en el párrafo tercero del Título II de dicha norma.

Básicamente, se establece un procedimiento de arbitraje, cuya finalidad es resolver las controversias que surjan entre las instituciones y sus beneficiarios, donde el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales actuará en calidad de árbitro arbitrador, siempre que dichas controversias queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia de Salud.

Sin embargo, no se especifica en detalle cómo será esta forma de solución de conflicto, sino que se señalan aspectos más bien generales en torno al mismo. Ello, porque el inciso segundo del artículo 8²¹⁴ encomendó la

²¹⁴ Artículo 8 inciso segundo Ley N° 19.937: La Superintendencia, a través de normas de general aplicación, regulará el procedimiento que deberá observarse en la tramitación de controversias, debiendo velar porque se respete la igualdad de condiciones entre los involucrados, la facultad del reclamante de retirarse del procedimiento en cualquier momento y la imparcialidad en relación a los participantes.

tarea de regular este procedimiento a la Superintendencia de Salud, a través de la dictación de normas de general aplicación.

Es así como la Superintendencia, con fecha 8 de julio de 2005, dictó la Circular IF/Nº 8, que 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 de salud y sus cotizantes o beneficiarios.

En términos simples, esta Circular establece un nuevo procedimiento de arbitraje, ya que deroga las Circulares dictadas por la Superintendencia de Isapres que lo habían regulado con anterioridad²¹⁵. Dicho procedimiento, es el siguiente:

- El reclamo o solicitud de arbitraje debe contener, al menos: i) la individualización completa del reclamante y/o de quien lo representa, señalándose el nombre, número de cédula de identidad, domicilio y profesión u oficio del cotizante o beneficiario, y el nombre de la institución correspondiente a quien reclama; ii) breve y clara exposición de los hechos que motivan el reclamo y los antecedentes que le sirven de fundamento; iii) enunciación precisa y clara de las peticiones concretas que se someten al conocimiento y resolución del árbitro; iv) poder simple de representación cuando corresponda, y; v) firma del reclamante y/o su apoderado
- Los reclamos deben ser presentados en la Oficina de la Superintendencia de Salud correspondiente al último domicilio que

²¹⁵ Circulares Nº 7, Nº 13 y Nº 76 del 15.03.1991, 06.11.1991 y 06.02.2004 respectivamente.

hubiere fijado el cotizante o beneficiario en su contrato de salud, o ante el Fonasa, según sea el caso.

- El árbitro puede, de oficio, no dar curso progresivo al reclamo que no contenga alguno de los requisitos señalados anteriormente, expresando el reparo formulado, el que deberá ser subsanado dentro del quinto día, bajo el apercibimiento de tenerlo por no presentado.
- El proceso constará en un expediente escrito o electrónico debidamente foliado, en el que figurarán todas las actuaciones del Tribunal y de las partes.
- Admitido a tramitación el reclamo, el Tribunal dictará una resolución en la que ordenará ponerlo en conocimiento de la contraparte, concediéndole un plazo de diez días hábiles para contestar, bajo apercibimiento de proseguir el procedimiento sin su respuesta. En dicha resolución se pronunciará derechamente sobre las cuestiones incidentales que contenga el reclamo, a menos que, por su naturaleza, deban ser resueltas en la sentencia definitiva.
- La contestación debe contener al menos: i) individualización del reclamado; ii) exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, y; iii) firma del reclamado y/o apoderado cuando corresponda.
- Evacuado el trámite de la contestación de la demanda, si el árbitro estima que los hechos están debidamente acreditados, dictará sentencia. Por el contrario, si cree necesario recibir la causa a prueba, decretará este trámite, fijando los hechos que considere sustanciales, pertinentes y controvertidos que hayan de acreditarse, para lo cual se abrirá un término probatorio de veinte días hábiles.
- Se admitirán todo tipo de pruebas, sin perjuicio de que éstas serán calificadas por el Tribunal, quien determinará la procedencia de las

diligencias probatorias solicitadas por las partes, pudiendo desechar, de plano, aquéllas que estime improcedentes o inconducentes para la resolución de la controversia.

- Vencido el término probatorio, y dentro de los cinco días hábiles siguientes, las partes podrán hacer observaciones a la prueba. Transcurrido ese plazo, el juicio quedará en estado de fallo.
- No obstante lo anterior, si el tribunal lo estima conveniente, en la resolución que pone en conocimiento del reclamo a la parte reclamada, podrá citar a las partes a audiencia de contestación, conciliación y prueba, pudiendo requerir de ellas que aporten determinados medios de prueba. Las partes deberán concurrir a dicha audiencia con las pruebas que sirvan de fundamento a sus pretensiones y en ella se procederá a la exposición verbal de la demanda y de las peticiones formuladas por el reclamante. Acto seguido, el reclamado podrá oponer las excepciones que correspondan, contestando en subsidio, la demanda por escrito o bien, contestarla derechamente. Luego el tribunal instará a las partes a una conciliación. Si ésta no se produjere, se recibirá la causa a prueba.
- Si durante el juicio las partes llegasen a un acuerdo extrajudicial que ponga término al mismo, deberán comunicarlo por escrito al Tribunal. En caso de avenimiento, éste tendrá el carácter y fuerza de sentencia definitiva, una vez aprobado por el Tribunal.
- Si antes que se dicte sentencia se hace imposible la continuación del procedimiento, el Tribunal comunicará a las partes que se dispondrá el archivo del expediente, indicando el antecedente que ha tenido a la vista para ello. Cualquiera de las partes podrá oponerse si hace valer razones fundadas, dentro del plazo de cinco días.

- La sentencia deberá contener: i) fecha y lugar en que se expide; ii) individualización de las partes; iii) enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y sus fundamentos; iv) enunciación breve de las excepciones o defensas alegadas por el demandado; v) consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia; vi) enunciación de normas jurídicas y de los principios de prudencia y equidad en que se fundamenta la resolución; vii) la decisión del asunto controvertido, y; viii) orden de notificar la resolución a las partes.
- Durante la tramitación del juicio, en contra de las resoluciones dictadas por el Tribunal sólo procederá el recurso de reposición, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días contado desde su notificación. Formulado el incidente, el Tribunal podrá resolverlo de plano o conferirle traslado a la otra parte, por el término de tres días hábiles. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, se pronunciará sin más trámite.
- Contra la sentencia definitiva, podrán las partes solicitar al Tribunal que se enmiende o rectifique cualquier error numérico, de cálculo o copia, o se aclare algún concepto oscuro u omisión del fallo.
- Asimismo, contra dicha resolución podrá deducirse recurso de reposición ante el Intendente, el que deberá interponerse en el plazo fatal de 10 días hábiles contados desde la fecha de notificación de la sentencia arbitral. Deberá darse traslado del recurso a la otra parte, por el término de cinco días hábiles. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Intendente deberá pronunciarse sobre el recurso en el plazo de 30 días hábiles.
- Resuelto el recurso de reposición, el afectado podrá apelar ante el Superintendente dentro de los 10 días hábiles siguientes a su

notificación para que se pronuncie en calidad de árbitro arbitrador. Deberá darse traslado del recurso a la otra parte por el plazo de 5 días hábiles. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Superintendente deberá pronunciarse sobre el recurso en el plazo de 30 días hábiles.

Como se puede apreciar, la Circular que se analiza establece un procedimiento de arbitraje muchísimo más completo que sus antecesoras, de una forma más transparente y detallada, teniendo siempre en consideración principios esenciales del derecho procesal, para resguardar el derecho a la protección de la salud de los afiliados y beneficiarios.

Cabe destacar ciertos aspectos respecto a este procedimiento que se incluyen en la regulación de esta Circular. Primero, sobre la modernización del procedimiento, en cuanto a la posibilidad de notificar de manera electrónica las resoluciones que se dicten durante el proceso, y la formación de expediente electrónico del mismo. Ello, fue implementado por la Circular IF/ N° 89 de 29 de diciembre de 2008.

Por otro lado, se debe hacer mención a la Circular IF/ N° 117, de 27 de abril de 2010, que agregó a este procedimiento una serie de normas que regulan el proceso de cumplimiento de las sentencias dictadas en él. En tercer lugar, se debe destacar lo dispuesto en la Circular IF/ N° 135, de 22 de octubre de 2010, que instaura el sistema de reloj buzón en las oficinas de la Superintendencia de Salud, para los efectos de la recepción de escritos y sus respectivos documentos, fuera del horario de funcionamiento de la misma.

Junto a dichas circulares, debe destacarse a la Circular IF/Nº 17, de fecha 15 de marzo de 2006, que “Imparte instrucciones sobre la mediación para controversias entre Isapres y Fonasa y los cotizantes y/o beneficiarios”. Esta norma jurídica permite que las partes que hayan requerido la intervención del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud en una controversia que tenga lugar entre un beneficiario y su asegurador de salud, atendida su calidad de árbitro arbitrador, podrán convenir que dicho litigio sea sometido, previamente, a mediación. Ésta, “es un procedimiento no adversarial, que tiene por objeto propender a que mediante la comunicación directa entre las partes y con la intervención de un Mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”²¹⁶.

Por último, debe hacerse presente que lo dicho sobre las tres últimas circulares y las materias reguladas por ellas, no sólo corresponden al procedimiento de arbitraje, sino que también son aplicables al procedimiento que se analiza a continuación.

4.1.2) Procedimiento de reclamo ante las Isapres

Para poder regular este procedimiento, y tal como se dijo líneas más arriba, la Superintendencia de Isapres dictó, en el año 1999, la Circular Nº 54, que imparte instrucciones sobre la tramitación de reclamos ante las instituciones de salud previsional. “En dicha circular se expresa que se ha tenido como objetivo el evitar la intervención de la autoridad ante diferencias que en principio, pueden ser resueltas por las partes a través de un

²¹⁶ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Circular IF/Nº 17: “Imparte instrucciones sobre la mediación para controversias entre Isapres y Fonasa y los cotizantes y/o beneficiarios”. Santiago, Chile. p. 2.

procedimiento debidamente regulado”²¹⁷. En otras palabras, este procedimiento de reclamos se instauró en nuestro sistema de salud teniendo al principio de economía procesal como fin último.

Los aspectos generales de este procedimiento que esta Circular regula son los siguientes²¹⁸:

- Se define el concepto de reclamo como la presentación escrita sobre cualquier situación que, a juicio del reclamante, constituya una irregularidad o incumplimiento contractual en que haya incurrido una isapre, como también, el requerimiento de información sobre cualquier materia relacionada con el contrato de salud previsional.
- La circular también contiene en su anexo N° 2 una clasificación de los reclamos según la materia de la que se trate, debiendo las Isapres ordenar los reclamos según esa enumeración.
- Quedan expresamente exceptuados de la aplicación de este procedimiento los casos enumerados en el N° 3 del capítulo 1 de la circular, que son: a) Los casos que se tramiten y resuelvan de acuerdo al procedimiento arbitral; b) Los reclamos que se refieran a rechazo o modificación de licencias médicas, que se interponen ante el COMPIN (Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez); c) Los reclamos por incumplimiento de las resoluciones de las COMPIN que dispongan el pago de

²¹⁷ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p. 82.

²¹⁸ Este procedimiento fue extraído desde BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p.p. 82-83, toda vez que fue imposible conseguir el texto original de la citada Circular.

subsidios por incapacidad laboral, que se efectúan ante la Superintendencia; d) Los reclamos por terminación del contrato de salud, que se interponen ante la Superintendencia, y; e) Los reclamos relativos a los aspectos procesales de la tramitación de licencias médicas, que también se presentan ante dicho ente.

En cuanto al procedimiento que la citada disposición normativa establece, se puede señalar lo siguiente²¹⁹:

- Las Isapres tienen la obligación de recibir, registrar y responder todos los reclamos que se les presenten o que la Superintendencia les derive. Debiendo tramitarlos y resolverlos de manera completa, precisa, clara y oportuna.
- Los reclamos pueden ser presentados en la casa matriz y en todas las agencias o sucursales de la isapre, personalmente, por correo o por fax, en horario normal de atención y sin restricciones de horarios especiales.
- Si el reclamo es presentado personalmente, la isapre deberá otorgar un comprobante que acredite la recepción de éste.
- Una vez recibido el reclamo, la isapre debe inscribirlo en el Registro de Reclamos.

²¹⁹ Este procedimiento fue extraído desde BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p.p. 83-86, toda vez que fue imposible conseguir el texto original de la citada Circular.

- Efectuado el registro, la isapre debe formar el expediente, en el que se deben ir acumulando todos los antecedentes y documentos del caso.
- La isapre debe dar respuesta al reclamo en el plazo único e improrrogable de 15 días hábiles contados desde su recepción, debiendo dentro de este plazo evaluar los antecedentes y efectuar todas las gestiones que estime pertinentes. Si corresponde, la respuesta deberá señalar el plazo dentro del cual la isapre dará cumplimiento a lo resuelto, el que no podrá pasar de cinco días hábiles desde el vencimiento del plazo anterior.
- La respuesta debe contener, a lo menos, la identificación del reclamante, la enunciación breve de la materia reclamada, la especificación y explicación de los antecedentes considerados para resolver, la decisión del asunto reclamado y, en caso de ser procedente, el plazo y forma en que se dará cumplimiento a lo resuelto.
- La respuesta debe ser notificada por correo privado o carta certificada al reclamante.
- Si el reclamante no está conforme con la respuesta y estima necesaria la intervención de la Superintendencia, puede recurrir ante este organismo solicitando la revisión de su reclamo, presentando una solicitud en cualquier oficina de la misma, personalmente, por correo o por fax.
- Presentada la solicitud de revisión, la Superintendencia requerirá a la isapre para que dentro de cinco días hábiles remita el expediente y demás antecedentes del caso.

- La Superintendencia resolverá de acuerdo al mérito de los antecedentes notificando su decisión a ambas partes, y, de ser procedente, otorgará un plazo para que ésta sea cumplida.

Con posterioridad a la dictación de la citada Circular, el espíritu del procedimiento que ella instauró, fue mantenido en el tiempo, lo que se ve ejemplificado al momento de dictarse la Ley N° 19.937, ya que en su artículo 18 inciso primero²²⁰ señala que los afiliados, tanto del sistema público como del privado de salud, podrán deducir reclamos administrativos ante la Superintendencia de Salud, siempre que dichos reclamos hayan sido conocidos y resueltos por las entidades correspondientes.

Como se puede apreciar, de la sola lectura del citado inciso, uno puede dar cuenta de ciertas modificaciones que, con el paso del tiempo, fueron siendo introducidas en el procedimiento que acá se analiza. Por ejemplo, la posibilidad de poder presentar el reclamo ante la institución correspondiente a través de medios electrónicos.

²²⁰ Artículo 18 inciso primero Ley n° 19.937: Los afiliados y beneficiarios de las leyes N° 18.469 y N° 18.933 sólo podrán deducir reclamos administrativos ante la intendencia respectiva en contra del Fondo Nacional de Salud, de las instituciones de salud previsual o los prestadores de salud, una vez que dichos reclamos hayan sido conocidos y resueltos por la entidad que corresponda, fundadamente y por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia. Si la intendencia de que se trate recibe un reclamo sin que se haya dado cumplimiento a lo señalado precedentemente, ésta procederá a enviar el reclamo a quien corresponda.

Por otra parte, cabe destacar que el inciso segundo del mismo artículo²²¹ señala que será la propia Superintendencia quien regulará el procedimiento de reclamo, a través de la dictación de Circulares. Cabe destacar que lo regulado en ambos incisos del artículo 18 de la Ley N° 19.937 es refrendado en el artículo 127 del D.F.L. N° 1, en sus dos primeros incisos.

En efecto, con fecha 6 de mayo de 2005, la Superintendencia de Salud dictó la Circular IF/N° 4, que “Imparte instrucciones sobre tramitación de reclamos ante el Fondo Nacional de Salud e Instituciones de Salud Previsional”. Esta disposición normativa vino en modernizar el procedimiento de reclamo contra Isapres y Fonasa, derogando las Circulares que antes lo regulaban, como eran las circulares N° 54 y 67, de fecha 30.07.1999 y 07.06.2002, ambas de la Superintendencia de Isapres.

Dicha Circular IF/N° 4 incluye ciertas novedades que son meritorias de destacar. Primero, incluye la posibilidad de realizar presentaciones por parte del afiliado por medios electrónicos, al igual que permite la posibilidad de que la Superintendencia notifique por dicho medio, o incluso por cualquier medio idóneo convenido por las partes. Por otro lado, obliga a las Isapres a mantener un registro de todos los reclamos, ordenados según los anexos que la circular incluye, para efectos estadísticos de interés del ente fiscalizador. Además, especifica de manera detallada los requisitos que debe cumplir tanto el reclamo como la respuesta que debe otorgar la isapre al reclamante.

²²¹ Artículo 18 inciso segundo Ley N° 19.937: La Superintendencia fijará, a través de normas de general aplicación, el procedimiento que se seguirá en los casos señalados en el inciso anterior.

Así las cosas, los aspectos procedimentales más relevantes regulados por esta Circular, son los siguientes:

- El reclamo se define como toda presentación formal a raíz de un conflicto particular suscitado entre el Fondo Nacional de Salud o una Institución de Salud Previsional, por una parte, y uno o más cotizantes, beneficiarios, ex cotizantes o ex beneficiarios, por la otra, dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.
- La entidad reclamada recibirá, registrará, en su caso, formará el expediente respectivo y dará respuesta a los reclamos que se les presenten o que la Superintendencia de Salud le derive.
- Los reclamos podrá ser presentados en cualquiera de las oficinas, agencias o sucursales de la entidad reclamada en que se atiende público, dentro del horario habitual de atención.
- Tanto las Isapres como Fonasa deberán implementar un Registro de Reclamos único, donde inscribirán en forma correlativa todos los reclamos que reciban.
- La entidad reclamada deberá abrir un expediente, con la identificación del reclamante, el que deberá contener los antecedentes y documentos que se acumulen durante el proceso de reclamación.
- La entidad reclamada estará obligada a responder por escrito el reclamo presentado abarcando todas las cuestiones planteadas en él, que sean de su competencia.
- Por regla general, el plazo para emitir la respuesta a los reclamos será de 15 días hábiles, contado desde el día hábil siguiente a su

recepción. Excepcionalmente, en el evento que deban requerirse antecedentes a terceros y que se estimen determinantes para responder el reclamo, el mencionado plazo será de 30 días hábiles, transcurrido el cual, la entidad deberá responder con los antecedentes que disponga.

- La respuesta del reclamo podrá notificarse por cualquier medio que disponga la entidad reclamada, en la medida que esté en condiciones de acreditar ante la Superintendencia de Salud y terceros interesados, la fecha de remisión o entrega de la comunicación respectiva y su contenido.
- El reclamante siempre podrá requerir de la Superintendencia de Salud la revisión de lo resuelto por la entidad reclamada. El ente fiscalizador resolverá al mérito de los antecedentes que obren en el expediente respectivo, el que deberá serle remitido en el plazo de 5 días hábiles, y notificará su pronunciamiento a las partes, otorgando, de ser procedente, un plazo para que sea cumplida.

Sin perjuicio de ello, y tomando en consideración lo señalado en el último punto, la Superintendencia de Salud dictó, con fecha 2 de octubre de 2007 la Circular IF/Nº 54, que “Imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo para el conocimiento, tramitación y resolución de reclamos interpuestos por los cotizantes y beneficiarios en contra de las instituciones de salud previsual o el fondo nacional de salud”.

De esta forma, se complementa el procedimiento de reclamo anterior con uno diferente. El primero, regulado por la Circular IF/Nº 4, es un procedimiento de reclamo contra la Institución de salud previsual o Fonasa, de los cuales conocen y resuelven dichas instituciones. El segundo, regulado

por la Circular IF/Nº 54, es un procedimiento de índole administrativa, del cual conoce y resuelve el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, que constituye una etapa superior al procedimiento antes señalado.

Así las cosas, para la Circular IF/Nº 54, el procedimiento de reclamo administrativo es un “conjunto de actuaciones, diligencias y/o trámites conducentes al conocimiento, tramitación y resolución de un reclamo por el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, en el ámbito administrativo”²²².

Respecto de este último procedimiento, se puede destacar lo siguiente:

- Todo reclamo, para ser sometido a este procedimiento, deberá haber sido conocido previamente por la entidad reclamada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 127 del D.F.L. Nº 1 de 2005 y en la Circular IF/Nº 54. En consecuencia, aquellos reclamos que no cumplan con este requisito, serán derivados al Fonasa o a la Isapre que corresponda para su pronunciamiento, informándose tal circunstancia al reclamante.
- El reclamo deberá contener, al menos: i) la individualización del reclamante y/o quien lo representa; ii) identificación de la institución contra quien se dirige el reclamo; iii) lugar y fecha del reclamo; iv) relación breve y clara de los hechos que motivan el reclamo y los antecedentes que le sirven de fundamento; v) enunciación precisa y

²²² SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *“Circular IF/Nº 54: Imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo para el conocimiento, tramitación y resolución de reclamos interpuestos por los cotizantes y beneficiarios en contra de las instituciones de salud previsional o el fondo nacional de salud”*. Santiago, Chile. p. 2.

clara de las peticiones concretas que se someten al conocimiento y resolución de la Intendencia; vi) copia del reclamo y de la respuesta de la entidad reclamada, si ésta la hubiera emitido; vii) poder simple de representación, cuando corresponda, y; viii) firma del reclamante y/o su apoderado.

- Si el reclamo no reúne dichos requisitos, se ordenará al interesado que dentro de un plazo de cinco días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos respectivos, bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado.
- Las resoluciones dictadas en el procedimiento deberán ser notificadas a las partes, conteniendo su texto íntegro, por medios electrónicos o mediante carta certificada dirigida al domicilio que el interesado hubiere designado en su primera presentación o que haya comunicado con posterioridad a dicho acto.
- Las notificaciones también podrán practicarse en forma personal, por medio de funcionario competente de la Superintendencia de Salud, quien dará copia íntegra del acto o resolución que se notifica y certificará tal circunstancia en el expediente respectivo.
- Los plazos de días establecidos en el procedimiento son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los sábados, domingos y festivos.
- Por razones de economía procesal, la Intendencia podrá disponer la acumulación de dos o más reclamos, cuando exista identidad entre las partes y cuando exista identidad de hechos y pretensiones entre usuarios de una misma entidad reclamada.

- El procedimiento constará en un expediente escrito o electrónico debidamente foliado, en el que figurarán todas las actuaciones de la autoridad y de las partes.
- Una vez recibido el reclamo, se requerirá a la entidad reclamada el envío del expediente del reclamo tramitado de conformidad a la Citada Circular IF/Nº 4, lo que se notificará al reclamante.
- Allegados los antecedentes del caso, se determinarán los hechos relevantes que requieran ser acreditados, ordenándose las diligencias y/o trámites que, de acuerdo a derecho, permitan esclarecer el asunto controvertido, cuyo mérito se apreciará en conciencia.
- Como diligencias probatorias, la Intendencia podrá ordenar que se practiquen alguna de las siguientes: i) dictación de oficios requiriendo información o antecedentes adicionales a la entidad reclamada, al reclamante, a prestadores o a otras instituciones, públicas o privadas; ii) declaración del reclamante, de funcionarios de la entidad reclamada o testigos, y; iii) solicitud de informes periciales sanitarios y/o fiscalizaciones, especialmente del Subdepartamento Médico y del Subdepartamento de Control de Régimen Complementario de la Superintendencia de Salud.
- Una vez agotadas las diligencias probatorias, se procederá a resolver el reclamo mediante un oficio de término, el cual será notificado a todas las partes.
- En contra de las resoluciones o instrucciones que dicte la Intendencia, podrá deducirse recurso de reposición ante esa misma autoridad, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva.

- En contra de la resolución que deniegue la reposición, el afectado podrá reclamar dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación, ante la Corte de Apelaciones que corresponda.
- Procederán, además, los recursos jerárquico y de revisión ante el Superintendente de Salud, en los casos y de acuerdo a las formalidades establecidas expresamente en los artículos 59 y 60 de la Ley N° 19.880.
- En caso que los actos administrativos de término contengan errores de copia, de referencia o de cálculo numérico, o bien incluyan aspectos oscuros o dudosos, procederá el recurso de rectificación, aclaración o enmienda.

4.1.3) Procedimiento de reclamo por Licencias Médicas

Este procedimiento está regulado detalladamente en el Decreto Supremo N° 3 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de mayo de 1984.

Dicha norma define, en su artículo primero, que se entiende por licencia médica, indicando que es *“el derecho que tiene el trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, durante un determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona, en adelante “él o los profesionales”, según corresponda, reconocida por su empleador en su caso, y autorizada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, en adelante “Compin” , de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, en*

adelante “Seremi”, que corresponda o Institución de Salud Previsional según corresponda, durante cuya vigencia podrá gozar de subsidio de incapacidad laboral con cargo a la entidad de previsión, institución o fondo especial respectivo, o de la remuneración regular de su trabajo o de ambas en la proporción que corresponda”²²³.

Ahora bien, este es un procedimiento donde la Isapre no tiene el rol de receptor de reclamos, sino más bien cumple la función de autorizar, rechazar o modificar la licencia médica que le fue presentada por el trabajador, ya sea dependiente ya sea independiente. Por tanto, el ente que hace las veces de ente receptor y que en definitiva resuelve el reclamo es la COMPIN.

Los aspectos procesales más relevantes son los siguientes²²⁴:

- El trabajador dependiente de sector privado, afiliado a isapre, tiene el plazo de dos días hábiles para presentar la licencia al empleador. En el caso de ser trabajador de sector público, el plazo será de tres días hábiles. El plazo se cuenta desde la fecha del inicio.
- Los trabajadores independientes deben presentar la licencia directamente en la isapre.
- La licencia se tramita por medio de un formulario único para todos los trabajadores.

²²³ MINISTERIO DE SALUD. “Decreto Supremo Nº 3: Reglamento de autorización de licencias médicas por la COMPIN e Instituciones de Salud Previsional”. Santiago, Chile, 1984. p. 1.

²²⁴ Este procedimiento fue extraído desde BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p.p. 91-94.

- El empleador debe presentar dicho formulario dentro de los tres días hábiles siguientes a la isapre, a quienes les corresponde la tramitación y autorización de las licencias médicas. Estas instituciones cuentan con el plazo de tres días hábiles para autorizar, rechazar o modificar la licencia médica que le fue presentada. La isapre debe notificar por correo certificado su decisión al afiliado y a su empleador.
- Si la isapre rechaza o modifica la licencia médica, el trabajador puede reclamar ante la citada comisión dentro del plazo de quince días hábiles desde la recepción del pronunciamiento de la isapre respectiva. La COMPIN tiene un plazo de veinte días hábiles para enviar su resolución por carta certificada al afectado.
- El empleador también puede reclamar ante la comisión si estima que la licencia no ha debido otorgarse o ha debido otorgarse por un período de tiempo menor.
- Si la persona no queda conforme por lo resuelto por la COMPIN, puede apelar ante la Superintendencia de Seguridad Social en contra de dicha resolución.

Ahora bien, luego de lo expuesto, cabe preguntarse lo siguiente: ¿En qué instancia actúa, en este procedimiento, la Superintendencia del ramo? En el año 1995, al dictarse la Ley N° 19.381, se agregó el inciso final del artículo 37 de la Ley N° 18.933, con lo cual se ampliaron las facultades de la Superintendencia de Isapres, encomendándole la fiscalización de los aspectos procesales de los reclamos por licencias médicas. Dicha facultad fue traspasada a la Superintendencia de Salud, una vez creada ésta a través de la Ley N° 19.937.

4.1.4) Procedimiento de reclamo por incumplimiento de la Isapre en el ámbito de las prestaciones mínimas obligatorias y subsidios de la Ley N° 18.469

Este procedimiento, tal como lo señala el título, se relaciona con las prestaciones mínimas obligatorias y subsidios establecidos en la Ley N° 18.469, a saber el otorgamiento de medicina preventiva, protección de la mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo y del niño hasta los seis años, así como el pago de subsidios cuando proceda, los cuales son obligatorios tanto para los afiliados del sistema público como para los del sistema privado de salud.

El mandato legal para que las Isapres cumplan con el otorgamiento de dichas prestaciones se encuentra en el inciso primero del artículo 35 de la Ley de Isapres²²⁵ (N° 18.933), que a su vez contiene el procedimiento de reclamo que pueden utilizar los afiliados en caso de estimar que estime que lo obtenido por concepto de las prestaciones pecuniarias ya señaladas, es inferior a lo establecido en la Ley N° 18.469.

Cabe destacar que este procedimiento fue primitivamente regulado por la Ley N° 18.933, pero que posteriormente fue modificado por la dictación de la Ley N° 19.831.

²²⁵ Artículo 35 inciso primero Ley N° 18.933: Las instituciones estarán obligadas respecto de sus beneficiarios a dar cumplimiento a lo establecido en la Ley N° 18.469, en lo relativo al otorgamiento del examen de medicina preventiva, protección de la mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes de nacimiento del hijo y del niño hasta los seis años; así como para el pago de los subsidios cuando proceda.

Así las cosas, el procedimiento de reclamo que aquí se trata es el siguiente:

- Si el cotizante estima que lo obtenido por concepto de las prestaciones pecuniarias indicadas precedentemente, es inferior a lo establecido en la Ley N° 18.469, podrá recurrir a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) correspondiente al domicilio que fije en el contrato de salud.
- El reclamo deberá ser presentado por escrito directamente ante dicha Comisión, señalando en forma precisa sus fundamentos.
- El COMPIN conocerá del reclamo en única instancia, previo informe de la institución de salud previsional reclamada, que deberá emitirlo, a más tardar, dentro de los tres primeros días hábiles siguientes al requerimiento.
- Transcurrido el plazo de diez días hábiles, contado desde la fecha de presentación del reclamo, con o sin el informe a que se refiere el inciso anterior, la Comisión emitirá su resolución y en ella fijará el plazo, condiciones y modalidades para su cumplimiento.
- Si la isapre no cumpliera con lo resuelto por la COMPIN, el cotizante podrá solicitar el pago a la Superintendencia de Salud, quien hará efectiva la garantía a que se refiere el artículo 26 de la Ley N° 18.933, hasta el monto del subsidio adeudado pagándolo de inmediato.

4.1.5) Procedimiento de reclamo ante el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)

Según la interpretación que pueda hacer cada afiliado, más de alguno ha pensado que las prestaciones médicas que otorgan las Isapres son bienes de consumo que le son entregados, por lo que, frente a algún conflicto en ese sentido, han interpuesto reclamos en contra de dichas instituciones en el SERNAC. Esto, generó un problema para este servicio público, ya que comenzó a generar una sobrecarga de trabajo, al recibir reclamos directamente sin una instancia previa en la misma isapre.

Ante dicha situación, en el mes de enero del año 2004, el SERNAC celebró “un convenio de cooperación con la Superintendencia de Isapres, implementando un sistema de atención integral en una sola plataforma (ventanilla única), denominado SERNAC FACILITA”²²⁶.

En virtud de dicho convenio, se estipuló que “el SERNAC transferirá a la Superintendencia de Isapres las consultas y reclamos que reciba. En el caso de las consultas, éstas serán respondidas inmediatamente en forma telefónica o en un plazo máximo de 48 horas. Tratándose de los reclamos, se exigirá que los afectados antes hayan efectuado el reclamo correspondiente ante la misma isapre. Cumplido este requisito, los reclamos se enviarán por correo certificado a la Superintendencia, la que tendrá un plazo de quince días para contactarse con el afiliado”²²⁷.

²²⁶ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p. 95.

²²⁷ Ibídem. p. 96.

4.2) La judicialización de la salud

Hasta aquí, en cuanto a la solución de conflictos entre afiliados e Isapres se refiere, se ha hablado de diversos procedimientos que tienen como objetivo común el resolver esos problemas. Entre ellos, el punto diferenciador está en quién es el ente que conoce y resuelve los conflictos. En unos, es el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud. En otros, el Superintendente de Salud. Incluso existe la posibilidad de que sea un Mediador quien resuelva el conflicto sin necesidad que alguno de los funcionarios ya señalados llegue a intervenir.

Sin perjuicio de ello, y pese a estar ampliamente regulados los diversos procedimientos de solución de conflicto que existen en nuestra legislación, a partir de la implementación de la gran reforma a la salud, comenzó a generarse “una problemática digna de análisis, puesto que a pesar de ser (las Isapres) empresas fuertemente reguladas y fiscalizadas por una Superintendencia proactiva, se han visto envueltas en un fenómeno de judicialización creciente. Fue durante el año 2008, que se consolidó finalmente el fenómeno de judicialización, respecto al alza de planes de salud; dejando claro que en todos aspectos la interpretación de la ley estaba permitiendo el afianzamiento de una industria de abogados, dedicados a la presentación de recursos de protección contra las Isapres”²²⁸.

Eso, es lo que sucede respecto a la judicialización por una parte, que está relacionada con la interposición de recursos de protección. Por otro

²²⁸ ALTURA MANAGEMENT. *“Realidad de los Recursos de Protección en Isapres. Años 2007-2008 y Proyección primer semestre 2009 (Resumen Ejecutivo)*. Santiago, Chile, 2008. p. 1. [en línea] <<http://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/recursos-de-proteccion-re.pdf>> [Consulta: 13 de agosto 2012].

lado, debe analizarse la influencia que ha tenido en dicha situación el Tribunal Constitucional, quien “también ha entrado al debate con (...) tres sentencias que han acogido el reclamo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo de la Ley de Isapres que regula el establecimiento de la tabla de factores”²²⁹.

Ambas situaciones, han tenido una directa relación con el progresivo aumento de la judicialización de la salud en nuestro país, lo cual, tiene diversas consecuencias, no del todo favorables, las que serán analizadas más adelante.

A continuación, se analizará, en primer lugar, la judicialización de la salud respecto a los recursos de protección, para luego, estudiar la influencia que tuvo en ella las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, y en definitiva, finalizar con la mención a las consecuencias que conlleva dicha problemática.

4.2.1) Los recursos de protección

“El recurso de protección es un acción cautelar contemplada en el artículo N° 20 de nuestra Constitución que resguarda ciertos derechos fundamentales de los menoscabos que pueden experimentar, como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos para la interposición de este recurso: i) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria (que puede provenir tanto

²²⁹ LIBERTAD Y DESARROLLO. “Judicialización de la salud”. Santiago, Chile, 2009. p. 2. [en línea] <http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización_de_la_salud-27-11-2009.pdf> [Consulta: 13 de agosto 2012].

de la autoridad como de una persona natural o jurídica); ii) que dicha acción u omisión produzca una privación, perturbación o amenaza e el legítimo ejercicio de un derecho de los que se encuentren comprendidos en la enumeración del artículo 20 de la Constitución”²³⁰.

Lo anterior, dice relación con requisitos para interponer el recurso de protección. Ahora, por otro lado, existen requisitos para que las Cortes de Apelaciones declaren como procedente el recurso, y puedan, por tanto, acogerlo. En ese sentido, “nuestros tribunales en forma reiterada, han señalado que para la procedencia del recurso es necesario: a) que se compruebe la existencia de la acción u omisión reprochada; b) que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esta conducta; c) que de la misma se siga directo e inmediato atentado contra una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía; d) que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección, y; e) en lo formal, que se haya interpuesto dentro del plazo fatal de treinta días corridos”²³¹.

Cabe destacar, por último, que el recurso de protección no protege por completo a la garantía establecida en el artículo 19 N° 9, relativa al derecho a la protección de la salud, sino que sólo resguarda y “es posible recurrir de protección frente a la amenaza del derecho a elegir el sistema de salud al cual se desee acogerse, sea público o privado”²³².

Analizados ya los aspectos esenciales del recurso de protección, cabe estudiar a continuación cuáles es la causa del reclamo al momento de

²³⁰ BOTTESELLE, Rodolfo y FRANCO, Sebastián. Ob. cit. p.p. 96-97.

²³¹ *Ibidem*. p. 97.

²³² *Ibidem*. p. 97.

interponerlo, y cómo ha sido el proceso de judicialización de la salud a su respecto.

“La causa del reclamo es, en casi la totalidad de los casos, la adecuación del precio base del plan de salud que anualmente efectúa la ISAPRE. A modo de resumen, puede señalarse que los afiliados suelen reclamar que dicha alza es injustificada y afecta su derecho a la salud. Esto, no obstante el alza del precio se efectúa dentro de los límites legales autorizados, pues no hay aquí libertad para fijar los precios”²³³.

Como se dijo anteriormente, este fue un proceso que se inició luego de que fue aprobada e implementada la gran reforma a la salud, y que se consolidó en el año 2008, ya que “claramente (se puede) comprobar que el alza experimentada corresponde a la gran cantidad de recursos que son admisibles y luego acogidos en contra de las Isapres. De hecho, un 75,2% de los recursos presentados durante el 2008 correspondían a causas relacionadas con los procesos de adecuación de precios de las Isapres, es decir, 5. 214 causas”²³⁴.

Cabe preguntarse entonces, ¿dónde está el origen de todo esta problemática? La respuesta es simple. “Todo este caudal de recursos tiene su origen en el modo como ha ido evolucionando la jurisprudencia cuando debe interpretar las normas que regulan el derecho a la salud y a la libre elección. SILVA BASCUÑÁN señala que en un principio los tribunales rechazaron diversos recursos que se fundaban en el atropello al derecho a la

²³³ LIBERTAD Y DESARROLLO. Ob. cit. p. 1. [en línea] <[http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización de la salud-27-11-2009.pdf](http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización%20de%20la%20salud-27-11-2009.pdf)> [Consulta: 13 de agosto 2012].

²³⁴ ALTURA MANAGEMENT. Ob. cit. p. 1. [Consulta: 13 de agosto 2012].

salud. Sin embargo, poco a poco esta tendencia fue cambiando. Primero amparando directamente este derecho a través de la protección de otros derechos constitucionales como la vida, la integridad, la propiedad o el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Con todo, continúa el autor, recientemente los tribunales han acogido recursos fundados en el artículo 19 N° 9, no obstante no ser el derecho a la salud susceptible de recurso de protección. Analizando esta jurisprudencia reciente, LUZ BULNES nos dice que la Corte Suprema ha sobrepasado el margen de la letra de la Constitución y ha adoptado una concepción claramente garantista de la norma constitucional que ha ampliado enormemente la extensión del derecho a la salud, transformándolo en un derecho absoluto que puede ser exigido frente a los tribunales”²³⁵.

Así las cosas, la judicialización de la salud, vía recurso de protección, se transformó en una bola de nieve. La cantidad de recursos que fueron interpuestos contra las Isapres se fue elevando cada vez más. No tan sólo eso, ya que de esos recursos, la cantidad que fue declarado admisible, en el caso de los recursos por alza de precio base de planes de salud fue de un 97%, contra un 35,6% en el resto de las causas, durante el año 2008²³⁶.

²³⁵ SOTO VELASCO, Sebastián. “Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”. Sentencias destacadas 2008, Libertad y Desarrollo. Santiago, Chile. 2009. p.p. 178.179. [en línea] <https://www.cursos.cl/derecho/2010/1/D123D0851/7/material_docente/objeto/271313+&hl=es&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEEShh-UqIAzk6sNcOiHZRN3z4VPUnfNBO1FV2xuKx9bIPCq_pYiKaP5YiuI8l-OiSIFUzgLfUH3I3x6R24mDfUnHO5gwJ9xwp4QSIj2caux75JB9OqSjP5wPjx43McaBRgnHSWR5F&sig=AHIEtbRohPjMMMMf9KqBcijzpvf760ERXQw> [Consulta: 13 de agosto 2012].

²³⁶ ALTURA MANAGEMENT. Ob. cit. p. 2. [en línea] <<http://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/recursos-de-proteccion-re.pdf>> [Consulta: 13 de agosto 2012].

Aún más. Dentro del mismo período de tiempo, “los recursos de protección acogidos (por el mismo tema), representan el 95,1% de los recursos acogidos totales”²³⁷.

Cabe preguntarse ahora, cuáles han sido las razones que han esgrimido los tribunales de alzada para acoger dichos recursos.

“Del análisis de numerosos fallos puede verse que las razones para acogerlos se fundan principalmente en la supuesta arbitrariedad del alza pues no estaría demostrada la justificación que haga razonable y plausible dicha variación. Para expresar lo anterior, las distintas salas de la Corte de Apelaciones suelen utilizar frases como la siguiente: en parte alguna se señalan las razones a que obedeció el alza del precio del plan de que gozaba el recurrente, como tampoco se indican los antecedentes que demuestren la efectiva variación de los factores relativos a los gastos de salud, sea en relación con los costos de las prestaciones médicas, su frecuencia y el aumento de la frecuencia de las mismas. De este modo, los tribunales dejan sin efecto la adecuación del precio d ese plan de salud y transfieren a la ISAPRE la obligación de demostrar que dicha alza, no obstante estar autorizada por la ley, tiene una justificación específica para ese caso concreto”²³⁸.

El efecto de lo anterior, ha sido diverso. Primero, porque “los recursos de protección han significado entre enero de 2007 y junio de 2009 2.993 millones de pesos por concepto de costas, más otros 826 millones en

²³⁷ Ibídem. p. 3.

²³⁸ LIBERTAD Y DESARROLLO. Ob. cit. p. 2. [en línea] <[http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización de la salud-27-11-2009.pdf](http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización%20de%20la%20salud-27-11-2009.pdf)> [Consulta: 13 de agosto 2012].

adecuaciones no llevadas a cabo a los afiliados. (...) A lo anterior hay que agregar grandes cantidades de recursos financieros que son necesarios para solventar la defensa de las instituciones ante esta lluvia de recursos los que llegarían a los 650 millones adicionales. (Ello) representa un desvío de recursos de gestión estratégicos hacia estas actividades, recursos que en caso contrario, estarían centrados en mejorar productos y convenios, favoreciendo de esta manera la calidad del servicio otorgado a todos los beneficiarios de las Isapres”²³⁹.

Por otro lado, se genera otro problema: el de los desincentivos en el sistema de salud, y la generación de desigualdades en el mismo. Esto, porque “los recursos de protección terminan por introducir una diferencia arbitraria en lo que pagan por los mismos productos de salud aquellos afiliados que han presentado recursos y aquellos que no. (Así las cosas), en el corto plazo, mientras un puñado de afiliados que presentaron recursos de protección se ve beneficiado, para la mayoría de los afiliados que no presenten recursos de protección la consecuencia directa es un encarecimiento adicional de sus planes de salud, ya que como ha ocurrido en otros mercados como el norteamericano, la judicialización termina por encarecer la salud de todos los individuos del sistema”²⁴⁰.

Lo anterior constituye el inicio del proceso de judicialización de la salud, generado por la creciente interposición de recursos de protección, y por la alta tasa de sentencias que terminan acogidos, con costas. Todo hacía presumir que esta bola de nieve seguiría creciendo, desde que comenzó a rodar en el año 2007. Sin embargo, en el año 2008 entra al juego

²³⁹ ALTURA MANAGEMENT. Ob. cit. p. 9. [en línea] <<http://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/recursos-de-proteccion-re.pdf>>. [Consulta: 13 de agosto 2012].

²⁴⁰ Ibídem. p. 9.

el Tribunal Constitucional, con una sentencia que en un inicio, se pensó que sería “la última opción de detener la avalancha de acciones que estaban amenazando gravemente la salud del sistema privado²⁴¹”, pero que en definitiva marcó una tendencia favorable al proceso de judicialización que se ha analizado hasta aquí, ya que “desafortunadamente ello no ocurrió, y el voto de mayoría no solo se sumó a la postura que habían mantenido las Cortes sino que además le dio nuevo sustento jurídico y mayor fuerza, (tras lo que) no era de extrañar que los recursos de protección hayan crecido exponencialmente, (...) erosionando gravemente principios fundamentales de derecho y las bases mismas del sistema de salud privado²⁴²”.

4.2.2) La influencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC), a partir del año 2008, entró de lleno en el tema de la judicialización de la salud. En efecto, el 26 de junio de ese año, dicho tribunal dictó el primer fallo “en virtud del cual declaró inaplicable por inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, es decir, aquel que, entre otras cosas, autoriza a las ISAPRES a elaborar la tabla de factores y fijar, en conformidad a ésta, el precio del plan de salud”²⁴³.

²⁴¹ SOTO VELASCO, Sebastián. Ob. cit. p. 179.

²⁴² Ibídem. p. 179.

²⁴³ Ibídem. p. 179.

Más aún. El TC no se quedó ahí, y hasta el año 2009, ya había dictado tres sentencias en el mismo sentido. En esos casos, el TC argumentó de un modo similar que puede resumirse como sigue²⁴⁴:

- Por primera vez de un modo tan explícito, el TC aborda la temática de los derechos sociales, reconociéndolos plenamente exigibles y justiciables, y dejando además la impresión de que éstos serían derechos absolutos.
- Luego, en la misma línea de lo anterior, el fallo argumenta que las convenciones entre particulares y la autonomía de la voluntad se ven limitadas cuando entran en juego derechos sociales. Sostener lo contrario, dice, implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia. En concreto, continúa, no podrían incluirse cláusulas que desconocieran o aminoraran los derechos fundamentales y si así ocurriera dichas disposiciones devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución²⁴⁵.
- El TC señala que se estaría afectando el derecho a la libre elección del sistema de salud al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse.
- El tribunal también considera que la aplicación de los factores utilizados generaría un resultado carente de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto ha señalado que al no estar justificada la magnitud de los factores asignados a la tabla (...) debe concluirse que

²⁴⁴ LIBERTAD Y DESARROLLO. Ob. cit. p. 2. [en línea] <[http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización de la salud-27-11-2009.pdf](http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización%20de%20la%20salud-27-11-2009.pdf)>. [Consulta: 13 de agosto 2012].

²⁴⁵ SOTO VELASCO, Sebastián. Ob. cit. p.p. 182-183.

se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria.

Estos fallos, traducidos en los argumentos que se resumen más arriba, crearon un nuevo paradigma en este proceso de judicialización de la salud. Ello, porque catalizaron la interposición de recursos de protección ante las Cortes de Apelaciones en todo el país, y permitieron que el debate en torno a ese tema se incendiara. Y no sólo a favor de ese proceso, sino también surgieron voces que estaban totalmente en contra de lo que el Tribunal Constitucional había dictaminado, ya que los fallos, a su parecer, contienen “concepciones cuestionables o decisiones que no han ponderado todas las consecuencias”²⁴⁶.

Así las cosas, los principales cuestionamientos pueden resumirse de la siguiente manera²⁴⁷:

- Tanto el TC como la Corte Suprema parecieran haber interpretado el derecho a la libre elección del sistema de salud como un derecho absoluto, es decir, que se ejercería sin consideración alguna de otros aspectos. Cabe señalar que el derecho a elegir sistema de salud busca proteger a las personas de la existencia de barreras legales o administrativas que le impidan o hagan muy difícil su opción. Esto, sin embargo, no puede suponer la existencia de una obligación

²⁴⁶ LIBERTAD Y DESARROLLO. Ob. cit. p.p. 2-3. [en línea] <[http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización de la salud-27-11-2009.pdf](http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización%20de%20la%20salud-27-11-2009.pdf)>. [Consulta: 13 de agosto 2012].

²⁴⁷ *Ibidem*. p. p. 3-4.

correlativa que mandate recibir o mantener indefinidamente a quien ha optado en un momento por contratar servicios en el sistema privado o público.

- Sostener esto último implica conceder al derecho de libre elección el carácter de absoluto que, por lo tanto, no debe ser ponderado con otros derechos que están en juego, como el de gestionar una institución de salud, vinculado con el derecho a emprender, el derecho de propiedad y la libertad de asociación, entre otros.
- Tampoco puede argumentarse, como han señalado las cortes, que habría un derecho a exigir que el alza sea fundada. Si se analiza la ley, el sistema se construye sobre la base de contratos regulados que celebran periódicamente las partes si es que concurren las circunstancias para ello. La obligación de la isapre, según lo ha determinado el legislador, consiste en ajustar las adecuaciones de precio a los límites autorizados y no en la entrega de las razones que habría tras éstas.
- Otro aspecto que merece atención, es el hecho de que los jueces estén, a través de la dictación de este tipo de fallos, la satisfacción de los derechos sociales, tomando un papel que, en democracia, le corresponde especialmente al Congreso y a la autoridad ejecutiva. No solo hay razones de capacidad y aptitud, sino también existen motivos de legitimidad democrática que hacen recomendable, a lo menos, que los jueces sean deferentes con las decisiones que ya han tomado otros poderes del Estado.
- Al respecto cabe señalar que en derecho se ha desarrollado el llamado principio de deferencia razonada, en virtud del cual los jueces, para alejarse del activismo, crean estándares que les impiden

intervenir en materias que son más propias del ámbito legislativo o administrativo.

- En concreto, cuando los tribunales consideran que las adecuaciones de precio carecen de razonabilidad o proporcionalidad, no consideran que ya el legislador pudo haber ponderado diversos factores en juego para concluir que es razonable y proporcional autorizar ciertas adecuaciones del precio base del plan de salud o ciertos componentes de la tabla de factores. Si lo hizo el legislador, con mejores herramientas y mayor legitimidad, correspondería a los jueces ser deferentes.

Por último, para finalizar este punto, cabe señalar cuál ha sido la influencia que ha tenido el Tribunal Constitucional en el sistema privado de salud. Pues bien, dicho tribunal a través de la dictación de sus fallos, incidió de manera directa y firme en la continuación y fortalecimiento del proceso de judicialización de la salud, aumentándose no sólo el número de recursos de protección interpuestos al efecto, sino también la cantidad de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el TC.

Por otra parte, y tal como se dijo anteriormente, esta actitud del TC ayudó a generar una verdadera industria del litigio en esta área, institucionalizándose un nuevo segmento de abogados que tramitando sólo este tipo de juicios, han generado riquezas que superan en varias veces el beneficio que puede llegar a obtener el afiliado, una vez acogido el recurso.

4.2.3) Las consecuencias de la judicialización de la salud

A lo largo del tratamiento de esta problemática, ya se han señalado algunas consecuencias. Una de ellas, es que el precio de los planes de salud ofrecidos por las Isapres aumentaría, a causa del casi pleno acogimiento que tienen los recursos de protección, con costas, contra ellas.

Por otro lado, está la instauración de la industria del litigio en esta área. Junto a ella, está el efecto de bola de nieve que ha tenido este proceso, el que pese a los diversos fallos y modernizaciones vistas con anterioridad en los procesos de reclamo, ha seguido aumentando.

Sin perjuicio de ello, el efecto más importante en torno a este proceso de judicialización tiene que ver con la socialización de los costos de los planes de salud²⁴⁸.

En este sentido, “se ha querido creer que impedir el uso de la tabla de factores (u obligar a su suavización) logrará homogeneizar el precio que pagan los cotizantes, independiente de su sexo y edad, favoreciendo a mujeres y adultos mayores. Tan auspicioso escenario parece improbable, siendo posible que todos terminen pagando más, puesto que el

²⁴⁸ Se entiende por este proceso como la suavización de la tabla de factores, llevando a que el cobro por grupo de cotizantes difiera de sus costos reales, subsidiando unos grupos a otros. Lo anterior fue extraído en:

LIBERTAD Y DESARROLLO. “*Decisión del Tribunal Constitucional: Alcances y Efectos sobre las Isapres*”. Santiago, Chile, 2010. p. 3.

[en línea] <http://www.libertadydesarrollo.cl/lyd/controls/neochannels/neo_ch3804/deploy/tp-976-decision%20del%20tc%20alcances%20y%20efectos%20sobre%20las%20isapres-30-07-2010.pdf>

[Consulta: 13 de agosto 2012].

aplanamiento de los cobros puede beneficiar a algunos en el corto plazo, pero iría en desmedro de otros. A su vez, ello generará una fuga de los cotizantes menos riesgosos que se ven perjudicados por este cambio”²⁴⁹.

Las consecuencias negativas no serían sólo para los afiliados o beneficiarios, sino también para las Isapres. En efecto, los problemas para las Isapres serían dos: “a) la migración del sistema hacia la opción alternativa (Fonasa) que reduce el universo de cotizantes, con la consecuente pérdida de eficiencia, y; b) el inevitable sesgo de selección, que deja al sistema privado con un universo de cotizantes cuyo nivel de uso promedio es mayor, pues quienes tienen mayor riesgo permanecen de todos modos en el sistema”²⁵⁰.

Ahora bien, no todo son cosas negativas. Debe destacarse que existe por parte del Estado una intención de mejorar el sistema de salud en este ámbito. Ejemplo de ello, fue la creación en el año 2010 de una Comisión de Expertos, la que estaría a cargo de evaluar las alternativas de modificación a la ley que surgirían a partir de las sentencias dictadas por el TC. Dicha comisión hizo entrega de un informe en octubre del año 2011, sin embargo, a la fecha aún no se ha dictado ninguna ley que contenga cambios respecto de las problemáticas tratadas aquí.

Por último, cabe señalar que las propuestas de cambio apuntan, en su mayoría, a lo mismo. De esta manera, por una parte, se propone que se debe “avanzar hacia un sistema que exija justificar, en base a costos, la estructura de cobros que definen los factores de riesgo. Ésta debe ser

²⁴⁹ *Ibíd.* p.p. 3-4.

²⁵⁰ *Ibíd.* p. 4.

objetiva, transparente y pública, lo que evitaría cobros desmedidos que no tengan relación con los costos del sistema”²⁵¹.

Por otro lado, se propone “el diseño de un sistema que garantice la calidad de los servicios médicos y le de a la gente diversas opciones de elección”²⁵². Y en este sentido, “se requiere avanzar hacia un sistema que integre el sistema público y privado, de tal manera que las personas, independiente de su nivel de ingresos y riesgo, puedan libremente escoger la mejor solución a sus problemas de salud”²⁵³. ¿Cómo se puede lograr lo anterior? “Se requiere diseñar un fondo que efectivamente compense a todos los seguros, público y privados, por los diferenciales de riesgo de sus afiliados. Para ello, debería contar con un sistema de financiamiento en donde el aporte público llegue directamente al afiliado”²⁵⁴.

4.3) Las temáticas objeto de los reclamos

Se ha llegado al último punto del final de este tercer capítulo bajo el siguiente contexto: con un análisis completo del sistema de reclamos que existe en el ordenamiento jurídico que regula a las Isapres, y con un estudio de cómo se ha llegado a la judicialización del derecho base respecto del tema que nos convoca, es decir, del derecho a la protección de la salud.

²⁵¹ Ibídem. p. 4.

²⁵² LIBERTAD Y DESARROLLO. “Análisis e implicancias del Fallo del Tribunal Constitucional sobre ISAPRES”. Santiago, Chile, 2008. p. 5.

[en línea] <http://164.77.202.58/lyd/controls/neochannels/neo_ch3799/deploy/tp-879-analisis%20e%20implicancias%20del%20fallo%20del%20tribunal%20constitucional%20sobre%20isapres-25-07-2008.pdf>. [Consulta: 13 de agosto 2012].

²⁵³ Ídem. p. 5.

²⁵⁴ Ibídem. p. 5.

Corresponde ahora, por tanto, analizar cómo los usuarios han utilizado dicho sistema de reclamos, en qué se fundamenta éste, y cuáles son los aspectos que los afiliados y beneficiarios han reclamado a través del tiempo. Junto a ello, se hará una mención a la satisfacción de los usuarios del sistema de reclamo, que sirve para determinar si es que dicho sistema cumple sus objetivos, y si es que la Superintendencia los cumple, a su vez.

Cabe señalar que toda la información respecto a los recursos de protección, analizado como vía de reclamo en el punto anterior, ya está desarrollada a cabalidad, por lo que me remitiré a ello.

4.3.1) El uso del sistema de reclamos

El sistema de reclamos tiene como base o fundamento, a la Superintendencia de Salud. Ello, tomando en consideración las leyes que la regulan y que rigen el sistema de salud en nuestro país, como la regulación normativa que el mismo ente emite, como son las Circulares que se han analizado a lo largo del presente trabajo.

Es así como, según su propia perspectiva, dentro de sus funciones está el “supervigilar y controlar a las Isapres y velar por el cumplimiento de las obligaciones que impongan la ley, entre otros, el Régimen de Garantías en Salud, los reglamentos, los contratos de salud y las instrucciones que emita este organismo”²⁵⁵.

²⁵⁵ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “*Carta de derechos ciudadanos*”. Santiago, Chile.

Lo anterior, se condice con los servicios que el ente fiscalizador dice entregar, entre los cuales destacan el “dar información respecto de los beneficios que otorgan el Fonasa y las Isapres, orientar para la tramitación de reclamos contra dichas instituciones y resolverlos”²⁵⁶.

Ahora, el sistema de reclamos que existe en nuestro ordenamiento jurídico en torno a la salud en nuestro país no existiría si los usuarios del mismo no tuviesen derechos, en virtud de los cuales, pudiesen reclamar e informarse respecto de qué y contra quiénes se puede reclamar.

Para ello, la Superintendencia de salud creó la “Carta de Derechos Ciudadanos”, que “es un instrumento que permite conocer, ejercer y reclamar los derechos de las personas frente a los Servicios del Estado”²⁵⁷.

Dentro de esos derechos, tienen especial relevancia para los efectos del reclamo, los siguientes²⁵⁸:

- Derecho a información sobre el sistema previsional de salud.

[en línea] <<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-propertyvalue-2688.html>>. [Consulta: 16 de agosto 2012].

²⁵⁶ Ídem.

²⁵⁷ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “*Carta de derechos ciudadanos*”. Santiago, Chile.

[en línea] <<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-propertyvalue-2688.html>>. [Consulta: 16 de agosto 2012]

²⁵⁸ Ídem.

- Derecho a información sobre los procedimientos para la presentación y resolución de reclamos contra Isapres y Fonasa.
- Derecho a presentar reclamos contra Isapres y Fonasa, y recibir información completa y oportuna sobre el estado de su tramitación.
- Derecho a solicitar reconsideración de las resoluciones de la Superintendencia y obtener una respuesta fundada y clara.
- Derecho a la transparencia e imparcialidad en los procedimientos y decisiones.
- Derecho a presentar reclamo en contra de establecimientos de salud.

Por otro lado, la Superintendencia de Salud tiene como función el rendir cuenta anual de su gestión, a través de la publicación de una memoria y balance institucional, con el objeto de permitir a las personas efectuar una evaluación continua y permanente de los avances y resultados alcanzados por ella²⁵⁹. En virtud de ello, y desde su creación, dicha institución ha emitido, anualmente, los “Boletines Estadísticos”, los cuales dedican un capítulo entero al estudio del funcionamiento del sistema de reclamos. Cabe mencionar que la Superintendencia de Isapres también cumplió con la función antes mencionada, emitiendo los mismos documentos a partir del año 2001 y hasta el 2003.

Del estudio de los Boletines Estadísticos, se puede apreciar que la utilización del sistema de reclamos ha ido a la alza, luego de cada año transcurrido. Debe señalarse, que las vías que tienen los usuarios para reclamar son a través de la página web, presencialmente en las oficinas de las Superintendencias, vía telefónica y por escrito.

²⁵⁹ Artículo 4 N° 8 Ley N° 19.937.

Así, por ejemplo, en el caso de la Superintendencia de Isapres, las estadísticas muestran que durante el año 2001, el total de reclamos tramitados por el sistema fue de 71.296²⁶⁰, el año 2002 el total fue de 78.328, llegando el año 2003 a 114.817²⁶¹.

En el caso de la Superintendencia de Salud, los números indican que durante el año 2004, el total de reclamos fue de 121.417, el año 2005 de 88.816²⁶², el año 2008 de 79.704, el año 2009 de 91.636²⁶³, llegando el año 2010 a la cifra de 98.061 y el 2011 al monto de 149.341 reclamos²⁶⁴.

En conclusión, el uso del sistema de reclamos del sistema isapre es pleno, demostrándose que el nivel de reclamos interpuestos por los usuarios cada año fue aumentando, salvo algunos períodos en donde bajaba de un año a otro, pero que luego nuevamente subía, restableciéndose la tendencia ya señalada. Esto, es el resultado de un sistema de reclamos que se ha ido perfeccionando a través del tiempo, mejorando las vías de reclamo y manteniendo informados a los usuarios.

²⁶⁰ SUPERINTENDENCIA DE ISAPRES. *"Boletín Estadístico. Período enero-diciembre 2001"*. Santiago, Chile. 2001. p. 129.

²⁶¹ SUPERINTENDENCIA DE ISAPRES. *"Boletín Estadístico"*. Santiago, Chile. 2003. p. 241.

²⁶² SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *"Boletín Estadístico Año 2005"*. Santiago, Chile, 2005. p. 230.

²⁶³ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *"Boletín Estadístico Año 2009"*. Santiago, Chile, 2009. Sección VIII. Reclamos y Sanciones del Sistema Isapre Año 2009. Cuadro N° 8.1.1

²⁶⁴ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *"Boletín Estadístico Año 2011"*. Santiago, Chile, 2011. Sección VIII. Reclamos y Sanciones del Sistema Isapre. Cuadro N° 8.1.1

4.3.2) Materias objeto de los reclamos

En cuanto a las materias objeto de los reclamos, éstas también muestran cambios a lo largo del tiempo. Ello se debe al avance que las leyes regulatorias del tema salud han instaurado en el sistema. Básicamente, hacemos referencia a las leyes que integran la gran reforma a la salud, las cuales implementaron el sistema AUGE, el Régimen de Garantías en Salud, la facultad de revisión y adecuación de los contratos por parte de las Isapres, entre otras materias.

Lo anterior se ve ejemplificado en las estadísticas. Por ejemplo, las materias objeto de reclamo interpuesto contra la Superintendencia de Isapres. Así las cosas, en el año 2001 las materias de los reclamos fueron las siguientes²⁶⁵:

- Bonificaciones y cobertura
- Suscripción y modificación de contratos
- Término de contratos y modificaciones
- Licencias Médicas y subsidios por incapacidad laboral
- Beneficios por plan grupal
- Cotización de salud
- Adecuación anual

²⁶⁵ SUPERINTENDENCIA DE ISAPRES. *“Boletín Estadístico. Período enero-diciembre 2001.* Santiago, Chile. 2001. p. 131.

Las mismas materias se repiten en las estadísticas correspondientes al año 2003²⁶⁶.

En cuanto a las materias objeto de reclamos interpuestos contra la Superintendencia de salud, podemos decir que han sido las siguientes, según los años que se pasan a indicar:

Año 2005²⁶⁷

- Bonificaciones y cobertura
- Suscripción y modificación de contratos
- Término de contratos y modificaciones
- Licencias médicas y subsidios por incapacidad laboral
- Beneficios plan grupal
- Cotización de salud
- Adecuación anual
- Adjudicación de cartera
- Plan Auge (GES)
- Transferencia de cartera
- Examen de medicina preventiva

²⁶⁶ SUPERINTENDENCIA DE ISAPRES. *"Boletín Estadístico"*. Santiago, Chile. 2003. p. 246.

²⁶⁷ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *"Boletín Estadístico Año 2005"*. Santiago, Chile, 2005. p. p. 234-235.

Año 2009²⁶⁸, 2010²⁶⁹ y 2011²⁷⁰

Durante los años señalados, las materias objeto de reclamo fueron las mismas, salvo dos agregados:

- Modalidad Atención Institucional y Libre Elección
- Adecuación precios bases

4.3.3) Resultados de los reclamos y el Índice de satisfacción de los usuarios

Analizados los índices de reclamos interpuestos por los usuarios en el sistema de salud, resulta pertinente estudiar cuál es el porcentaje de resolución de esas controversias, y dentro de eso, cómo es el desglose de esas resoluciones, en relación a determinar cuántos fallos son favorables al reclamante y cuántos a favor de la aseguradora o isapre.

Así las cosas, en cuanto a las estadísticas de la Superintendencia de Isapres, se puede señalar que en el año 2001, el total de resolución de controversias fue de 1. 623, de los cuales 581 fue a favor del reclamante y

²⁶⁸ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Boletín Estadístico Año 2009”. Santiago, Chile, 2009. Sección VIII. Reclamos y Sanciones del Sistema Isapre Año 2009. Cuadro N° 8.1.1

²⁶⁹ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Boletín Estadístico Año 2010”. Santiago, Chile, 2010. Sección VIII. Reclamos y Sanciones del Sistema Isapre Año 2010. Cuadro N° 8.2

²⁷⁰ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Boletín Estadístico Año 2011”. Santiago, Chile, 2011. Sección VIII. Reclamos y Sanciones del Sistema Isapre Año 2011. Cuadro N° 8.2

302 a favor de la aseguradora²⁷¹; en el año 2003 el total de reclamos resueltos fue de 1. 984, de los cuales 1. 128 fue a favor del reclamante y sólo 136 a favor de la isapre²⁷².

La misma tendencia se repite en las estadísticas de la Superintendencia de salud, ya que en el año 2005 el total de resolución de controversias fue de 1. 990, de los cuales 588 fue a favor del reclamante y 141 a favor de la aseguradora²⁷³; en el año 2009 el total de reclamos resueltos fue de 6. 394, de los cuales 3. 896 fue a favor del reclamante y 2. 215 a favor de la isapre²⁷⁴; en el año 2010 las cifras son bastante similares, ya que el total de reclamos resueltos en dicho período fue de 6. 082, siendo 3. 218 a favor del reclamante y 2. 586 a favor de la aseguradora²⁷⁵; y, para finalizar con estas estadísticas, se debe señalar que en el año 2010 los reclamos fueron en menor número, toda vez que el total de reclamos resueltos fue de 5. 813, siendo 3. 459 a favor del reclamante y 1. 993 a favor de la isapre²⁷⁶.

De lo anterior, se puede concluir que la tendencia en cuanto a la resolución de los reclamos siempre fue la misma, al ser la cantidad de

²⁷¹ SUPERINTENDENCIA DE ISAPRES. *"Boletín Estadístico. Período enero-diciembre 2001"*. Santiago, Chile. 2001. p. 133.

²⁷² SUPERINTENDENCIA DE ISAPRES. *"Boletín Estadístico"*. Santiago, Chile. 2003. p. 248.

²⁷³ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *"Boletín Estadístico Año 2005"*. Santiago, Chile, 2005. p. 237.

²⁷⁴ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *"Boletín Estadístico Año 2009"*. Santiago, Chile, 2009. Sección VIII. Reclamos y Sanciones del Sistema Isapre Año 2009. Cuadro Nº 8.5

²⁷⁵ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *"Boletín Estadístico Año 2010"*. Santiago, Chile, 2010. Sección VIII. Reclamos y Sanciones del Sistema Isapre Año 2010. Cuadro Nº 8.5

²⁷⁶ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. *"Boletín Estadístico Año 2011"*. Santiago, Chile, 2011. Sección VIII. Reclamos y Sanciones del Sistema Isapre Año 2011. Cuadro Nº 8.5

reclamos resueltos a favor del reclamante mayor que la cantidad de reclamos resueltos a favor de la aseguradora, lo cual indica que hay una clara defensa del derecho a la protección de la salud. Por otro lado, se puede concordar en que el alza en cuanto al índice de reclamos resueltos se debe a que, como se señaló anteriormente, la cantidad de reclamos interpuestos siempre fue al alza en los mismos períodos analizados aquí.

En base a las estadísticas otorgadas, la Superintendencia de Salud ordenó la elaboración de un Informe de Estudio Cuantitativo a la empresa DATAVOZ, para medir la Satisfacción de Usuarios del Sistema de Reclamos (SIS). Dicho estudio tomó como universo a los usuarios del SIS cuyos reclamos fueron resueltos entre enero y octubre de 2010, cifra que fue de 4.722²⁷⁷.

Ahora bien, cabe señalar que el Índice de Satisfacción de Reclamos (ISR) se construye a través del análisis factorial de 4 sub índices²⁷⁸:

- Índice de Calidad de la Atención (ICA): consiste en la nota asignada a la calidad de la atención recibida en callcenter, oficinas de la superintendencia y otra forma, respectivamente.
- Índice de utilidad de la Información entregada (IUI): consiste en la nota asignada a la utilidad de la información entregada en página

²⁷⁷ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. "Informe Estudio Cuantitativo. Satisfacción de Usuarios del Sistema de Reclamos SIS. Santiago, Chile. 2011. p. 4.

²⁷⁸ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. "Informe Estudio Cuantitativo. Satisfacción de Usuarios del Sistema de Reclamos SIS. Santiago, Chile. 2011. p. 102.

web, callcenter, oficinas de la superintendencia y otra forma, respectivamente.

- Índice de Calidad de la Resolución (ICR): mide la comprensión del contenido de la carta y calidad de los argumentos expuestos.
- Índice de Eficiencia del Tiempo (IET): mide la brecha entre el tiempo de duración del proceso informado por la superintendencia y el tiempo efectivo de duración, por un lado, y por otro, la percepción de si el tiempo real era largo, adecuado o corto.

Por último, y previo a señalar cuál fue el resultado de este estudio en cuanto al Índice de Satisfacción de Reclamos, se debe destacar que éste puede tomar valores desde 0 a 54 puntos, siendo de 0 a 18 puntos el nivel de satisfacción bajo, de 19 a 36 puntos medio y de 37 a 54 alto.

En cuanto a los resultados del ISR, el estudio revela que del total, un 72% de los encuestados tiene un índice alto, un 25% uno medio y sólo un 3% uno de carácter bajo²⁷⁹. Sin embargo, estos buenos índices, en términos cuantitativos comparados con el período correspondiente al año 2009, mantienen la tendencia reportada en dicho año, y no presenta cambios considerables en relación a mediciones anteriores²⁸⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, es del todo necesario hacer presente ciertas conclusiones del estudio que tiene directa relación con la medición de

²⁷⁹ *Ibíd.* p. 104.

²⁸⁰ *Ibíd.* p. 113.

la satisfacción de los usuarios del sistema de reclamos. Éstas son las siguientes:

- 7 de cada 10 reclamantes señala haber recibido una carta de respuesta a su reclamo por parte de la aseguradora, entre los cuales un 76% señala que su contenido era claro mejorando respecto al año 2009. Por otro lado, un 46% señala que la carta respondía a todos los aspectos de su reclamo, aumentando considerablemente respecto de 2009 y llegando casi al doble de lo reportado en 2008²⁸¹.
- 8 de cada 10 entrevistados señala haber sido informado por la superintendencia acerca de cuánto duraría todo el proceso, lo que indica un aumento de 11 puntos porcentuales respecto de la medición de 2009²⁸².
- El Índice de Eficiencia del Tiempo que resume información objetiva y subjetiva respecto a estos aspectos, muestra que un 50% de los encuestados obtiene una puntuación en las categorías media-alta.²⁸³
- 8 de cada 10 encuestados indica que le señalaron cuáles eran los mecanismos mediante los cuales se podía informar sobre el estado de su reclamo, aumentando esta proporción en relación a la medición de 2009²⁸⁴.
- La evaluación que hacen los reclamantes sobre la calidad de la atención recibida y la utilidad de la información entregada en cada

²⁸¹ *Ibíd.* p. 106.

²⁸² *Ibíd.* p. 107.

²⁸³ *Ibíd.* p. 108.

²⁸⁴ *Ibíd.* p. 109.

medio utilizado es positiva, al menos 7 de cada 10 usuarios evalúan la calidad de la atención con notas 6 a 7, proporción mayor a la reportada en 2009²⁸⁵.

- Finalmente, 6 de cada 10 usuarios del sistema de reclamos de la superintendencia consideran que la actuación que tuvo en el proceso fue excelente o muy buena (notas 6 a 7), obteniendo promedio 5,4, lo que se muestra como tendencia en todos los segmentos, salvo al analizar la segmentación por tipo de resolución, donde solo 33% de quienes tuvieron una resolución favorable a la aseguradora lo evalúan positivamente (promedio 4,5), en contraste con 78% de quienes tuvieron resolución a favor del reclamante (promedio 6,1)²⁸⁶.

Todas las estadísticas citadas, demuestran que el Sistema de Reclamos funciona de manera eficiente, y en ese sentido, que los objetivos planteados por la Superintendencia se cumplen, debido a que tanto como los derechos de la Carta de Derechos Ciudadanos y el derecho a la protección de la salud se protegen y resguardan, lo que se ve ejemplificado en la tendencia respecto al Índice de Satisfacción de Reclamos y en la tendencia respecto a la tasa de reclamos resueltos a favor del reclamante.

Respecto a lo anterior, las reformas legales que se han promovido e instaurado en el sistema de salud en nuestro país tienen directa relación, ya que, por una parte, se mejoraron y aumentaron las competencias de la Superintendencia, quien, en definitiva, es quien ha regulado los procesos de reclamo en el tiempo, y por otra, se ha dotado a los usuarios (afiliados y

²⁸⁵ *Ibíd.* p. 110.

²⁸⁶ *Ibíd.* p. 112.

beneficiarios) de dicho sistema de más derechos, lo que permite que la protección de los mismos sea algo eficiente y eficaz. Asimismo, esas reformas permitieron cambios no tan sólo respecto de los usuarios, sino respecto de quienes realizan las prestaciones en salud, regulándose más a conciencia a las Isapres, quienes a causa del aumento y mejoramiento de las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia, han tenido un cambio en su comportamiento, lo que ha permitido que la protección de los derechos se mantenga en la misma línea señalada.

En este tercer capítulo, pudieron tratarse diversas temáticas, bajo una perspectiva conclusiva, como se dijo al comenzar esta parte del trabajo. Así las cosas, el primer punto se refiere a la legislación sobre fiscalización en materia de salud, señalándose las leyes que se han preocupado de regular esta tema, pasando por la Superintendencia de Isapres y el actual ente fiscalizador, la Superintendencia de Salud.

El segundo punto de este capítulo, se refiere a los contratos de salud, y el cómo se han regulado éstos a lo largo del tiempo. Cabe destacar aquí la importante participación de las Superintendencias del ramo, quienes, haciendo uso de sus facultades normativas, han ido mejorando la regulación en esta materia, a través de la dictación de Circulares y Resoluciones Exentas.

A continuación, el tercer punto analiza el proceso de reforma en materia de salud, específicamente el que se desarrolló durante el gobierno del Ex Presidente Ricardo Lagos Escobar, detallándose las leyes que lo conforman, indicándose cuál fue la motivación del Ejecutivo al proponer este cambio, y qué es lo que se pretendía mejorar a través de la dictación de cada disposición normativa que allí se trata.

Por último, el tercer capítulo de este trabajo estudia las principales temáticas objetadas por la ciudadanía respecto del sistema privado de salud. Para poder cumplir con dicho objetivo, se analizaron los procedimientos de reclamos que existen en nuestro ordenamiento jurídico, además de tratarse dos temáticas tremendamente relevantes: la judicialización de la salud y el nivel de satisfacción de los usuarios respecto a dichos procedimientos de reclamos. Todo, con la finalidad de determinar la eficiencia y eficacia del sistema privado de salud en torno a la protección de la salud en nuestro país.

Dicho lo anterior, cabe realizar algunas reflexiones. En primer lugar, en cuanto a la materia de fiscalización, pudimos ver un proceso regulatorio progresivo, donde desde que se creó la Superintendencia de Isapres, se intentó perfeccionar al ente fiscalizador en materia de salud, dotándolo de más y mejores facultades, llegando a tener un órgano como la Superintendencia de Salud, que en la actualidad constituye un eje importante en el sistema nacional de salud, especialmente por cómo fiscaliza y regula al sector privado.

Sin perjuicio de lo anterior, así como siguen existiendo deficiencias en el sistema isapre respecto de los afiliados, aún debe mejorarse la dotación de facultades, regulación y participación de la Superintendencia, haciendo de los frutos de su facultad normativa, algo transversalmente obligatorio para todas las Isapres, entre otras posibles mejoras.

En segundo lugar, en cuanto a contratos de salud, el proceso regulatorio ha sido, al igual que respecto a fiscalización, de carácter

progresivo, pudiendo mejorarse este acto jurídico a través del tiempo, equilibrando las posiciones de los sujetos de derecho que participan en él, aumentándose los derechos que los afiliados pueden exigir, y como contrapartida, exigiéndose más por parte de las Isapres. Cabe destacar aquí, la alta participación de la Superintendencia de Salud al respecto, ya que a través de la dictación de diversas Circulares, se ha preocupado de instaurar mejoras al sistema.

Como aspecto negativo en torno a este punto, debe señalarse que aún existen problemas, por lo que el proceso regulatorio no puede detenerse, debiendo estar constantemente en revisión y progreso. En particular, debe hacerse obligatorio para todo el sistema privado de salud, cualquier intento de estandarizar los contratos y condiciones de los mismos, y no permitir que la adhesión a ello sea voluntario para las Isapres.

En tercer lugar, se analizó el gran proceso de reforma, constituido por una serie de leyes que fueron dictadas entre los años 2002 y 2005, cuyo objetivo fue mejorar el sistema nacional de salud en diversas aristas, como por ejemplo, establecer un régimen mínimo de prestaciones en salud y regular aspectos económicos de las Isapres que ponían en riesgo a los afiliados.

Al respecto, cabe decir que este proceso fue bastante completo, ya que se regularon diversas aristas que, a la época, generaban una serie de problemáticas para la ciudadanía, mejorándose así los derechos para los afiliados, intentándose además, equilibrar al sistema público en comparación al sistema privado de salud.

Sin embargo, y tal como se señaló al respecto de los contratos de salud, este proceso no debe detenerse, porque si bien el sistema de salud de mejoró, sigue siendo perfeccionable, toda vez que aún persisten deficiencias que no son reguladas o mejoradas, como lo relativo a resguardar por completo al derecho a la protección de la salud a través de la acción de protección, entre otros temas.

Por último, este capítulo trató el tema de los reclamos ejercidos por los afiliados en contra del sistema privado de salud, los procedimientos que existen al respecto, la judicialización de la salud y los aspectos que son objetados a través de los reclamos.

En relación las temáticas tratadas en la parte final de este capítulo, se puede señalar si bien el sistema ha sido mejorado a través de las mejoras introducidas a través de todas las reformas ya estudiadas, y tal como se dijo anteriormente, sigue siendo perfeccionable, por lo que aún existen deficiencias que son expresadas a través de reclamos interpuestos los afiliados en contra de las Isapres.

Algo positivo para destacar, es el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico existen variados y suficientes procedimientos de reclamos, lo cual favorece esta actividad, y mejor aún, los resultados de éstos reflejan una amplia acogida, lo que ayuda a proteger más eficaz y eficientemente el derecho a la salud de las personas.

Como contrapartida, un aspecto negativo en torno a todo estas temáticas, es el proceso de judicialización de la salud, el cual es consecuencia de que la acción de protección no resguarde por completo al

derecho a la protección de la salud, y que ha conllevado a que millones de afiliados, hagan valer sus derechos a través de esta vía, por existir, aún, como se ha dicho, deficiencias en el sistema privado de salud, las que al no ser mejoradas, ya sea por la vía legal o por vía administrativa, han tratado de modificarse por vía judicial, lo que constituye, por cierto, un error, al no ser labor de los jueces el regular situaciones o hechos a través de sus fallos.

En conclusión, debe destacarse lo progresivo de ciertos procesos regulatorios, como lo son los relativos a fiscalización, contratos de salud y el gran proceso de reforma a la salud, lo que ha favorecido la debida protección del derecho a la salud, haciendo de ésta algo más eficiente y eficaz.

Sin embargo, no debe detenerse este proceso de reforma, ya que con el paso del tiempo siguen surgiendo diversas problemáticas que atentan contra ello, lo que se ve reflejado en el cambio respecto a las temáticas objetadas por la ciudadanía con el paso del tiempo, y con el surgimiento de la judicialización de la salud.

CONCLUSIONES

Se dijo que la presente investigación tenía por objeto el análisis y estudio de las Instituciones de Salud Previsional, su institucionalidad jurídica, y su relación con el derecho a la protección de la salud, en cuanto a su aplicación y eficacia al resguardar dicha garantía constitucional.

Para ello, se utilizaron diversos documentos y fuentes de investigación, tales como libros, memorias, documentos en línea, estadísticas y estudios encargados por la Superintendencia del ramo. Asimismo, se analizó una serie de disposiciones normativas, tales como leyes y circulares, entre otras.

Así las cosas, a través de estas líneas, y para cumplir con los objetivos de la investigación propuestos en la introducción, se estudiaron diversas temáticas, divididas en tres capítulos.

El primero de ellos – titulado “*La regulación jurídica de las Isapres y del derecho a la protección de la salud en Chile*” -, tiene un carácter introductorio, por lo que se describió, en una primera instancia, las nociones básicas del sistema privado de salud chileno, iniciándose el acápite con la definición de sistema de salud en general, para luego describir y caracterizar el sistema privado de salud, concluyendo con la conceptualización, caracterización y descripción de las Instituciones de Salud Previsional.

Luego, ya en un ámbito más jurídico del capítulo, se analizó la normativa constitucional relacionada con las Isapres y el sistema de salud chileno, con especial énfasis en el derecho a la protección de la salud, al ser éste uno de los pilares de la presente investigación. En efecto, se transcribió el texto vigente del artículo 19 N° 9 de nuestra Carta Fundamental, y en relación a ello, se estudió cada inciso y el cómo se arribó a esa redacción. Junto con ello, se describió al derecho a la seguridad social, y se mencionaron otras garantías constitucionales que se relacionan con el derecho a la protección de la salud, tales como el derecho a la vida, entre otros.

Finalizando el primer capítulo de este trabajo, está el acápite que se refiere a la regulación jurídica de las Isapres y el sistema privado de salud, donde se mencionan todas las disposiciones normativas que constituyen su marco regulatorio, tanto a nivel legal como a nivel administrativo, con un breve resumen de cada una de ellas.

A continuación, arribamos al segundo capítulo, que lleva por título *“Análisis histórico-legislativo de la regulación jurídica de las Isapres y del derecho a la protección de la salud en Chile”*. Como se mencionó, este capítulo tuvo como objetivo el estudiar y analizar los orígenes y motivaciones que existieron en los diversos contextos históricos en que se reguló jurídicamente a las Isapres y al derecho a la protección de la salud.

Por ello, se analizó, en primer lugar, la historia de la salud en nuestro país, en relación a la regulación que ésta ha tenido en el paso del tiempo, iniciándose dicho estudio en la época colonial y terminando en la consagración constitucional de esta garantía fundamental.

Por otro lado, el segundo acápite estudió la influencia de la normativa internacional en cuanto a la temática abordada en el primer punto de este capítulo. En otras palabras, esta parte del presente trabajo tuvo como objetivo determinar de qué manera, los diversos tratados internacionales, habían influido en la regulación jurídica que se estaba llevando a cabo en nuestro país respecto de los pilares de la investigación ya mencionados. De esta manera, se mencionan como parte de esa normativa internacional a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros tratados.

Por último, el segundo capítulo finaliza con un análisis comparativo entre los sistemas público y privado de salud en nuestro país, en relación a la regulación jurídica de cada uno, haciéndose mención a ciertos aspectos históricos y recalcando la evolución jurídica que ha existido al respecto, con el objetivo de equilibrar la regulación de ambos sistemas.

Acabada la denominada parte introductoria de este trabajo, llegamos al tercer y último capítulo, titulado *“Resultados del proceso legislativo en la regulación jurídica de las Isapres en Chile”*.

De la sola lectura del título, se puede inferir que el objetivo de este capítulo es de carácter conclusivo, toda vez que se realiza un análisis finalista en diversas áreas, para determinar si es que se ha avanzado o no en cuanto a su regulación jurídica, y con ello, poder concluir si es que, en definitiva, las Isapres son o no eficaces en cuanto a la protección del derecho a la salud en nuestro país.

Así las cosas, primero se analizaron los avances legislativos en torno a la fiscalización en materia de salud, luego en relación a los contratos de salud, continuando con un estudio sobre las propuestas de reforma que han existido respecto del sistema de salud, finalizando con un análisis sobre cuáles han sido los aspectos objetados por la ciudadanía en el tema salud, para lo cual se estudiaron y describieron los procedimientos de reclamos que existen en nuestra legislación – y cómo se ha avanzado en su regulación -, mencionándose, incluso, una consecuencia de toda esta temática, a saber, la judicialización de la salud.

A través de toda la investigación realizada, se pudo lograr un conocimiento del funcionamiento y regulación del sistema de salud chileno, con énfasis en el sector privado, y el derecho a la protección de la salud. Se pudo constatar que, desde sus inicios y hasta la actualidad, han existido diversas reformas que han tenido como principal objetivo el avance en diversas materias, para así ser más eficaces al momento de cautelar la garantía constitucional antes mencionada.

Sin embargo, aún existen aspectos negativos respecto a esta materia. Uno de ellos, es el hecho que el derecho a la protección de la salud no ha dejado de ser aquella norma programática que se mencionó en la primera parte de este trabajo, arrastrándose un déficit desde su consagración a nivel constitucional. Consecuencia de ello, es que a la fecha aún no es de aquellas garantías protegidas, en su totalidad, por la acción de protección, lo que a su vez tuvo como resultado el proceso denominado como judicialización de la salud.

Otro aspecto negativo en cuanto a materia de salud se refiere, es que pese a que hay una alta participación regulatoria de la Superintendencia de Salud, siguen existiendo abusos por parte de las Isapres, lo que se ve reflejado en el aumento anual en los reclamos que los usuarios interponen en su contra ante el ente fiscalizador, lo que inevitablemente conlleva a una saturación de su sistema de reclamos, y en una baja satisfacción por parte de los usuarios en relación al funcionamiento de éste, pese a obtener, en su gran mayoría, resultados favorables a los reclamantes.

Por otra parte, la Superintendencia del ramo ha hecho valorables esfuerzos en cuanto a unificar la regulación de los contratos de salud, de manera de hacer el proceso de afiliación algo más transparente y sencillo para los usuarios. Sin embargo, la adhesión a las condiciones igualitarias propuestas por dicho ente por parte de las Isapres es voluntaria, lo cual genera, obviamente, un desequilibrio en las posiciones que ocupan las instituciones y los afiliados al momento de contratar.

En mérito de lo expuesto, y del trabajo realizado en la investigación, se puede señalar que la hipótesis propuesta, esto es, que las Isapres no son realmente eficaces en cuanto a las prestaciones que otorgan a los afiliados, ya que presentan un alto índice de reclamos y de recursos de protección ejercidos en su contra, se verificó, toda vez que se pudo demostrar que las Instituciones de Salud Previsional, pese a las mejoras introducidas al sistema privado de salud, aún mantienen una alta tasa de reclamos y de recursos de protección ejercidos en su contra.

Sin embargo, lo anterior se ve atenuado por el hecho de que los resultados de los reclamos y de los recursos de protección ejercidos contra las Isapres, son en su mayoría, favorables a los afiliados, lo que a su vez

genera un alto índice de satisfacción de los usuarios en relación al sistema de reclamos.

No obstante ello, la ineficacia de las Isapres al momento de otorgar las prestaciones de salud constituye un hecho grave e indeseable, por lo que debe ser erradicado de nuestro sistema de salud, a nivel general, para así cumplir con el mandato contenido en las diversas leyes regulatorias del sistema y en nuestra Constitución Política.

Por tanto, se puede concluir que respecto a la regulación jurídica de las Isapres y la eficacia en cuanto al resguardo del derecho a la protección de la salud, si bien han existido notorios y buenos avances, aún existen ciertos problemas que no permiten tener el nivel deseado de equilibrio entre la regulación jurídica y la protección de dicho derecho constitucional. Por ello, aún no está dicha la última palabra para el sector, siendo imperioso que el proceso de avance en cuanto a las materias tratadas continúe, regulándose más y de mejor manera el sistema privado de salud, para así subsanar el conflicto de la judicialización de la salud, y proteger más eficazmente el derecho a la protección de la salud.

Para finalizar, cabe señalar que, al ser el “Tema Isapres” un tópico de variadas y distintas aristas, el trabajo realizado sólo trata una de ellas, esto es, la institucionalidad de las Isapres y su regulación jurídica. Sin embargo, al efectuar la investigación para llevar a cabo la memoria, descubrí que existen otras líneas de investigación que se derivan de la que utilicé para tales efectos, y que son generados a partir del tema escogido, como son, los contratos de salud y su eficacia, los problemas de cobertura en materia de salud, las deficiencias del seguro catastrófico, los problemas de eficiencia

de las Isapres en materia económica, la institucionalidad jurídica y regulación jurídica del Fondo Nacional de Salud, entre otros.

Se hace mención a lo anterior, considerando, principalmente, que el tema tratado en el trabajo es, aún, un tópico abierto a más y mejores reformas, sujeto a cambios constantes que permitan en un futuro hacer del sistema privado de salud algo más eficiente y protector del derecho a la salud.

BIBLIOGRAFÍA

Memorias

1. ANDRADE ANDRADE, Cristián. “El contrato de salud previsional”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2001.
2. BOTTESELLE RODRÍGUEZ, Rodolfo y FRANCO ÁVALOS, Sebastián. “Conflictos entre afiliados e Isapres y afiliados y Fonasa”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2004.
3. PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. “Isapres y contrato de salud previsional”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2006.

Gaceta Jurídica

1. BULNES ALDUNATE, Luz. “El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980”. Gaceta Jurídica N° 295. Santiago, Chile. 2005.

Documentos virtuales

1. ALTURA MANAGEMENT. “Realidad de los Recursos de Protección en Isapres Años 2007-2008 y Proyección primer semestre 2009. (Resumen Ejecutivo). Santiago, Chile. 2008.

[en línea] <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/recursos-deproteccion-_re.pdf> [Consulta: 13 de agosto 2012].

2. BLACKBURN, Stephen, ESPINOSA, Consuelo y TOKMAN, Marcelo. “Alternativas para reducir la discriminación y la segmentación por riesgo en el sistema de salud chileno”. EN: Serie de Financiamiento del Desarrollo. CEPAL, Unidad de Estudios Especiales. Santiago, Chile. 2004.

[en línea]

<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/20573/Serie%20152_Marcelo%20Tokman.pdf>. [Consulta: 28 de junio de 2012]

3. CASTILLO V., Fernando. “Derecho a la salud. Recientes evoluciones de la jurisprudencia constitucional”. San José, Costa Rica. 2011.

[en línea]

<<http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/cefeca/Documentos/Derechoalasalud/CONFERENCIADERECHOALASALUD.pdf>>. [Consulta: 28 de agosto 2012].

4. COUSO, Javier y REYES, Mauricio. “Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile”.

[en línea] <https://www.ucursos.cl/derecho/2010/1/D123D0851/7/material_docente/objeto/278750> [Consulta: 28 de agosto 2012].

5. LARRAÑAGA, Osvaldo. "Eficiencia y equidad en el sistema de salud chileno". EN: Proyecto CEPAL/GTZ "Reformas Financieras al sector salud en América latina y el Caribe". Santiago, Chile. 1997.

[en línea]
<<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/4286/lcl1030e.pdf>>
[Consulta: 22 de agosto 2012].

6. LIBERTAD Y DESARROLLO. "Análisis e Implicancias del Fallo del Tribunal Constitucional sobre ISAPRES". Santiago, Chile. 2008. EN: Temas Públicos N° 87.

[en línea]
<http://164.77.202.58/lyd/controls/neochannels/neo_ch3799/deploy/tp-879-analisis%20e%20implicancias%20del%20fallo%20del%20tribunal%20constitucional%20sobre%20isapres-25-07-2008.pdf>. [Consulta: 13 de agosto 2012].

7. LIBERTAD Y DESARROLLO. "Judicialización de la Salud". Santiago, Chile. 2009. EN: Temas Públicos N° 945.

[en línea] <[http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización de la salud-27-11-2009.pdf](http://64.207.146.63/wp-content/files-mf/TP-945-Judicialización%20de%20la%20salud-27-11-2009.pdf)> [Consulta: 13 de agosto 2012].

8. LIBERTAD Y DESARROLLO. "Decisión del Tribunal Constitucional: Alcances y Efectos sobre las Isapres". EN: Temas Públicos N° 976. Santiago, Chile. 2010.

[en línea]
<http://www.libertadydesarrollo.cl/lyd/controls/neochannels/neo_ch380>

[4/deploy/tp-976-decision%20del%20tc%20alcances%20y%20efectos%20sobre%20las%20isapres-30-07-2010.pdf.>](#) [Consulta: 13 de agosto 2012].

9. LOVERA PARMO, Domingo. “El informe de Chile ante el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: El papel del Derecho”. Publicación del Programa de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

[En línea]

<http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Chile%20y%20desc_LOVERA_FINAL.doc> [Consulta: 28 de agosto de 2012].

10. MAIRA, Marcelo y OYARZO, César. “Reforma del sistema de salud: Una mirada propositiva desde los prestadores privados de salud”. EN: Serie en foco N° 110, Expansiva. Santiago, Chile. 2007.

[En línea]

<http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/04072007112824.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012].

11. QUESNEY L., Francisco. “Algunas ideas en torno al sistema Isapres. EN: Proyecto Humanitas, Centro de Estudios Públicos. Santiago, Chile. 1990.

[En línea]

<http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1641.html#.UDzU6KPOUul> [Consulta: 28 de agosto de 2012].

12. SOTO VELASCO, Sebastián. “Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”. EN: Sentencias destacadas 2008. Libertad y Desarrollo. Santiago, Chile. 2009.

[En línea]

<https://www.ucursos.cl/derecho/2010/1/D123D0851/7/material_docente/objeto/271313+&hl=es&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEEShh-UqIAzk6sNcOiHZRN3z4VPUnfNBO1FV2xuKx9bIPCq_pYiKaP5Yiul8l-0iSIFUzgLfUH3I3x6R24mDfUnHO5gwJ9xwp4QSJi2caux75JB9OqSjP5wPjx43McaBRgnHSWR5F&sig=AHIEtbRohPjMMMf9KqBcijzpvf760ERXQw> [Consulta: 13 de agosto 2012].

13. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Evaluación de la Reforma de Salud y Situación del Sistema Isapres. Diseño Metodológico y Definición de Líneas Basales”. Santiago, Chile. 2007.

[en línea] http://www.supersalud.gob.cl/568/articles-2727_recurso_8.pdf > [Consulta: 22 de agosto 2012]

14. TITELMAN, Daniel. “Reformas al financiamiento del sistema de salud en Chile”. EN: Revista de la CEPAL N° 69. Santiago, Chile. 1999.

[En línea]

<<http://www.eclac.cl/publicaciones/SecretariaEjecutiva/7/lcg2067/titelmanesp.pdf> > [Consulta: 28 de junio de 2012]

15. VERGARA, Marcos. “Reforma del sector salud en Chile: Avances y problemas en la implementación”. EN: Serie en foco N° 112, Expansiva. Santiago, Chile. 2007.

[en línea]

<http://www2.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/04072007114141.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

Legislación nacional

1. Constitución Política de la República. Editorial Jurídica, edición especial para estudiantes. Undécima edición. Santiago, Chile, 2006.
2. Decreto Ley N° 2763. 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 de Servicios de Salud. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Julio, 1979.
3. Decreto Ley N° 3500. Establece nuevo sistema de pensiones. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. Noviembre, 1980.
4. Decreto con Fuerza de Ley N° 3. Fija normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, por Instituciones de Salud Previsional. Ministerio de Salud. Santiago, Chile. Mayo, 1981.
5. Decreto Supremo N° 3. Reglamento de autorización de Licencias Médicas por las COMPIN e Instituciones de Salud Previsional. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Mayo, 1984.
6. Ley N° 18.469. Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Noviembre, 1985.
7. Ley N° 18.933. Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional. Dicta Normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapre y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de Salud, de 1981. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Marzo, 1990.

8. Ley N° 19.381. Modifica Ley N° 18.933, que creó Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Mayo, 1995.
9. Ley N° 19.895. Establece diversas normas de solvencia y protección de personas incorporadas a Instituciones de Salud Previsional, Administradoras de Fondo de Pensiones y Compañías de Seguros. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Agosto, 2003.
10. Ley N° 19.937. Modifica el D.L. 2763, de 1979 con la finalidad de establecer una nueva concepción de la Autoridad Sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Febrero, 2004.
11. Ley N° 19.966. Establece un Régimen de Garantías en Salud. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Septiembre, 2004.
12. Ley N° 20.015. Modifica la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Mayo, 2005.
13. Decreto con Fuerza de Ley N° 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L N° 2763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469. Ministerio de Salud, Santiago, Chile. Abril, 2006.

Historia de Ley

1. Historia de la Ley N° 19.381. Biblioteca del Congreso Nacional.
2. Historia de la Ley N° 19.895. Biblioteca del Congreso Nacional.
3. Historia de la Ley N° 19.937. Biblioteca del Congreso Nacional.

4. Historia de la Ley N° 19.966. Biblioteca del Congreso Nacional.
5. Historia de la Ley N° 20.015. Biblioteca del Congreso Nacional.

Circulares y Resoluciones Exentas de la Superintendencia de Isapres

1. Circular N° 25. Imparte instrucciones sobre los contratos de salud. Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional. Santiago, Chile. Agosto, 1995.
2. Circular N° 26. Imparte instrucciones sobre la implementación de la Ley N° 19.831. Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional. Santiago, Chile. Agosto, 1995.
3. Circular N° 36. Imparte instrucciones sobre procedimientos de suscripción, adecuación, modificación y terminación de contratos y deroga la Circular N° 8 de 1991. Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional. Santiago, Chile. Julio, 1997.
4. Resolución Exenta N° 2263. Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional. Santiago, Chile. Octubre, 1997.
5. Resolución Exenta N° 2500. Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional. Santiago, Chile. Noviembre, 1997.

Circulares de la Superintendencia de Salud

1. Circular IF/Nº 2. Imparte instrucciones sobre el ajuste de los contratos de salud a la Ley Nº 19.966. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Abril, 2005.
2. Circular IF/Nº 4. Imparte instrucciones sobre tramitación de reclamos ante el Fondo Nacional de Salud e Instituciones de Salud Previsional. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Mayo, 2005.
3. Circular IF/Nº 8. 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. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Julio, 2005.
4. Circular IF/Nº 9. Imparte instrucciones sobre la implementación de la Ley Nº 20.015. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Agosto, 2005.
5. Circular IF/Nº 12. Imparte instrucciones sobre condiciones generales uniformes para los contratos de salud previsional. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Enero, 2006.
6. Circular IF/Nº 17. Imparte instrucciones sobre la mediación para controversias entre Isapres o Fonasa y los cotizantes y/o beneficiarios. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Marzo, 2006.
7. Circular IF/Nº 19. Modifica la Circular IF/Nº 9 de Agosto de 2005, que imparte instrucciones sobre la implementación de la Ley Nº 20.015. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Mayo, 2006.

8. Circular IF/Nº 54. Imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo para el conocimiento, tramitación y resolución de reclamos interpuestos por los cotizantes y beneficiarios en contra de las Instituciones de Salud Previsional o el Fondo Nacional de Salud. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Octubre, 2007.
9. Circular IF/Nº 80. Compendio de normas administrativas de la Superintendencia de Salud en materia de instrumentos contractuales. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Agosto, 2008.
10. Circular IF/Nº 89. Instruye a las aseguradoras respecto al expediente electrónico y la notificación electrónica de resoluciones de juicios arbitrales y reclamos administrativos. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Diciembre, 2008.
11. Circular IF/Nº 92. Imparte instrucciones sobre el envío de información relacionada con recursos de protección interpuestos por los beneficiarios en contra de las Isapres. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Marzo, 2009.
12. Circular IF/Nº 97. Actualiza el compendio de normas administrativas de la Superintendencia de Salud en materia de instrumentos contractuales. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Junio, 2009.
13. Circular IF/Nº 98. Complementa Circular IF/Nº 92, de fecha 26 de marzo de 2009, que Imparte instrucciones sobre el envío de información relacionada con recursos de protección interpuestos por los beneficiarios en contra de las Isapres. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Julio, 2009.

14. Circular IF/Nº 105. Actualiza el compendio de normas administrativas de la Superintendencia de Salud en materia de instrumentos contractuales. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Septiembre, 2009.
15. Circular IF/Nº 117. Imparte instrucciones para regular el cumplimiento por parte de las aseguradoras de lo instruido en los actos y resoluciones dictadas en los procesos de resolución de reclamos administrativos y juicios arbitrales. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Abril, 2010.
16. Circular IF/Nº 135. Imparte instrucciones e implementa mecanismo para la recepción de escritos en juicios arbitrales y reclamos administrativos, y sus respectivos documentos, fuera del horario de funcionamiento de la Superintendencia, complementando instrucciones contenidas en el Compendio de Procedimientos. Superintendencia de Salud. Santiago, Chile. Octubre, 2010.

Legislación internacional

1. Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de Naciones Unidas, Asamblea General. Manhattan, Estados Unidos. Diciembre, 1948.
[En línea]
<http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/Declaracion_Universal_DDHH.pdf>
[Consulta: 28 de agosto de 2012]
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de Naciones Unidas. Manhattan, Estados Unidos. Diciembre, 1966.

[En línea] <<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>>

[Consulta: 28 de agosto de 2012]

3. Convenio 130, relativo a la asistencia médica y a las prestaciones monetarias de enfermedad. Organización Internacional del Trabajo, Conferencia General. Ginebra, Suiza. Mayo, 1972.

[En línea]

< http://www.derechos.org/ve/proveaweb/wp-content/uploads/convenio_130.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012]

Otros documentos utilizados

1. SUPERINTENDENCIA DE ISAPRES. “Boletín Estadístico”. Período Enero-Diciembre 2001. Santiago, Chile. 2002.
2. SUPERINTENDENCIA DE ISAPRES. “Boletín Estadístico”. Santiago, Chile. 2003.
3. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Boletín Estadístico”. Santiago, Chile. 2005.
4. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Boletín Estadístico”. Sección VIII.- Reclamos y Sanciones Sistemas Isapre Año 2009. Santiago, Chile. 2009.
5. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Boletín Estadístico”. Sección VIII.- Reclamos y Sanciones Sistemas Isapre Año 2010. Santiago, Chile. 2010.

6. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Boletín Estadístico”. Sección VIII.- Reclamos y Sanciones Sistemas Isapre Año 2011. Santiago, Chile. 2011.
7. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Informe Estudio Cuantitativo: Satisfacción de Usuarios del Sistema de Reclamos SIS”. Elaborado por DATAVOZ: Opinión Pública e Investigación de Mercado. Santiago, Chile. 2011.
8. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. “Carta de Derechos Ciudadanos”. Santiago, Chile. 2011.
[en línea]
<<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-propertyvalue-2688.html>>.
[Consulta: 16 de agosto 2012].

Otros Links visitados

1. <http://web.supersalud.cl/568/articles-2727_recurso_8.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2012]
2. <<http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/biblioteca/documentos/otros/Propuestacambios.pdf>> [Consulta: 28 de agosto de 2012]
3. <<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-propertyname-571.html>> [Consulta: 26 de marzo 2012].
4. <<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-propertyvalue-2618.html>> [Consulta: 26 de marzo 2012].