

**LA TUTELA DEL DERECHO  
CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE  
LA SALUD A PARTIR DE LA DICTACIÓN  
DE LA LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN  
RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS EN  
SALUD (PLAN AUGE)**

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

**Francisca Pía Amigo Fernández.**

**Francisca de la Maza Chevesich.**

**Carolina Sofía Flisfisch Camhi.**

Profesor Guía: Paulino Varas Alfonso



<b>INTRODUCCIÓN .</b>	<b>1</b>
<b>I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL .</b>	<b>5</b>
<b>1. Teoría de los Derechos Fundamentales . .</b>	<b>6</b>
<b>1.1. Fundamento de los derechos fundamentales .</b>	<b>6</b>
<b>1.2. Distinción entre derecho y garantía .</b>	<b>10</b>
<b>1.3. La Reserva Legal .</b>	<b>16</b>
<b>1.4. <u>Derechos Sociales Fundamentales</u>: Orígenes, concepto y características .</b>	<b>40</b>
<b>2. El Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución Política de la República de 1980 . .</b>	<b>42</b>
<b>2.1. Consagración Normativa . .</b>	<b>42</b>
<b>2.2. Características .</b>	<b>51</b>
<b>II. RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS EN SALUD (LEY N° 19.966) . .</b>	<b>55</b>
<b>1. Antecedentes generales sobre el sistema de salud. . .</b>	<b>56</b>
<b>Componentes del sistema de salud . .</b>	<b>56</b>
<b>Breve referencia al Régimen de Prestaciones en Salud .</b>	<b>57</b>
<b>2. Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas .</b>	<b>63</b>
<b>3. Régimen General de Garantías en Salud .</b>	<b>63</b>
<b>3.1. Concepto . .</b>	<b>64</b>
<b>3.2. Características .</b>	<b>64</b>
<b>4. Garantías Explícitas en Salud .</b>	<b>66</b>
<b>4.1. Concepto y características .</b>	<b>66</b>
<b>4.2. Tipos de Garantías Explícitas .</b>	<b>69</b>
<b>4.3. Elaboración y determinación de las Garantías Explícitas en Salud .</b>	<b>75</b>
<b>4.4. Vigencia y modificación de las Garantías Explícitas .</b>	<b>80</b>
<b>4.5. Modelo de atención de las prestaciones cubiertas por las Garantías Explícitas de Salud .</b>	<b>81</b>
<b>5. Mecanismos para hacer exigibles las Garantías Explícitas en Salud .</b>	<b>83</b>

5.1. Antecedentes generales .	85
5.2. Sistema de Reclamación Administrativo .	86
5.2.2.2. Procedimiento administrativo por incumplimiento de las Garantías Explícitas de acceso, financiamiento y calidad .	89
<b>III. ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.966 COMO TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD .</b>	<b>95</b>
1. Elementos de la reserva de ley en la remisión del artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República a la Ley N° 19.966 .	97
<b>CONCLUSIONES . .</b>	<b>125</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .</b>	<b>129</b>
LIBROS . .	129
REVISTAS .	130
PONENCIAS . .	131
MEMORIAS . .	131
INFORMES . .	131
HISTORIA LEGISLATIVA . .	132
LEGISLACIÓN .	133
RECURSOS ELECTRÓNICOS .	134
JURISPRUDENCIA . .	135

# INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Chile en su Capítulo III llamado “De los Derechos y Deberes Constitucionales” contempla un catálogo de derechos fundamentales que plasman los valores, principios y bienes jurídicos de mayor relevancia para la vida en sociedad. La justificación de estos derechos no es un tema pacífico en la doctrina constitucional, sin perjuicio de que la mayoría concuerde en que por medio de su consagración normativa, se protegen los intereses superiores de los individuos de manera universal, indisponible e inalienable. De esta forma, el Estado asume por un lado, la obligación negativa de abstenerse de interferir en la esfera de autonomía que le corresponde a toda persona y, por otro, la obligación positiva de crear las condiciones necesarias para que éstas puedan desarrollarse en igualdad.

Dada la trascendencia del contenido de los derechos constitucionales, que implica un consenso de elevarlos a la categoría de la mayor jerarquía normativa de nuestro sistema jurídico, es imperioso dotarlos de mecanismos que permitan su efectiva tutela.

Dicha protección viene dada por un conjunto de garantías que concurren para crear las condiciones adecuadas que permitan a los individuos el pleno ejercicio de los derechos constitucionales.

Una de estas garantías es la reserva legal, la cual importa un mandato al legislador de regular estos derechos, con el objeto de delimitar su contenido, la forma de hacerlos exigibles y, en definitiva, especificar todo lo necesario para que sean accesibles a las personas. Tradicionalmente, se ha entendido que el referido mandato recae en el Órgano Legislativo, debido a que es el órgano que cuenta con la mayor representatividad de la

sociedad y por ende “es el espacio de la presencia plural de las distintas expresiones políticas de la sociedad democrática”<sup>1</sup>.

En relación a lo anterior, la doctrina se encuentra dividida en torno a si el Órgano Ejecutivo puede colaborar en la especificación de los aludidos derechos, ya que en el proceso de formación de los instrumentos emanados de la Administración, no existen las garantías que se encuentran presentes en el proceso de formación de las leyes.

Este debate cobra especial relevancia tratándose de los derechos fundamentales denominados sociales, ya que los intereses que protegen no se encuentran debidamente tutelados sin la existencia de un desarrollo legislativo posterior, a diferencia de lo que ocurre con los llamados derechos fundamentales individuales, respecto de los cuales se contemplan los medios para hacer efectiva su protección a nivel constitucional.

Con respecto a los derechos sociales, éstos se sustentan en principios de igualdad y solidaridad, y satisfacen necesidades de naturaleza prestacional, por lo que se caracterizan por ser programáticos, es decir, su desarrollo legislativo se encuentra supeditado a la existencia de recursos y a la voluntad política contingente. Los bienes jurídicos generalmente resguardados por este tipo de derechos son, entre otros, la salud, la vivienda digna, la educación y la justa retribución en materia de trabajo.

En esta línea, es de nuestro especial interés el derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República, debido a que es uno de los presupuestos básicos para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, en el sentido de que con la ausencia del bienestar físico y psíquico, las personas no se encuentran en condiciones de desarrollarse de una manera digna y plena.

Adicionalmente, podemos constatar que en la actualidad se ha implementado una reforma en materia de salud que tiene por finalidad suplir las falencias que el sistema sanitario ha venido arrastrando hace años y que han impedido garantizar debidamente este derecho, siendo parte de ésta la regulación del Régimen General de Garantías en Salud.

De acuerdo al primer informe de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de Ley que establece dicho Régimen, “el modelo institucional actual ha alcanzado un límite en su capacidad de enfrentar las necesidades sanitarias de la población, lo que se expresa, 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 mejoría en la cobertura, en el trato y en la oportunidad, como en el sector privado en que demandan mayor protección de sus derechos”<sup>2</sup>. En vista de lo expuesto, podemos constatar que de acuerdo al referido informe, el sistema de salud requería de una urgente

---

<sup>1</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Derecho, (5), 2004. p. 11.

<sup>2</sup> Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. Presentado en la Sesión 31ª de la Cámara de Diputados de fecha 10 diciembre de 2002. p. 2. [en línea] <<http://sil. Congreso.cl/docs/il/info5290.doc>>

reforma que lograra superar: i) La obsolescencia del modelo de atención de salud; ii) Cambio del perfil epidemiológico y demográfico y, iii) Variación de las expectativas de la población en relación a la atención de la salud<sup>3</sup>.

Ahora bien, la referida reforma al sistema de salud se ha promovido mediante la presentación de una serie de iniciativas legales: La Ley N° 19.937 que modifica el D.L. N° 2.763 de 1979 con la finalidad de establecer una nueva concepción de la Autoridad Sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana, publicada en el Diario Oficial con fecha 24 de febrero de 2004, la Ley N° 19.966 que establece un Régimen General de Garantías en Salud (Plan AUGE), publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de septiembre de 2004, la Ley N° 19.895 que establece normas sobre solvencia y protección de personas incorporadas a las Isapres (Ley Corta de Isapres), publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de agosto de 2003, la Ley N° 20.015 que modifica la Ley N° 18.933 sobre Instituciones de Salud Provisional (Ley Larga de Isapres), publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de mayo de 2005 y el Proyecto de Ley sobre los derechos y deberes de las personas en materia de salud (Boletín 2727-11). “Además se aprobó una Ley de Financiamiento que considera alzas del IVA y de impuestos específicos para financiar dos importantes iniciativas en materia social: el Plan de Salud con Garantías Explícitas, para todos los beneficiarios del Fonasa (conocido popularmente como Auge), y el Chile Solidario, que busca ofrecer nuevas oportunidades de desarrollo e inserción social y productiva a las familias indigentes”<sup>4</sup>.

Como puede apreciarse, la reforma implica una reestructuración general del sistema, ya que existe una multiplicidad de legislación que viene a ser modificada con el objetivo de disminuir las desigualdades en salud, enfrentar los desafíos del envejecimiento de la población y de los cambios de la sociedad, proveer de servicios acordes con las expectativas de la población, mejorar los logros sanitarios alcanzados<sup>5</sup> y, en definitiva, a garantizar el contenido del derecho a la protección de la salud consagrado en nuestra Constitución.

Sin perjuicio de que la reforma sienta sus bases en los referidos cuerpos legales, para efectos de este trabajo nos enfocaremos en la Ley N° 19.966. Podemos adelantar que su principal innovación e interés consiste en garantizar explícitamente el acceso, oportunidad, calidad y protección financiera de las prestaciones de salud, otorgando un contenido preciso y acotado al derecho a la protección de la salud que permite hacerlo exigible, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad donde no existía dicha posibilidad. Con esto, la Ley en comento pretende proteger el derecho constitucional objeto de nuestro estudio.

---

<sup>3</sup> Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. *ob. cit.* p.3.

<sup>4</sup> GIACONI G., Juan- CONCHA B, Marisol. El Sistema de Salud Chileno Reformado, Ediciones Universidad Mayor, Facultad de Medicina, Santiago, 2005. p. 23.

<sup>5</sup> Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. *ob. cit.* p.4.

## **LA TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A PARTIR DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS**

En vista de lo anterior, el objetivo de nuestro trabajo es analizar si la tutela del derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República se encuentra debidamente garantizada a partir de la dictación de la Ley N° 19.966 que establece un Régimen General de Garantías en Salud.

El desarrollo de nuestro análisis se centrará en el cumplimiento del principio de la reserva legal en la dictación de la referida Ley, debido a que por el carácter social del derecho a la protección de la salud esta garantía cobra especial relevancia en la tutela de éste.

Para efectos de lo anterior seguiremos el siguiente esquema: En primer lugar, analizaremos el derecho a la protección de la salud a la luz de la teoría de los derechos fundamentales, respecto de lo cual ahondaremos en los fundamentos de los derechos fundamentales, en su concepto, en su protección y, específicamente, en la garantía de la reserva legal como medio de tutela del mismo derecho.

En segundo lugar, haremos referencia a los antecedentes generales del sistema de salud, describiremos el Régimen General de Garantías en Salud, abordaremos el concepto de Garantías Explícitas, sus características, tipos, determinación, vigencia, modificación y los mecanismos para hacerlas exigibles<sup>6</sup>.

Por último, analizaremos en qué medida la Ley N° 19.966 tutela el derecho constitucional a la protección de la salud y, en especial, si ésta cumple con los elementos de la reserva legal.

<sup>6</sup> Cabe advertir que el análisis de la normativa referida al Régimen General de Garantías en Salud se circunscribe a la que se encuentra vigente hasta diciembre del año 2005.



# I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La Constitución Política de la República es el cuerpo normativo de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, ya que recoge los valores, principios y bienes jurídicos considerados superiores por la sociedad y sienta las bases que lo estructuran. Generalmente, su consagración requiere un complemento legislativo para efectos de adquirir un contenido preciso que permita hacerla aplicable, labor que se encuentra esencialmente radicada en el Órgano Legislativo.

Por su carácter de Ley Superior, la normativa que desarrolla los derechos que contiene, debe satisfacer tanto requisitos formales, es decir, cumplir los procedimientos que la Carta contempla para su formulación, como requisitos materiales que obligan al legislador a ajustar el contenido de las leyes a los principios y directrices que derivan de ella.

Señalamos en la introducción que el análisis del presente trabajo se centra en una Ley que precisamente viene a desarrollar el contenido del derecho fundamental a la protección de la salud. Como veremos más adelante, la importancia de este análisis radica en que al ser éste un derecho social, su operatividad depende en gran medida de su desarrollo legislativo. De esta forma, cobra especial relevancia indagar en la manera como el legislador realizó dicha labor.

Para efectos de lo anterior, es preciso fijar un marco conceptual que nos otorgue las herramientas necesarias para nuestro análisis. Es por esto que nos abocaremos, primeramente, a desentrañar la naturaleza del derecho a la protección de la salud, para lo cual nos basaremos en la teoría de los derechos fundamentales. Posteriormente, haremos referencia a la forma como se ha consagrado normativamente este derecho en la Constitución Política.

## **1. Teoría de los Derechos Fundamentales**

Desde un punto de vista teórico, en la Constitución Política chilena podemos distinguir, en general, dos tipos de normas que cumplen distintas funciones.

Por una parte, aquellas normas de carácter orgánico que organizan y constituyen los órganos, otorgándoles competencias, es decir, atribuyen o delimitan las facultades de éstos, estableciendo las directrices que guían su actuar. En definitiva, son normas que sientan las bases para el funcionamiento de los órganos del Estado.

Por otra parte, se encuentran aquellas normas de carácter dogmático que consagran “el reconocimiento que la Constitución hace de los derechos y deberes constitucionales, así como de las normas que le sirven de fundamento axiológico”<sup>7</sup>. En ésta se establecen los derechos fundamentales reconocidos a las personas y los principios que orientan el resto de la normativa de inferior rango.

Como señalamos, la protección de la salud contenida en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política es un derecho fundamental. Atendido a lo anterior, antes de entrar en el análisis pormenorizado de la referida norma, es preciso revisar la teoría de los derechos fundamentales para efectos de comprender la lógica a que estos responden y las consecuencias jurídicas que se derivan de sus características.

En el presente acápite abordaremos los fundamentos de los derechos fundamentales, el concepto de derecho fundamental, teniendo presente las distintas teorías que se han elaborado en torno a éstos. Luego, nos abocaremos al estudio de la garantía como protección de los derechos fundamentales. Al respecto, nos referiremos al debate relativo a la distinción entre derecho y garantía y nos enfocaremos, especialmente, en el concepto de reserva legal. Para terminar, haremos referencia a la noción de los derechos sociales y sus principales características, lo que nos ayudará a comprender el contenido y las particularidades del derecho a la protección de la salud.

### **1.1. Fundamento de los derechos fundamentales**

---

Para estudiar el concepto y las características de los derechos fundamentales, debemos, en primer lugar, referirnos a su fundamentación ya que ello determina el concepto que se

---

<sup>7</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo Contra la Administración?, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Derecho, (5), 2004. p. 60.

tiene de éstos.

A este respecto, debemos señalar que se han desarrollado dos posiciones contrapuestas que explican el concepto de derecho fundamental a partir de diferentes visiones, en cuanto a la fundamentación de los derechos fundamentales y a la forma de solución de los conflictos que pueden surgir entre ellos<sup>8</sup>. Ruiz Tagle las clasifica en doctrinas: **intuitivas** y **razonadas**.

### 1.1.1. Doctrinas intuitivas

Ruiz Tagle denomina a esta primera concepción intuitiva, porque “se trata de un derecho constitucional que se concibe como encerrado en sí mismo o como inspirado en consideraciones extra-constitucionales que no se hacen del todo explícitas, por ejemplo, asumiendo como propias doctrinas de origen pontificio o basadas en encíclicas papales y aceptando su aplicación muchas veces inmediata”<sup>9</sup>. Esta posición justifica los derechos fundamentales en consideraciones que no responden a criterios de derecho positivo.

Enrique Evans al proponer una clasificación de los derechos fundamentales sigue esta posición al establecer que “(...) hemos intentado agrupar los derechos buscando, en lo fundamental, el bien jurídico protegido en cada conjunto de garantías y teniendo presente que es la persona del hombre el fundamento último de los derechos humanos”<sup>10</sup>.

En este mismo sentido encontramos a Nogueira que caracteriza a los derechos fundamentales del siguiente modo, “La denominación utilizada de derechos fundamentales, explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos constitucionales, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona”<sup>11</sup>.

Sin embargo, esta posición no sólo fundamenta a estos derechos en consideraciones extra- jurídicas, sino que también se presenta como un criterio total de resolución de conflictos entre estos derechos. De esta manera, “supone que todos los conflictos se deben solucionar de una misma manera, y que todos los órganos deben resolver estos

<sup>8</sup> Se habla de conflictos o colisiones de derechos cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesiona, o pone en peligro de lesión el derecho de un tercero. Más precisa es la definición de C. Autexier, quien señala que “existe colisión de derechos fundamentales allí donde dos sujetos de derechos poseen/ejercen derechos fundamentales no compatibles”. AUTEXIER, Christian, 1997, citado por ALDUNATE, Eduardo. La colisión de derechos fundamentales. En: Ponencia al I Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, Universidad de Chile, Santiago, 2003. p. 3.

<sup>9</sup> RUIZ-TAGLE, Pablo. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile, Revista de Derecho Público, (63), Santiago, 2002. p. 183.

<sup>10</sup> EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. p. 31.

<sup>11</sup> NOGUEIRA, Humberto. Dogmática constitucional. Editorial Universitaria de Talca, Talca, 1997. 130 p.

conflictos del mismo modo sin discriminar entre diversos tipos de procedimientos”<sup>12</sup>. En este sentido, habría sólo una manera de solucionar las colisiones entre los derechos fundamentales.

Este criterio total en la resolución de colisiones entre los derechos fundamentales, posee distintas versiones, siendo la máxima expresión de esta doctrina la de José Luis Cea, conocida como “tesis numerológica”, quien concibe la idea de un orden de prelación o jerarquía determinable en abstracto entre los diferentes derechos fundamentales. Al respecto señala que “Prácticamente y también en el plano de los principios, tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad, para proseguir con la vida e integridad personal (...)”<sup>13</sup>.

En esta línea, podemos observar que para Cea se debe aceptar como fórmula para la solución de la colisión de derechos, la idea de gradación que, según él, se expresa en la Constitución. Es de la opinión que “En la enumeración del artículo 19 de la Carta Política no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir la secuencia jerárquica ya anunciada. Y lo mismo cabe decir del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos. En la Constitución de Chile esa secuencia consta en la historia fidedigna”<sup>14</sup>. En definitiva, Cea sostiene que los derechos fundamentales estarían configurados de manera jerárquica en función de la numeración con que aparecen en el texto constitucional.

A modo de resumen, podemos señalar que las doctrinas intuitivas justifican los derechos fundamentales en consideraciones extra-constitucionales, ajenas al derecho positivo, y plantean que los conflictos de estas normas se resuelven en base a una jerarquía previamente establecida.

### **1.1.2. Doctrinas de carácter razonado y parcial**

Para Ruiz Tagle, las concepciones de carácter razonado y parcial “reflejan mejor la evolución que ha tenido el tratamiento de estos temas en el derecho comparado (...) y suponen un rechazo al método intuitivo y de la adopción de jerarquías injustificadas respecto de los derechos”<sup>15</sup>.

Quienes sustentan esta posición, sostienen que los derechos fundamentales no se justifican en principios iusnaturalistas, sino que su fundamento reside en que son parte del derecho positivo en la medida en que se produce su consagración constitucional.

En relación con la colisión de estos derechos, se reemplaza la idea de jerarquía, por

<sup>12</sup> RUIZ-TAGLE, P. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile. *ob. cit.* p. 183.

<sup>13</sup> CEA, José Luis. El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica, Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999. p. 172.

<sup>14</sup> CEA, José Luis. El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica. *ob.cit.* .p. 174.

<sup>15</sup> RUIZ-TAGLE, P. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile. *ob. cit.* p.187.

las de balance, delimitación y ponderación, postura que implica que serán las circunstancias del caso concreto las que aportarán los elementos determinantes en la preferencia que deba darse a un derecho por sobre otro en caso de que se produzca una colisión entre ellos.

Estas teorías han tenido un creciente reconocimiento en la doctrina nacional y en la jurisprudencia constitucional chilena.

En efecto, esta forma de interpretar la justificación de los derechos fundamentales es la que más se aviene a la jurisprudencia que ha establecido el Tribunal Constitucional, la cual ha dispuesto que “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”<sup>16</sup>.

Ruiz Tagle comenta esta sentencia aludiendo a que “esa anulación o privación de eficacia es precisamente el efecto que se produce con las concepciones que se basan en la intuición y/o que establecen órdenes rígidas o jerarquías que se suponen de aplicación total o absoluta para la resolución de todos los conflictos entre derechos”<sup>17</sup> y concluye diciendo que la tesis de la jerarquía de los derechos constitucionales no está comprobada.

Compartimos la opinión de Ruiz Tagle ya que, a nuestro parecer, no existen criterios objetivos que permitan establecer una jerarquía entre los derechos fundamentales, además de que la tesis numerológica sostenida por Cea no soporta una justificación dogmática. Lo anterior, porque la utilización de criterios inspirados en la jerarquización de derechos puede llevar a resultados poco razonables, por ejemplo, la anulación de la eficacia de los derechos fundamentales.

De esta manera, consideramos que la posibilidad de dar con una concepción adecuada de los derechos fundamentales pasa por concebirllos mediante una teoría razonada y parcial, puesto que sólo una teoría con dichas características puede otorgarnos las herramientas necesarias y un marco teórico adecuado para analizar la preceptiva constitucional relativa a la salud.

### 1.1.3. Concepto de derecho fundamental

Concebir a los derechos fundamentales a partir de una teoría razonada y parcial, esto es, justificarlos mediante argumentos que no se basen en consideraciones extra jurídicas, implica asumir un concepto de derecho fundamental que responda a criterios de derecho positivo.

Atendido a lo anterior, entre quienes defienden esta postura existe consenso que en el fundamento de los derechos fundamentales, y por ende, en su concepto, debe estar presente la idea de su consagración constitucional. En efecto, la mayoría de los autores

<sup>16</sup> Fallo del Tribunal Constitucional, “Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones”. Rol N° 33, 24 de septiembre de 1985.

<sup>17</sup> RUIZ-TAGLE, P. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile. *ob. cit.* p. 189.

se refieren a los derechos fundamentales como derechos subjetivos que se consagran en el texto constitucional, quedando fuera, por tanto, de la disposición de las mayorías. En este sentido, la noción principal que subyace a los derechos fundamentales es que se trata de derechos atrincherados, no negociables por las mayorías, que se conciben con primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias y que, por cierto, son vinculantes tanto para el legislador, como para los otros órganos del Estado. También es importante destacar que el control de estos derechos se ejerce a través de órganos de carácter contra mayoritario.

De esta manera, concordamos con la definición que Squella elabora de los derechos fundamentales como “aquellos derechos humanos consagrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos de los estados, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”<sup>18</sup>.

A nuestro parecer, esta definición responde a aquella teoría que hemos denominado como razonada y parcial, ya que pone énfasis en la positivización de los derechos fundamentales, y es suficientemente neutra como para otorgar un amplio campo teórico para efectuar nuestro análisis posterior.

Asimismo, a partir del concepto anterior se desprende, como ya hemos hecho alusión, que la característica principal de los derechos fundamentales es que deben estar positivados en el ordenamiento jurídico interno, generalmente a nivel constitucional. Esta característica se puede observar con nitidez en la concepción que tiene Cruz Villalón sobre estos derechos, al señalar que “los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución”<sup>19</sup> y que “allí donde no hay Constitución (...) no habrá derechos fundamentales”<sup>20</sup>.

## **1.2. Distinción entre derecho y garantía**

---

Tradicionalmente, la teoría de los derechos fundamentales ha entendido a éstos como derechos subjetivos públicos, lo cual se basa en la teoría general del derecho formulada por Hans Kelsen.

Kelsen afirma que “Tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que- de acuerdo con la misma resolución- ha cometido el acto antijurídico o violado su deber”<sup>21</sup>. De esta manera, “La esencia del derecho subjetivo (...) se

<sup>18</sup> SQUELLA, Agustín. Introducción al derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000. p. 159.

<sup>19</sup> CRUZ VILLALÓN, P. Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, (25), Madrid, 1989. p. 41.

<sup>20</sup> CRUZ VILLALÓN, P. Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales. *ob.cit.* p. 14.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho del Estado, UNAM, Mexico, 1979. p. 102. Citado por: FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales, en, DE CABO, Antonio- PISARELLO, Gerardo. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001. p. 28.

encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga al individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de una obligación”<sup>22</sup>.

Esta identificación del derecho fundamental con la noción de derecho subjetivo público fue cuestionada con su internacionalización y con el surgimiento de los llamados derechos sociales, los cuales no contemplan medios para hacerlos exigibles.

A raíz de lo anterior, se ha discutido sobre el concepto de “derecho”, en función a si incluye o no la noción de “garantía”, concebida como un derecho subjetivo. El motivo de este debate gira en torno a si podemos afirmar la existencia de un derecho, frente a la ausencia de mecanismos para hacerlos exigibles. En este sentido, por una parte, algunos autores identifican el término “derecho” con el de “garantía” como sinónimos, es decir, que es consustancial a la existencia de un derecho los mecanismos para hacerlos efectivos, y, por otra, autores que afirman que los derechos existen sin perjuicio de su justiciabilidad.

Esta imprecisión conceptual también se encuentra presente en nuestra Constitución, debido a que en algunas disposiciones se utilizan estos conceptos como sinónimos, y en otras ambos términos se encuentran enfrentados.

Asimismo, no ha habido consenso acerca de lo que comprende la noción de garantía, lo que ha provocado una mayor dificultad en el entendimiento de esta discusión. La idea más aceptada en torno a este concepto, lo identifica con los medios jurisdiccionales para hacerlos exigibles, ya sea a nivel de justicia ordinaria o constitucional. En cambio, otros conciben a la garantía en un sentido amplio, el cual abarca otros medios, aparte de los judiciales, que tutelan la efectividad del derecho.

En las próximas líneas, pasaremos a revisar la discusión que acabamos de esbozar, con el objeto de adoptar una postura frente a las diversas tesis y construir un concepto de garantía que nos sirva para el análisis posterior.

### **1.2.1. Tesis que rechazan la distinción entre derecho y garantía**

Como señalamos, tanto en la doctrina nacional como comparada, hay autores que objetan la distinción entre derecho y garantía, debido a que no conciben la existencia de un derecho ante la ausencia de los medios para hacerlos exigibles. Consideran que el establecimiento de un “derecho” sin los mecanismos que permitan su justiciabilidad, en estricto rigor es un principio, directriz o norma programática, que a lo sumo podría ser vinculante para el legislador.

En relación a lo anterior, Jiménez Campo ha señalado a raíz de un análisis dogmático de la Constitución española que “Es cierto que el Constituyente, atento al valor legitimante de la palabra derecho, enunció de este modo algunos de los principios rectores, pero los “derechos” a la protección de la salud (art. 43.1), al acceso a la cultura (art. 44.1), a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1) o de una vivienda digna (art. 47) no son, en un sentido jurídico-positivo, tales derechos subjetivos, sino, como ya dije y precisaré después, pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de

---

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho del Estado, UNAM, Mexico, 1979. p. 148. Citado en: FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, *ob. cit.* p. 47.

imponer o, cuando menos, de justificar determinadas políticas públicas”<sup>23</sup> .

En la misma línea, Humberto Nogueira ha sostenido que, “Cuando el sistema de derechos esenciales o derechos humanos no ofrece a sus titulares la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no hay un verdadero derecho”<sup>24</sup> .

Así también, Luis Prieto Sanchis señala que “Cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular, la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos”<sup>25</sup> .

En suma, podemos señalar que los partidarios de esta postura consideran parte integrante y esencial de los derechos, los medios para hacerlos efectivos y, por ende, equiparan la noción de derecho y garantía. “Un derecho formalmente reconocido pero no justiciable- es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos- es (...) un derecho inexistente”<sup>26</sup> .

### **1.2.2. Tesis que acogen la distinción entre derecho y garantía**

A diferencia de los autores recientemente citados, otros sostienen que no es posible negar la existencia de un derecho cuando éste se encuentra desprovisto de instrumentos para hacerlos operativos y distinguen el concepto de derecho con el de garantía, constituyendo este último los medios para tutelar los derechos.

Entre estos, Mario Verdugo y Ana María García hacen énfasis en que los medios para hacer exigibles los derechos, “por falta de pulcritud técnica, corrientemente aparecen confundidos en los textos positivos con los derechos a los cuales prestan protección”<sup>27</sup> .

La confusión a que hacen alusión los autores recientemente citados tiene su origen en que los derechos fundamentales clásicos, de libertad, propiedad, entre otros, se encontraban establecidos como auténticos derechos subjetivos públicos, que podían ser exigidos por los particulares al Estado. Sin embargo, lo anterior cambió con el surgimiento

<sup>23</sup> JIMÉNEZ Campo, Javier. Derechos Fundamentales Concepto y Garantías, Editorial Trotta, Madrid, 1999. p. 123.

<sup>24</sup> NOGUEIRA, Humberto. Dogmática Constitucional. *ob. cit.* p. 158.

<sup>25</sup> PRIETO, Sanchis, Luis. El Sistema de Protección de los derechos fundamentales, *Anuario de Derechos Humanos*, (2), 1983. p. 370. Citado por: ROJAS, Solari, Andrea, Eugenia. La delimitación del concepto de garantía de los derechos fundamentales: la garantía jurisdiccional, sus presupuestos y requisitos. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, 2003. p. 6.

<sup>26</sup> ZOLO, Danilo. La strategia della cittadinanza, en *Íd. La cittadinanza, Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p.33. Citado por: FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales, *ob. cit.* p. 28.

<sup>27</sup> VERDUGO, Mario- GARCÍA, Ana María. Manual de Derecho Político, Instituciones Políticas, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996. p.264.



de los derechos sociales consagrados a nivel constitucional y con la progresiva internacionalización de los derechos, en tanto su operatividad depende de lo establecido en otras fuentes normativas.

En este sentido, los partidarios de esta tendencia entienden que la consagración constitucional desde ya dota al respectivo derecho de existencia normativa, sin perjuicio que para su exigibilidad, sea necesario su posterior desarrollo.

En esta línea, Ferrajoli subraya la importancia de acoger esta distinción en el plano teórico de la siguiente manera: “Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos, jurídicamente irrelevantes”<sup>28</sup>.

Ahora bien, relacionado con lo anterior es pertinente hacer referencia a la clasificación desarrollada por Peces Barba, quien distingue dos principales funciones de los derechos fundamentales, la subjetiva y la objetiva.

La **función subjetiva** se identifica con la noción de derecho subjetivo que se manifiesta principalmente en el establecimiento de procedimientos para proteger judicialmente el cumplimiento de los derechos, y en el establecimiento de organizaciones adecuadas que los sustenten.

En el mismo sentido Favoreau señala que “la calificación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos demuestra, esencialmente, el hecho que esos derechos fundamentales están destinados a proteger intereses particulares y que son exigibles judicialmente”<sup>29</sup>.

Los derechos fundamentales en su **función objetiva** estarían concebidos como normas de legitimación de las decisiones estatales y, en este sentido “los derechos fundamentales expresan también un orden objetivo de valores que se imponen como elección fundamental a todas las ramas del derecho”<sup>30</sup>. Debemos señalar, que esta noción se entiende en una relación de complementariedad con la función subjetiva.

La función objetiva se manifiesta en que los derechos fundamentales “sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”<sup>31</sup>. En este sentido, el contenido de los derechos como normas objetivas irradian todo el ordenamiento jurídico y, “partiendo

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. *ob. cit.* p. 45.

<sup>29</sup> FAVOREAU, L. *Doit Constitutionnel*. Editorial Dalloz, traducción de Daniela Peña: 1998. p.8.

<sup>30</sup> FAVOREAU, L. *Doit Constitutionnel*. *ob. cit.* p. 8.

<sup>31</sup> HESSE, Conrado. El Significado de los Derechos Fundamentales, Manual de Derecho Constitucional, Editorial Evap-Marcial Pons, Madrid, 1996. p. 93.

de la premisa de la vinculación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos fundamentales, surge no sólo una obligación (negativa) del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito que aquéllos protegen, sino también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva para la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos”<sup>32</sup> .

Para Peces-Barba, los derechos fundamentales en su función objetiva son suministradores de criterios interpretativos, usados por todos los operadores jurídicos aplicadores del derecho, incluidos jueces y legisladores, y son guía para la aplicación correcta del derecho y para la creación normativa<sup>33</sup> .

Ahora bien, se ha entendido que ambas funciones son trascendentales para el entendimiento de los derechos fundamentales, de manera que, desconocer la existencia de un derecho cuando se encuentra desprovisto de una garantía (derecho subjetivo), implica negar el carácter objetivo de éste. “La visión de los derechos fundamentales no puede limitarse a su imagen primordial de derechos subjetivos, sino que debe abarcar también su condición orientadora, en un sentido objetivo, de toda la convivencia política”<sup>34</sup> .

Atendido a lo anterior, consideramos que es importante acoger la distinción entre derecho y garantía, en especial porque en vista de la realidad constitucional, su desconocimiento implicaría negar la existencia de algunos derechos, entre ellos los sociales, que sin perjuicio de que en muchos casos no tienen operatividad, tienen una función orientadora del ordenamiento jurídico.

### **1.2.3. Concepto de garantía**

Vimos en el acápite anterior que conforme a las doctrinas que compartimos, los derechos constitucionales existen sin perjuicio de las garantías que los protegen. En este sentido, la garantía, independiente y separable del derecho, estaría constituida por los mecanismos de protección con los que cuenta un derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, no existe consenso en torno a qué comprende dicha noción de garantía.

Algunos autores consideran que se limita únicamente a los medios judiciales. Entre estos, Hector Fix Zamudio considera que los instrumentos procesales son los únicos que deben ser considerados como verdaderas y propias garantías constitucionales. Asimismo, Cea señala que “se entiende por garantías las acciones, recursos procesales, cuya eficaz deducción, decisión y cumplimiento por la Magistratura, en virtud de su Poder de Imperio, permite que cobren seguridad y realidad las Declaraciones de Derechos y

---

<sup>32</sup> HESSE, Conrado. El Significado de los derechos Fundamentales. *ob .cit.* p. 94.

<sup>33</sup> PECES-BARBA, G. y otros. Curso de Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.p. 422.

<sup>34</sup> JIMÉNEZ, Campo, Javier. Derechos Fundamentales Concepto y Garantías. *ob .cit.* p. 30.

Deberes Fundamentales”<sup>35</sup> .

En cambio, Mario Verdugo y Ana María García consideran que la garantía comprende “los diversos mecanismos jurídicos por los ordenamientos constitucionales para proteger el adecuado ejercicio de los derechos fundamentales”<sup>36</sup> . Como podemos observar, son partidarios de una concepción más amplia de garantías, que no se reduce sólo a su exigibilidad en sede judicial.

Consideramos que una noción amplia de garantía contribuye a una protección más eficaz de los derechos fundamentales. La inclusión de los demás mecanismos que contemplan los ordenamientos jurídicos permite que derechos como los sociales, que no cuentan con instrumentos procesales para su efectividad, puedan ser tutelados por medio de ellos, respetándose su consagración normativa y reconociéndose su función objetiva.

Es por esto que concordamos con la noción de garantía de Peces Barba, quien “parece identificar la noción de garantía con cualquier elemento del ordenamiento jurídico y político susceptible de contribuir a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales”<sup>37</sup> .

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe resaltar que no es conveniente extender el concepto de garantía excesivamente al punto de caer en la imprecisión máxima del concepto, ya que esto, en vez de tutelar el derecho, podría conllevar su desprotección. Por ello, es pertinente hacer referencia a la clasificación de garantías que desarrolla Peces Barba y que ofrece un marco que limita el referido concepto.

#### 1.2.4. Clasificación de las garantías

Peces Barba distingue, entre las garantías de los derechos fundamentales, dos categorías básicas: garantías nacionales e internacionales.

Las **garantías internacionales**, son los medios existentes a nivel supra-estatal consagrados con el objeto de que los particulares puedan hacer efectivos los derechos que le han sido desconocidos, habiéndose agotado los recursos existentes en el derecho interno. En relación a éstos, podemos distinguir los mecanismos establecidos a nivel universal, de los establecidos a nivel regional. Este tipo de garantías se rigen por la normativa y principios relativos al derecho internacional público.

Las **garantías nacionales**, son aquellas que se encuentran contenidas en el ordenamiento jurídico del país particular de que se trate, en nuestro caso, en la normativa chilena. De esta manera, se encontrarían contenidas en nuestra Constitución y en todas las demás fuentes del derecho que en virtud de su mandato las desarrolle.

En relación a las garantías nacionales, distingue las generales de las específicas.

---

<sup>35</sup> CEA, José Luis. El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica. *ob.cit.* p. 83-84.

<sup>36</sup> VERDUGO, Mario- GARCÍA, Ana María. Manual de Derecho Político, Instituciones Políticas. *ob. cit.* p. 260.

<sup>37</sup> ROJAS, Solari, Andrea, Eugenia. La delimitación del concepto de garantía de los derechos fundamentales: la garantía jurisdiccional, sus presupuestos y requisitos. *ob. cit.* p. 18.

Por una parte, las **garantías nacionales generales** se definen como aquellas condiciones mínimas que debe tener un Estado para que sea posible la vigencia de los derechos. En este sentido, el Estado debe estructurarse en torno a ciertos principios que son básicos para la existencia material de los derechos. Entre este tipo de garantías, podemos enumerar a modo ejemplar, la fórmula del Estado de Derecho, el principio de separación de poderes y la democracia, entre otros <sup>38</sup>.

Por otra parte, las **garantías nacionales específicas** son todos aquellos mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico con el objeto de darle protección a los derechos.

Respecto de este tipo de garantías, se pueden distinguir a su vez:

Garantías de regulación, que tienen por objeto proteger al derecho en su proceso de desarrollo. Dentro de ésta, encontramos la garantía de la reserva legal y los procedimientos contemplados para efectos de reformar los derechos fundamentales.

Garantías de control y fiscalización, que tienen por finalidad supervigilar el respeto de los derechos fundamentales en la actuación de los órganos del Estado. De esta manera, se pretende que todo ente administrativo someta su actuar a los referidos derechos. Son ejemplos de este tipo de garantía el derecho de petición y las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados.

Garantías de interpretación, están establecidas para que se promueva el sentido y alcance que mejor favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales. De esta forma, se pretende por una parte que la interpretación de un derecho irradie las demás normas del ordenamiento jurídico y por otra, que ésta se efectúe respetando ciertos requisitos mínimos, establecidos generalmente por el mismo sistema.

Garantías internas al derecho, tienen por objetivo tutelar el contenido esencial del derecho mismo.

Garantías judiciales, que permiten que quienes han visto vulnerado un derecho, respecto del cual son titulares, puedan reclamar su protección ante los tribunales de justicia. En relación a esta garantía, se pueden diferenciar aquellas acciones de carácter ordinario, de aquellas de carácter constitucional.

### **1.3. La Reserva Legal**

---

Vimos que los derechos fundamentales se encuentran protegidos por medio de garantías de diversa naturaleza, las que en conjunto permiten asegurar su vigencia y efectividad.

Ahora bien, para efectos de nuestro análisis nos enfocaremos en una de ellas, la reserva legal, la que ha sido clasificada por Peces Barba dentro de las garantías de regulación.

A continuación, revisaremos el concepto de reserva legal, sus fundamentos, consagración normativa, alcance, tipología y elementos.

<sup>38</sup> ROJAS, Solari, Andrea, Eugenia. La delimitación del concepto de garantía de los derechos fundamentales: la garantía jurisdiccional, sus presupuestos y requisitos. *ob. cit.* p. 19.

### 1.3.1. Concepto

A lo largo del presente trabajo hemos señalado que los derechos constitucionales requieren de un desarrollo posterior por medio de normas de inferior rango para que puedan hacerse operativos. A este respecto, surge la pregunta relativa a qué fuente normativa es la encargada de realizar dicho desarrollo. En este sentido, la fuente que paradigmáticamente ha cumplido esa labor es la ley, ya que su proceso de formación está radicado en el órgano con mayor representación democrática, el Parlamento. Sin embargo, se mantiene la duda acerca de si normas emanadas de otros órganos, de inferior rango jerárquico tienen dicha facultad y/o pueden colaborar en la especificación de los derechos constitucionales.

En este contexto surge la reserva legal, que ha sido definida en un diccionario jurídico como “un principio jurídico por el cual determinadas materias han de ser reguladas forzosamente por una norma con rango de ley y, por tanto, atribuidas al parlamento, sin que el gobierno pueda establecer disposiciones normativas sobre ellas”<sup>39</sup>. En esta misma línea, Fernandois señala que “En virtud de este principio –formulado muy generalmente- determinadas materias sólo pueden ser abordadas por una norma de rango legal, y jamás por preceptos de inferior jerarquía normativa”<sup>40</sup>.

Como puede apreciarse, la finalidad del principio de reserva de ley es restringir la facultad de regular ciertas materias, atribuyendo dicha competencia exclusivamente al Órgano Legislativo.

Ahora bien, cabe hacer hincapié que las definiciones anteriores excluyen completamente la intervención del Órgano Ejecutivo. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el concepto de reserva legal se encuentra íntimamente relacionado con las particularidades de cada ordenamiento jurídico y específicamente con la distribución de competencias que realiza la Constitución Política vigente. En este sentido, tal como señala García “Sólo es pertinente encontrar un concepto de reserva de ley en función de la propia naturaleza del régimen constitucional de un país determinado”<sup>41</sup>, ya que su definición se encontrará supeditada a las peculiaridades con las que cuente aquél. De lo anterior, concluimos que un concepto de reserva de ley para nuestro sistema se encuentra supeditado a la regulación contenida en nuestra Constitución, materia que analizaremos con posterioridad.

### 1.3.2. Fundamento de la Reserva de Ley

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ Vega, José- MARISCAL De Gante y Mirón, Jaime. Diccionario de la Constitución, Editorial Planeta, Barcelona, 1983, p.324, citado en: GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 127.

<sup>40</sup> FERNANDOIS Vöhringer, Arturo. La Reserva Legal: Una garantía sustantiva que desaparece, *Revista Chilena de Derecho*. (28) N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, abril/junio 2001.

<sup>41</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 128.

Esbozado un concepto de reserva de ley, cabe preguntarse la razón de la existencia de este principio, para lo cual es necesario revisar por qué la ley es el instrumento llamado primariamente, e incluso en algunas ocasiones exclusivamente, a desarrollar los derechos establecidos en la Constitución.

Atendido a lo anterior, cabe señalar que la reserva de ley, además de ser un principio que orienta nuestro ordenamiento jurídico, es una garantía, ya que tiene por objeto cautelar el contenido de los derechos fundamentales y la forma como se especifica éste. Al respecto, Fermandois ha dicho que “(...) la reserva de ley es mucho más que un criterio técnico-constitucional: es una garantía sustantiva para la vigencia de los derechos fundamentales”<sup>42</sup>.

En esta misma línea, García ha señalado que “Constituye, sobre todo, una señal de garantía de que hay algunas materias, como la regulación de derechos, libertades e igualdades, que sólo pueden ser normadas por los representantes de la soberanía popular”<sup>43</sup>.

Ahora, siguiendo al citado autor, la función de garantía de la reserva de ley se manifiesta en los aspectos que revisaremos a continuación.

En primer lugar, según García, el Parlamento es el órgano del Estado que representa políticamente de mejor manera la ciudadanía, debido a que “es el espacio de la presencia plural de la distintas expresiones políticas de la sociedad democrática. Por ende, no existe ningún otro poder que pueda resguardar de mejor manera las intervenciones que en la esfera individual y colectiva se pretenda asumir por parte de la ley”<sup>44</sup>. En este sentido, se considera que tiene un rol superior en relación a los demás órganos del Estado.

En segundo lugar, los instrumentos que emanan del Órgano Legislativo, se encuentran más protegidos que los que provienen de otros entes, como por ejemplo la Administración. Su proceso de formación se encuentra estrictamente regulado y contempla una serie de trámites destinados a que se conozca su tramitación y que el resultado de la regulación represente el deseo de las mayorías. Debido a lo anterior, la ley asegura mayor certeza y previsibilidad en comparación a otras fuentes legales, como los emanados del Órgano Ejecutivo.

En tercer lugar, la Ley se distingue por ser producto explícito de las deliberaciones entre opuestos<sup>45</sup>, lo que implica que queda constancia de las diversas opiniones y discusiones que se presentaron en torno a su dictación y lo más importante, es que se puede acceder a ellas, ya que se exige su publicación.

En suma, la reserva de ley se concibe como una garantía que tiene por objeto que la

---

<sup>42</sup> FERMANDOIS Vöhringer, Arturo. La Reserva Legal: Una garantía sustantiva que desaparece. *ob. cit.* p. 288

<sup>43</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 11.

<sup>44</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 11.

<sup>45</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 12.

especificación del contenido de los derechos constitucionales se efectúe mediante el instrumento dictado por el ente más representativo de la sociedad y por medio de procedimientos transparentes y públicos. “A lo menos esta institución permite ser una garantía para el Parlamento frente a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, pues si no existieran materias reservadas a la ley, por la vía del reglamento se podría anular el Congreso. En segundo término, es una garantía de la institución parlamentaria frente a sí misma, puesto que la reserva le fija las materias frente a las cuales no puede sustraerse ni remitir o habilitar a otros órganos constitucionales o legales para su satisfacción. Finalmente, representa una garantía para el sistema democrático puesto que sobre estas materias reservadas ha de concurrir libremente el debate parlamentario la diversidad de opiniones dentro del sistema”<sup>46</sup>.

### 1.3.3. Consagración de la Reserva Legal en la Constitución Política.

Como señalamos con anterioridad, el concepto de reserva de ley se encuentra íntimamente ligado a la forma como se encuentre consagrado por un ordenamiento determinado. Para efectos de una mayor comprensión de la noción de reserva legal en nuestro país, a continuación revisaremos las disposiciones constitucionales a partir de las cuales se deriva este principio.

Es preciso partir señalando que en la Constitución Política es posible encontrar preceptos que se refieren de forma general a la reserva de ley y que por ende son siempre aplicables, a menos que exista una norma particular, como otros que al regular un derecho específico, establecen una reserva de ley para dicho caso.

En efecto, según señala Nogueira al comentar una sentencia del Tribunal Constitucional, existen dos niveles en la consagración de la reserva legal en la Constitución<sup>47</sup>. El primer nivel de reserva legal está establecido en los artículos 60, 32 N° 8, y 19 N° 26 de la Constitución, “siendo de alcance general y de común aplicación a todos los casos en que ella (la Constitución) ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia”<sup>48</sup>. El segundo nivel se encuentra contemplado en disposiciones constitucionales específicas, por ejemplo, en el artículo 19 de la Constitución es posible concebir todo un sistema de reserva legal como veremos con posterioridad. En el presente acápite revisaremos las disposiciones constitucionales de aplicación general que permiten afirmar que en Chile existe el principio de la reserva legal.

Existe consenso entre los autores que el principio de reserva legal se deriva del artículo 60 de la Constitución Política. En específico, es el número 2) del citado artículo

---

<sup>46</sup> CARMONA Santander, Carlos. Características de la Ley en la Constitución de 1980. Proyecciones en 13 leyes del sector Agricultura, trabajo inédito, enero de 1994. p. 17. Citado en: GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 44.

<sup>47</sup> NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El principio de reserva legal en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional. *Ius et Praxis*. 9(1), 2003. p.1. [en línea] < [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-) >

<sup>48</sup> Fallo del Tribunal Constitucional, “Reserva Legal y Potestad Reglamentaria”. Rol N° 370, 9 de abril de 2003.

donde se perfecciona la noción del referido principio:

“Sólo son materias de ley: 2) las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”.

En opinión de García, resulta categórica la referencia que el texto constitucional hace respecto de la formulación del principio de reserva legal<sup>49</sup>, ya que es la propia Constitución la que expresamente exige que ciertas materias sean reguladas por una ley. De esta manera, el artículo 60 N° 2 aparece como la disposición constitucional que paradigmáticamente consagra la existencia normativa del principio de reserva.

Sin perjuicio de ello, existen otras dos disposiciones constitucionales que complementan la noción de reserva legal en la Constitución Política. La primera de ellas es el artículo 32 de la Constitución, que contempla las atribuciones especiales del Presidente de la República, y contribuye a la formulación de la reserva legal, en su N° 8, al disponer:

“Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8) Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes”.

Como puede apreciarse, con la formulación del artículo 32 N° 8 se fortalece el principio de reserva legal ya derivado del artículo 60 de la Constitución, al hacerse especial hincapié en que el ejercicio de la potestad reglamentaria se debe circunscribir a aquellas materias que no pertenecen al dominio legal. De esta manera, por medio de la noción de dominio legal para la delimitación del ámbito de la potestad reglamentaria, se manifiesta la intención del constituyente de reforzar el principio de reserva de ley.

En segundo lugar, y en relación con los derechos constitucionales, es necesario citar el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República:

“La Constitución asegura a todas las personas: 26) La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

El artículo 19 N° 26 aparece como una garantía que limita la reserva legal en la especificación de los derechos constitucionales. El citado numeral contempla exigencias respecto de la legislación encargada de determinar el contenido de estos derechos. Estas exigencias se basan en el respeto de la esencia de los derechos, el cual aparece como criterio delimitador entre la idea de legislar y abstenerse de legislar. De esta manera, el artículo 19 N° 26 se concibe como una garantía genérica frente al principio de reserva legal.

Por último es necesario hacer alusión a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República los cuales consagran el principio de jerarquía normativa de la Constitución o supremacía constitucional. Estos artículos son relevantes en la

---

<sup>49</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 126.



configuración del principio de reserva legal, por lo que si se desconoce la reserva legal estatuida por la Constitución, dicha actuación será abiertamente inconstitucional al infringir lo establecido por dichos artículos.

Artículo 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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

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

Artículo 7: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y ororiginará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

En síntesis, el artículo 60 N° 2, el 32 N° 8 y el 19 N° 26 de la Constitución Política de la República constituyen en conjunto la consagración normativa del principio de reserva legal, sin embargo, la cuestión relativa a si estas disposiciones imponen un requisito material a la noción de reserva legal, esto es, el problema del alcance de este principio, lo analizaremos a continuación.

#### **1.3.4. Alcance de la Reserva de Ley**

Al revisar el alcance de la reserva de ley queremos hacer referencia a la discusión doctrinaria y jurisprudencial, en torno a la posible autorización que tendría el legislador para delegar a la Administración la regulación o complementación de las materias que el constituyente le ha reservado. En definitiva, el tema central objeto de discusión consiste en si la reserva de ley excluye completamente al Órgano Ejecutivo en la especificación de las materias regidas por dicho principio o, por el contrario, si admitiría su participación, en qué medida y con qué límites. Al respecto, surge la distinción de reserva legal absoluta y relativa.

Tomar una postura sobre cual es el alcance de la reserva de ley que establece nuestra Constitución (absoluta o relativa), es de trascendental importancia para efectos de delimitar la distribución de competencias de los órganos del Estado y para determinar la validez de los instrumentos dictados por ellos. Desgraciadamente, la jurisprudencia ha sido vacilante y contradictoria en torno a este tema. No obstante, podemos adelantar que la práctica ha derivado a un acogimiento de la versión relativa de la reserva de ley.

A continuación explicaremos en qué consiste la reserva legal absoluta y relativa y los fundamentos que se han dado para apoyar una u otra.

##### **1.3.4.1. Reserva legal absoluta**

Carmona explica que la posición que se denomina reserva legal absoluta consiste en que “Cuando la Constitución entrega al legislador abordar una materia, excluye por ese solo hecho la potestad reglamentaria del Presidente de la República”<sup>50</sup>. En consecuencia, la Administración quedaría completamente vedada de participar en la especificación de los derechos constitucionales. Esta doctrina habría predominado en nuestro país durante los años 1990 y 1996.

El mismo autor en su artículo llamado “Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento”<sup>51</sup> sistematiza los argumentos que ha dado el Tribunal Constitucional para apoyar esta tendencia de la siguiente manera:

a) La regulación es una atribución propia del legislador, lo que se desprendería de los fallos denominados Letrados Camineros I<sup>52</sup> y II<sup>53</sup>. Éstos hacen referencia a la regulación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, respecto de lo cual se dijo que “esta facultad no le corresponde al administrador, pues estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que las regulan””<sup>54</sup>.

b) Las limitaciones a un derecho reconocido en la Constitución las impone la ley, lo que deriva del denominado “caso playas”<sup>55</sup>. Éste trataba acerca de las limitaciones al derecho de propiedad, respecto de lo cual se expuso que “Las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad”<sup>56</sup>. Fernandois no concuerda con la opinión de que la sentencia en cuestión se encuentre dentro de los argumentos a favor de la reserva absoluta al decir “(...) no nos parece ello tan claro, en cuanto el Tribunal estuvo objetivamente forzado a aplicar la rigurosidad interpretativa especial, habida cuenta de la correspondiente intensidad a la que recurre la propia Carta en la reserva legal de la propiedad”<sup>57</sup>.

c) Las leyes de bases darían una mayor amplitud a la colaboración reglamentaria, sin perjuicio de que esto no sea la regla general. A partir de la sentencia relativa al “Décimo

<sup>50</sup> CARMONA Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento, Revista de Derecho Público (61): 180-193, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1998.

<sup>51</sup> CARMONA Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento. *ob. cit.* P. 181 y ss.

<sup>52</sup> Fallo del Tribunal Constitucional, “Letrados Camineros I”. Rol N° 146, 21 de abril de 1992.

<sup>53</sup> Fallo del Tribunal Constitucional, “Letrados Camineros II”. Rol N° 167, 6 de abril de 1993.

<sup>54</sup> CARMONA Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento. *ob. cit.* p. 182.

<sup>55</sup> Fallo del Tribunal Constitucional, “Caso Playas”. Rol N° 245 (246), 2 de diciembre de 1996.

<sup>56</sup> CARMONA Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento. *ob. cit.* p. 183.

<sup>57</sup> FERNANDOIS Vöhringer, Arturo. La Reserva Legal: Una garantía sustantiva que desaparece. *ob. cit.* p. 289.

Protocolo con Bolivia”<sup>58</sup> se concluye que tratándose de las leyes que no tienen por finalidad establecer las bases esenciales de algún derecho, se exige una regulación total del legislador, dejando al reglamento sólo la ejecución de la ley, “(...)sin que le esté permitido incorporar nuevas disposiciones o complementar las materias estrictamente legales”<sup>59</sup>.

d) A raíz del caso denominado “Remuneraciones MOP”<sup>60</sup>, el Tribunal Constitucional señaló que el reglamento no puede inmiscuirse en la reserva legal, debido al principio de jerarquía normativa, derivado de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. “La Constitución es la que establece las materias que son propias de ley, de manera tal que la ley que pretenda alterar esa competencia y disponer que por un decreto puede modificarse lo establecido en una norma legal, es abiertamente inconstitucional”<sup>61</sup>.

Como vemos, en las referidas sentencias el Tribunal Constitucional excluyó la colaboración administrativa en la especificación de los derechos constitucionales, con lo que configuró la doctrina de la reserva legal absoluta. De acuerdo a Fermandois, “(...) al cierre de esta época la reserva legal fue en definitiva mal percibida, algunos fallos mal interpretados en su absolutismo, y, por que no decirlo, algunos considerandos que la fundaron poco felices en su dureza excesiva con la potestad reglamentaria”<sup>62</sup>.

#### **1.3.4.2. Reserva legal relativa**

La doctrina de la reserva legal relativa es propicia a la colaboración reglamentaria en la especificación de los derechos constitucionales, debido a que existen materias que el legislador no se encuentra capacitado para regular. Se sostiene que la Constitución contempla diversos tipos de reservas legales con distintas intensidades, por lo que los parámetros de la intervención reglamentaria dependen de cómo se encuentre configurada la reserva en la Carta. Esta tendencia predomina a partir de 1997.

Carmona también sintetiza los argumentos que ha dado el Tribunal Constitucional para apoyar esta tendencia de la siguiente forma:

a) De diversos fallos del Tribunal Constitucional se desprende que la Constitución de 1980 en su artículo 60 consagró el sistema del dominio máximo legal, lo que implica que sólo son materia de ley las materias enumeradas en dicha disposición, quedando las demás materias radicadas en el Órgano Ejecutivo; “(...) la ley sólo debe contener los elementos esenciales de la materia que regula, sin que ella pueda excluir la potestad reglamentaria que la Constitución Política confiere al Presidente de la República en su artículo 32 N° 8, para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea

<sup>58</sup> Fallo del Tribunal Constitucional. Rol N° 282, 28 de enero de 1999.

<sup>59</sup> CARMONA Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento. *ob.cit.* p. 185.

<sup>60</sup> Fallo del Tribunal Constitucional, “Remuneraciones MOP”. Rol N° 276, 28 de julio de 1998.

<sup>61</sup> CARMONA Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento. *ob.cit.* p. 186.

<sup>62</sup> FERMANDOIS, Vöhringer, Arturo. La Reserva Legal: Una garantía sustantiva que desaparece. *ob. cit.* p. 289.

conveniente para la ejecución de las leyes”<sup>63</sup>.

b) En el caso conocido como “Ley de Presupuestos”<sup>64</sup>, el Tribunal dispuso que la Constitución contiene dos tipos de reservas, la absoluta y relativa. En el caso de las segundas, al Órgano Ejecutivo le corresponde una mayor intervención, sobretodo si se trata de una “ley marco”, en cuyo evento, le corresponde detallar su ejecución.

c) A raíz de la sentencia que rechazó el Decreto N° 171 de Vivienda de 1997<sup>65</sup>, se resolvió que “reglamento de ejecución y ley conforman un solo todo jurídicamente armónico e indisolublemente unidos”<sup>66</sup>, con lo cual se reconoce que la remisión de la ley a un reglamento es esencial para que la primera produzca efectos jurídicos.

A modo de resumen, podemos señalar que la doctrina de la reserva legal relativa considera que la intervención del Órgano Ejecutivo en la determinación de los derechos es una atribución contenida en la Constitución Política y más aún, que es especialmente relevante.

Como señalamos con anterioridad, esta doctrina es la que hoy en día cuenta con mayor adhesión y es la que se ha instalado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En relación a lo anterior, Fernandois explica que “Sea porque la Presidencia de la República se vio apesada en un concepto que le impedía ejecutar adecuadamente las leyes, sea porque buscó ampliar su ámbito normativo como expresión de la dinámica eterna de la expansión de poder, el Ejecutivo fue construyendo una batería de argumentos objetivamente destinados a relativizar la reserva, y que, recogidos progresivamente por el Tribunal Constitucional han terminado simplemente por eliminarla”<sup>67</sup>.

Sin perjuicio de las argumentaciones contenidas en los fallos del Tribunal Constitucional, que avalan la cooperación reglamentaria en la reserva de ley, nos parece pertinente revisar otro tipo de consideraciones que la justificarían, tema que abarcaremos en el siguiente acápite.

#### **1.3.4.2.1. Justificación de la colaboración reglamentaria**

Sostuvimos con anterioridad que el Órgano Legislativo es el que se encuentra en mejores condiciones para contar con la atribución relativa al desarrollo legislativo de los derechos constitucionales. Lo anterior porque, por una parte, tiene una mayor legitimidad democrática al ser representativo de la sociedad toda y, por otra, porque el proceso de

<sup>63</sup> CARMONA, Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento. *ob.cit.* p. 187.

<sup>64</sup> Fallo del Tribunal Constitucional, “Ley de Presupuestos”. Rol N° 254, 26 de abril de 1997.

<sup>65</sup> Fallo del Tribunal Constitucional, “Rechazó el Decreto N° 171 de Vivienda”. Rol N° 253, 15 de abril de 1997.

<sup>66</sup> CARMONA, Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento. *ob.cit.* p. 189.

<sup>67</sup> FERNANDOIS, Vöhringer, Arturo. La Reserva Legal: Una garantía sustantiva que desaparece. *ob. cit.* p. 290.

formación de la ley es transparente y explicita las diversas posturas y debates suscitados en torno a la regulación.

Sin perjuicio de lo anterior, también existen razones para afirmar que en la referida labor, es importante que haya una colaboración del Órgano Ejecutivo y que en definitiva en la especificación de los derechos constitucionales devendrá un mejor resultado si permitimos en cierta medida la intervención de éste.

A continuación haremos referencia a algunas de las justificaciones que se han dado para afirmar la conveniencia de una intervención de la Administración, para lo cual nos basaremos en la estructura desarrollada por Gonzalo García en la tesis titulada “La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?”<sup>68</sup>.

En primer lugar, en algunas ocasiones el mandato dirigido al legislador exige la regulación de materias altamente específicas, para lo cual es necesario contar con conocimientos técnicos y especializados. Muchas veces los parlamentarios no tienen los conocimientos suficientes como para dictar una ley sobre dichas materias o en el mejor de los casos no tienen la posibilidad de adquirirlos en un periodo acotado de tiempo. Es por esto que en tales ocasiones el Órgano Ejecutivo se encuentra más capacitado para ejercer esta labor, precisamente porque es un ente que se caracteriza por ser técnico.

En segundo lugar, hay materias cuyos supuestos regulativos son de naturaleza esencialmente dinámica, razón por la cual exigen una modificación periódica de su regulación para efectos de que sean operativas. Estos casos “(...) llevan al legislador a optar por encargarle a la administración tal formación, por los grados de flexibilidad, oportunidad e información que éste tiene para resolver con eficacia ciertas reservas legales”<sup>69</sup>.

En tercer lugar, ciertas materias requieren ser reguladas por una norma de rango reglamentario para efectos de mantener su eficacia, ya que a través del tiempo la realidad va superando la regulación. Asimismo, una modificación realizada por medio del Congreso podría ser extremadamente lenta en relación a la importancia de la Ley.

En cuarto lugar, tratándose de leyes “(...) en donde el legislador sólo traduce las principales orientaciones de verdaderos programas de acción, planes de largo plazo y políticas de desarrollo para determinados sectores”<sup>70</sup>, es evidente la necesidad de que el Órgano Ejecutivo las especifique.

En quinto lugar, de acuerdo a García existen razones sociales, entendiéndose por tales las relativas a que algunas reservas imponen obligaciones que el Estado debe proveer y cumplir. En estos casos, las políticas sociales deben desarrollarse en sede administrativa.

En sexto lugar, existen materias que requieren de la especificación de una amplia

---

<sup>68</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 210.

<sup>69</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 211.

<sup>70</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 210.

casuística, lo que por razones de técnica legislativa no puede ser abordado, delegándose a la potestad reglamentaria.

En séptimo lugar, hay ámbitos que requieren de una rápida respuesta, porque una demora en su regulación puede ser muy perjudicial para la sociedad. En estos casos es preferible que sea realizada por la Administración, ya que “La flexibilidad de la norma administrativa y su capacidad de adaptabilidad y rapidez de reacción frente a ciertos fenómenos la pone en mucho mejor pie que la ley (...)”<sup>71</sup>.

Por último, cabe señalar que en los casos en que un reglamento exceda los ámbitos de la remisión de ley, es más fácil derogar o suspender sus efectos que en el caso de una ley, ya sea mediante los recursos ante la propia administración, la justicia ordinaria o el control de legalidad y constitucionalidad por parte de la Contraloría General de la República en la toma de razón. En consecuencia, la natural resistencia a la intervención de la Administración en la regulación de derechos constitucionales, puede ser mitigada si se tiene en cuenta que generalmente los instrumentos emanados de dichos órganos pasan por estrictos controles.

En suma, podemos ver que además de existir razones de carácter constitucional para avalar la colaboración de la administración en la especificación de los derechos, hay razones de carácter práctico que reafirman la conveniencia de ello.

Finalmente, cabe precisar que sin perjuicio de que existen argumentos de texto y de carácter técnico, y que tanto los fallos del Tribunal Constitucional como gran parte de la doctrina nacional están contestes en la procedencia y conveniencia de aceptar la tesis relativa de la reserva legal, no es posible desconocer que existen distintos grados de intensidad en el tratamiento que la Constitución Política realiza respecto de las reservas legales. Así por ejemplo, en algunas disposiciones constitucionales, la reserva puede llegar a ser más absoluta que en otras. José Luis Cea reconoce lo anterior como “reserva de intensidad variable” y lo explica del siguiente modo: “Hemos advertido que la reserva legal no tiene siempre la misma *intensidad* o energía vinculante de la Constitución sobre el legislador. Debemos realzar, por ejemplo, que a propósito de las *garantías constitucionales* dicha reserva es fuerte y más estricta (...)”<sup>72</sup>. Incluso es posible sostener que dependiendo de qué derecho constitucional se trate, la reserva puede tener una intensidad distinta. En efecto, y como se analizará a continuación, existen tipos de reservas en que la procedencia de la colaboración reglamentaria no está sólo permitida, sino que es absolutamente necesaria para cumplir con el mandato constitucional de la reserva de ley y, por el contrario, existen casos de reservas que no admiten la colaboración reglamentaria

### **1.3.5. Tipos de Reserva Legal**

Al revisar nuestra Constitución Política podemos constatar que existen muchos preceptos

---

<sup>71</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 212.

<sup>72</sup> CEA Egaña, José Luis. Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena. *Revista de Derecho*, (1), Valdivia, 1998. p.11.

que establecen reservas legales, de hecho sólo en el artículo 19 podemos encontrar alrededor de setenta remisiones a la ley<sup>73</sup>. Esto manifiesta la necesidad de que, como ya señalamos, los derechos constitucionales requieran de un desarrollo legislativo posterior para hacerse operativos.

De esta forma, podemos hablar de un sistema de reserva legal que se compone de distintos tipos de reservas. Lo anterior se debe a que existen diversas condicionantes que las van configurando en atención a la finalidad que la propia Constitución establece.

La característica más relevante de este sistema es que, sin perjuicio del tipo de reserva de que se trate, siempre deberá cumplir con el límite general impuesto por la garantía contenida en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental. Además de esta limitación de carácter general, existen otros elementos que limitan específicamente la reserva legal y que en definitiva diferencia unas de otras.

Así podemos encontrar que existen distintas reservas dependiendo de los límites que la propia Constitución establece y atendido a la finalidad que éstas pretenden cumplir. Como consecuencia de lo anterior encontraremos un conjunto heterogéneo de reservas legales, donde cada una de ellas cuenta con un estilo de redacción particular que expresa cual fue la intención del constituyente al momento de redactar el mandato legal.

A partir de la redacción de la garantía contenida en el artículo 19 N° 26 podemos derivar la tipología de reservas legales existentes, al distinguir las situaciones en que se puede encontrar una ley en relación con un derecho constitucional<sup>74</sup>:

- “(...) que por mandato de la Constitución **regulen**”; por lo tanto una ley puede regular un derecho,

- “(...) o **complementen** las garantías que ésta establece”; por lo tanto también una ley puede complementar un derecho, y

- “(...) o que las **limiten** en los casos en que ella lo autoriza”; un ley puede excepcionalmente limitar un derecho.

Con todo existe una cuarta posibilidad “que está dada por la definición del constituyente de lo que sería un ejemplo de violación legal de la esencia del derecho (...) el constituyente ha dado un trazo preciso de cuestiones respecto de las cuales la ley no puede entrar a regular, complementar ni limitar. Técnicamente son prohibiciones, pero que se identifican con la esencia del derecho”<sup>75</sup>, se trata de las denominadas reservas legales negativas, que configuran obligaciones de no hacer impuestas al legislador.

A continuación expondremos las principales características que permiten distinguir cada uno de estos tipos de reserva legal, para ello utilizaremos como base la clasificación elaborada por Gonzalo García.

---

<sup>73</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 168.

<sup>74</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 170.

<sup>75</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 170.

### **1.3.5.1. Reserva Legal Complementaria**

Éstas se caracterizan por “un mandato constitucional en donde el núcleo del derecho lo define el propio texto fundamental abandonando su complemento a la ley”.

En estos casos el mandato se encuentra dirigido al legislador con el objeto de que complete la norma jurídica. Mientras la Constitución contiene el núcleo de la garantía, los distintos supuestos de hecho cubiertos por ella y las consecuencias jurídicas que se derivan de éstos, quedan contenidos en una ley, logrando como resultado la completitud de la norma.

La dificultad que se plantea en estos casos radica en confundir una reserva de tipo complementario con una reserva de tipo regulatoria que describiremos con posterioridad. Lo que las distingue es que las complementarias permiten una integración tal entre la Constitución y la ley que no se necesita de una regulación posterior, conformando un todo íntegro y perfecto.

Como consecuencia de lo anterior, cuando nos encontramos frente a una ley que complementa una garantía constitucional ésta debe cumplir ciertos requisitos para lograr esa completitud, a saber:

- El complemento debe constar en un solo cuerpo legal, para evitar de esta forma problemas de interpretación que podrían presentarse al existir diversos textos legales;
- La ley debe ser perfecta e inteligible de modo que se baste a si misma sin mayores condiciones;
- El rol de la ley complementaria es accesorio, por lo que la esencia debe quedar contenida en la normativa constitucional. El grado de vinculación de la garantía no puede quedar sujeta al complemento;
- La norma complementaria debe poner en ejecución el mandato constitucional.

De esta forma se pretende evitar que a través de normas complementarias se entre a regular un derecho.

La redacción que comúnmente utiliza el constituyente en este tipo de reservas es “en la forma”, “en conformidad” y “casos y circunstancias”. En general consisten en términos que sugieren la dictación de normas de tipo procedimental, accesorias al derecho y que lo complementan en su ejercicio.

Al revisar las garantías que suelen ser integradas con este tipo de reservas legales podemos ver que en general se trata de derechos o libertades individuales o de derechos de participación.

Para ilustrar de forma más adecuada este tipo de reserva veamos un ejemplo:

El artículo 19 N° 19, que regula el derecho a sindicarse, señala en su inciso tercero que “La Ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones”.

Podemos ver como el mandato constitucional contiene la esencia del derecho “la autonomía de los sindicatos” y se encomienda al legislador la tarea de señalar los



mecanismos para lograr la efectividad de dicha garantía.

Otros ejemplos de reservas legales complementarias los encontramos en: El artículo 19 N° 4 inciso 2°, artículo 19 N° 7 letra f), artículo 19 N° 12 inciso 1°, artículo 19 N° 15 inciso 2°, artículo 19 N° 19 inciso 1°.

### **1.3.5.2. Reserva Legal Limitativa**

Para efectos de caracterizar este tipo de reserva hay que tener presente que todos los derechos son limitados, por lo que no debemos confundir la cláusula general de limitabilidad de los derechos con la limitación específica que es posible efectuar respecto de sólo algunos de ellos.

Al hablar de limitación no nos referimos en este caso al “respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” contenido en el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, que es el límite general al que recién hacíamos referencia, sino que hablamos de la posibilidad de una delimitación externa impuesta por el legislador. Esta última es la que caracteriza el tipo de reserva en comento.

Como ya señalamos, el mandato constitucional debe señalar los límites de acción y los fines que debe tener en vista el legislador al momento de redactar la ley. De esta forma, lo que va a hacer en estos casos el legislador, por expresa habilitación constitucional, es excluir determinados supuestos del ámbito de protección de la norma. En ningún caso se trata del establecimiento de condiciones que suspendan el ejercicio de la garantía mientras ésta no se dicte, pues ello implicaría un desconocimiento de la vinculación directa de la Constitución.

Entre los casos en que usualmente se utiliza este tipo de reserva podemos mencionar:

- Aquellos en que la Constitución reconoce un derecho, pero indica también la excepción. Pueden haber excepciones genéricas y otras específicas, hay veces en que el mandato constitucional se dirige para precisar los casos concretos que se exceptúan del derecho;

- Aquellos en que la Constitución consagra las excepciones pero condicionadas por ciertas formalidades. Se delega a la ley la determinación de cuando y cómo puede existir la excepción. La expresión típicamente utilizada por el constituyente es “en los casos y en la forma determinados por la ley”;

- Aquellas situaciones donde la Constitución impone deberes a los titulares de determinados derechos para el ejercicio de éstos, cuyas limitaciones u obligaciones son establecidas mediante una norma de carácter legal;

Las expresiones que utiliza comúnmente la Constitución para referirse a este tipo de reservas legales son: “en la forma y casos”, “casos calificados”, “obligaciones y limitaciones” y “establecer limitaciones y requisitos”.

Es importante destacar que si existe un mandato dirigido al legislador con la finalidad de que desarrolle los casos en que se entiende limitado un derecho consagrado a nivel constitucional, éste debe cumplir con el desarrollo que se le ordena de forma completa,

en el sentido de que debe efectuar un tratamiento íntegro de la limitación. En ciertas ocasiones, esto implicará sólo la enumeración de los casos que se consideran excepcionales, pero en otras implica una elaboración mucho más sofisticada, que incluye no sólo las excepciones mismas, sino que también los procedimientos para verificar la concurrencia de dichos supuestos excluidos. Así el contenido del mandato constitucional puede adoptar formas mucho más complejas para cumplir con el requisito de que el precepto constitucional contenga a lo menos la esencia de la garantía consagrada.

Entre los ejemplos de reserva limitativa podemos mencionar los siguientes: El artículo 19 N° 16 inciso 3°, el artículo 19 N° 16 inciso 4°, el artículo 19 N° 16 inciso 5°, el artículo 19 N° 23 inciso 1°, el artículo 19 N° 24 inciso 3°.

En general se utilizan reservas legales limitativas cuando se trata de derechos individuales.

A modo de ejemplo podemos señalar la reserva contenida en el artículo 19 N° 7 letra b) que señala “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la ley”.

En este caso se observa claramente la consagración de la garantía “la libertad personal”, y la remisión legal para efectos de determinar los supuestos y la forma en que excepcionalmente se va a permitir la restricción de esta libertad.

### **1.3.5.3. Reserva Legal Regulatoria**

Una de las características más relevantes de este tipo de reservas es su carácter residual, ya que se definen como aquellas que no son complementarias ni limitativas.

El objeto de este tipo de reservas es reglar el ejercicio del derecho constitucional, por ello es evidente que se encargue de temas de diversa índole. Ello implica que el legislador cuente con una amplia libertad para efectos de cumplir su labor, lo que obviamente siempre quedará supeditado al límite impuesto por los fines del ordenamiento jurídico y el respeto por la esencia de los derechos que pueden resultar involucrados (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política).

Lo que se propone en este caso con el desarrollo de la reserva es determinar las reglas bajo las cuales se va a poder gozar del derecho consagrado en la Constitución, lo que implica establecer los supuestos y requisitos y el funcionamiento de este derecho en la práctica.

Los presupuestos básicos que debe tener a la vista el legislador al momento de ejecutar el mandato constitucional son los siguientes:

- Por medio de la ley que dicte debe lograr satisfacer la finalidad que se busca a través del reconocimiento constitucional del derecho de que se trate;
- Debe utilizar los mecanismos que más se adecuen a la lógica del derecho que se esta regulando; y,
- Debe cumplir con el principio de integridad que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del cual debe lograr un cuerpo normativo completo que se sustente por sí mismo.

Un aspecto muy relevante vinculado con estos presupuestos básicos, es que si reconocemos la supremacía que tiene en este ámbito el constituyente y la amplia libertad con que cuenta para determinar la forma más adecuada de regular un derecho, no se puede negar la facultad que tiene de fijar qué materias deben ser reguladas por ley y cuáles deben ser reguladas por un reglamento.

Esto es así ya que en muchas ocasiones para lograr la efectividad del derecho constitucional es necesario entregar la ejecución de la ley a una norma de carácter reglamentario, ya sea porque el nivel de complejidad de la materia lo exige o porque para obtener una real operatividad del derecho en cuestión, es preciso crear condiciones que posibiliten su ejercicio (por ejemplo, la creación de algún organismo administrativo especializado en cierta área que cuente con facultades especiales en la materia).

Ahora, los términos más usados por el constituyente en este tipo de reservas son: “regulen”, “que señale la ley”, “comprende”, “que fije la ley” y “la ley establecerá”.

Generalmente la reserva regulatoria se utiliza para desarrollar derechos de contenido económico social, ya que como señalamos, en muchos casos se traduce en algún tipo de prestación por parte del Estado, donde el legislador debe crear las condiciones que permitan su ejercicio, así como en aquellos casos donde se requiere la dictación de normas de alta complejidad o muy detallistas.

Algunas de las reservas regulatorias contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política son: La del N° 1 inciso 2°, N° 3 inciso 2°, N° 6 inciso 2°, N° 12 inciso 4°, N° 16 inciso 4° y N° 17. Cabría destacar que la reserva legal contenida en el precepto constitucional que consagra el derecho a la protección de la salud es de carácter regulatoria.

#### **1.3.5.4. Reserva Legal Negativa**

Este tipo de reserva legal, como ya señalamos, no se deriva de la redacción del artículo 19 N° 26. Sin embargo, no podemos desconocer su existencia, ya que la Constitución ha consagrado la prohibición al legislador de regular, limitar o complementar un derecho constitucional. Esta prohibición se establece precisamente con el objeto de lograr configurar un núcleo duro de los derechos constitucionales de carácter inamovible, lo que se encuentra en directa relación con la garantía del citado artículo, es decir, con la esencia de los derechos fundamentales.

Podemos observar que en este tipo de reservas hay un mandato que no pretende que la ley se atribuya cierta materia, sino que por el contrario, se abstenga de asumirla como un contenido propio. De esta forma no se admite ningún grado de afectación respecto de ese derecho. En todo caso, es preciso reconocer que este tipo de reservas se da muy excepcionalmente.

De lo anterior, podemos concluir como operaría en este caso el control de constitucionalidad. Al impedirse todo tipo de desarrollo legal sobre determinadas materias, toda regulación implica una violación a la esencia del derecho y, por ende, su inconstitucionalidad.

García expone claramente la relación que existe entre el derecho y la esencia

(reserva legal negativa), con algunos ejemplos, veamos <sup>76</sup> :

DERECHO ESENCIA

Igualdad ante la ley No a las diferencias arbitrarias

Debido proceso No a la presunción de derecho de la responsabilidad penal

Libertad de expresión No al monopolio estatal sobre medios de comunicación

Libertad de trabajo No a requisitos condicionantes de un trabajo

Igual carga tributaria No a tributos sin proporción ni justicia

La forma de redacción que el constituyente ha utilizado para consagrar este tipo de reservas es concluyente, siempre se utiliza la expresión “la ley no podrá”, o términos similares como “la ley en ningún caso podrá”.

Entre las reservas negativas contenidas en el artículo 19 de la Constitución podemos señalar a modo de ejemplo: El N° 2 inciso 2°, el N° 3 inciso 6°, el N° 3 inciso 8°, el N° 7 letra g), el N° 7 letra h), el N° 12 inciso 2°, el N° 16 inciso 4°, entre otros.

### **1.3.6. Elementos de la Reserva Legal**

Efectuada una revisión del concepto, fundamentos y tipos de reserva legal nos queda aún pendiente examinar cuales son sus elementos característicos.

Completar el marco teórico de este principio nos permitirá comprender cuales son los requisitos que debe cumplir el legislador como consecuencia del mandato constitucional contenido en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental.

Como ya señalamos existen diversos tipos de reserva legal, sin embargo es posible encontrar ciertos elementos comunes en todos ellos. No se trata de elementos netamente descriptivos, sino que configuran una serie de requisitos que debe cumplir tanto el mandato constitucional dirigido al Órgano Legislativo (para la elaboración de leyes), como el mandato legal dirigido al Órgano Administrativo (para la elaboración de reglamentos).

#### **1.3.6.1. Elementos de la Reserva Legal en los Derechos Constitucionales**

a) Mandato constitucional de reserva:

A través de esta característica lo que se pretende es poder determinar el alcance del mandato que el legislador recibe del constituyente cuando se le ordena el desarrollo de una determinada materia contenida en la Carta Fundamental.

Para efectos de delimitar el ámbito de la reserva es preciso observar la concurrencia de condicionantes externas e internas.

Al respecto, cuando hablamos de **condicionantes externas** hacemos referencia al tipo de reserva. Existen diversos criterios diferenciadores de las reservas de ley, uno de ellos es el rango de la ley por medio de la cual se ordena al legislador el desarrollo de una materia contenida en la Constitución.

<sup>76</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 194.

Así observamos como el constituyente señala expresamente el tipo de ley que debe regular una determinada materia, veamos algunos ejemplos:

- Reserva legal de ley orgánica constitucional: El artículo 19 N° 11 que regula la libertad de enseñanza señala en su inciso 5° lo siguiente “Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media (...)”;

- Reserva legal de ley de quórum calificado: El artículo 19 N° 1 inciso 3° señala “La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”; y

- Reserva legal de ley ordinaria: La mayoría de las reservas contenidas en el artículo 19 se remiten a la ley ordinaria, por ejemplo el N° 3 inciso 2° señala “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale (...)”.

La relevancia de esta distinción radica en que al ordenar la dictación de leyes de diversa naturaleza el constituyente manifiesta la importancia de la garantía constitucional que se está regulando.

Si observamos, por ejemplo, la reserva legal de una ley de quórum calificado, lo que se está exigiendo es que en la formulación de la ley haya un procedimiento reforzado, donde se deje constancia no sólo de la existencia de una opinión mayoritaria que aprueba una determinada materia, sino que demuestra que se ha logrado el consenso, obteniendo de esta forma la mayoría cualificada que aquí se requiere. En cambio, si el constituyente ordena la dictación de una ley orgánica constitucional tiene a la vista el control obligatorio que se exige en este caso por el Tribunal Constitucional.

Cuando nos referimos ahora a las **condicionantes internas**, hacemos alusión a la parte estructural de la reserva, en el sentido de que para determinar el ámbito de acción del legislador debemos observar como el constituyente la ha configurado. En este punto corresponde examinar las expresiones lingüísticas que ha utilizado el constituyente.

De esta forma podemos ver que en ciertas ocasiones el mandato se encuentra configurado en términos genéricos y otras veces en términos más precisos. Por ejemplo, el artículo 19 N° 7 letra e) consagra una reserva legal específica al señalar que “La libertad provisional procederá a menos que (...) La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”. En este caso, el ámbito de acción que se le entrega al legislador se encuentra delimitado, ya que sólo puede regular los requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional.

Además de estas condicionantes existe otro factor que debemos tener presente al momento de determinar el alcance del mandato constitucional, consistente en **la interpretación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos**.

El sentido de la reserva legal variará dependiendo de la postura que se asuma en relación a la jerarquía de los referidos tratados.

Así, si entendemos que los derechos contenidos en estos tratados tienen jerarquía de leyes, nos encontraríamos frente al desarrollo de una reserva legal, mientras que si entendemos que tienen rango constitucional, nos hallaríamos con un mandato constitucional doble, el contenido del artículo 19 de la Constitución y el contenido del

tratado <sup>77</sup> .

García ha entendido que de la redacción del artículo 5 inciso 2° de la Constitución se deriva el grado de vinculación de los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y que ésta es clara al señalar que se encuentran garantizados tanto por la Constitución como por los tratados internacionales. Por ende, concluye que corresponde entender que de éste artículo emana un mandato constitucional complementario al contenido en el artículo 19.

b) Obligación constitucional:

Este elemento pretende resaltar el carácter vinculante del mandato constitucional. No se trata de que la reserva legal contenida en la Constitución se cumpla “en la medida de lo posible”, sino que impone una obligación al legislador que debe ser cumplida, ya que precisamente ese es el mecanismo por medio del cual se pretende lograr la operatividad de los derechos fundamentales.

“Los mandatos al legislador son fuente del derecho objetivo e imponen obligaciones, pero su eficacia para engendrar también derechos subjetivos correlativos a estas obligaciones depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar esas leyes sin las cuales se frustra el ejercicio real de derechos contenidos en la Constitución” <sup>78</sup> .

Por ello, es preciso revisar los medios a través de los cuales Constitución protege la reserva. Por un lado, debemos constatar si existe omisión por parte del legislador y, por otro, ver los criterios que permiten dar cumplimiento a la reserva legal si es que no ha sido cumplida por éste.

Para poder afirmar que existe una **omisión del legislador** es necesario ver si concurren ciertos requisitos como: i) La privación del legítimo ejercicio de un derecho constitucional, y que dicha privación importe un daño; ii) Debe existir una relación de causalidad entre el daño y los obligados a satisfacer la reserva y, iii) La omisión debe ser arbitraria.

Cabe preguntarse qué mecanismo contempla la Constitución en caso de que se den este tipo de situaciones.

La solución que entrega la Constitución cuando nos encontramos frente a una omisión arbitraria que priva del legítimo ejercicio de un derecho constitucional causando daño, es por regla general, el recurso de protección. Sin embargo, parece absolutamente inviable que a través de esta acción se pretenda obligar al legislador a cumplir con el mandato constitucional, ya que implicaría afirmar que la Corte de Apelaciones tiene facultades para impeler al órgano legislativo a cumplir con dicha labor.

Además de la omisión del legislador, nos podemos encontrar con otra dificultad,

---

<sup>77</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 138.

<sup>78</sup> RUBIO Llorente, Francisco. La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, 1° Edición, Madrid, 1993, p. 95. Del trabajo “La Constitución como fuente del Derecho”, en el libro La Constitución Española y las Fuentes del Derecho, Dirección General de LO Contenciosos, Volumen I, Madrid, 1979. Citado en: GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 139.

consistente en que éste cumpla con el mandato, pero lo haga de forma deficiente, a través de una legislación parcial que no desarrolle plenamente la reserva legal.

A pesar de tratarse de problemas distintos, la solución para ambas es la misma, y se encuentra radicada en sede judicial, reconociendo la aplicación directa de los preceptos constitucionales y de los derechos contenidos en los tratados internacionales, es lo que el autor en comento ha denominado **normativismo**.

c) Contenido material de la reserva legal:

La Constitución debe establecer los lineamientos básicos sobre los cuales ha de desarrollar el legislador el contenido de la reserva legal.

Pero esto no siempre es así, en muchas ocasiones el constituyente no establece claramente cual es el contenido que debe tener la reserva, lo que plantea dos tipos de problemas. Por un lado, puede ser que la misma ley sea la que defina cual es el ámbito reservado y, por otro, que el legislador opte por dictar una ley formal descargando el contenido de ésta en normativa de carácter reglamentario.

Estas situaciones pervierten el sentido mismo de la reserva legal, ya que como vimos, es la ley la que se encuentra llamada a desarrollar el contenido de ella, debido a que cumple ciertas condiciones que garantizan una adecuada protección de los derechos constitucionales.

García deriva estas condiciones de distintos preceptos constitucionales <sup>79</sup>.

En primer lugar, el artículo 60 N° 20 establece que es materia de ley al señalar “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales del ordenamiento jurídico”. De aquí se derivan tres condiciones esenciales: i) que se trata de normas de aplicación indistinta y general respecto de las personas o situaciones establecidas en su propio supuesto; ii) son normas que están dotadas de imperio respecto de las cuales sus destinatarios no pueden sustraerse de su cumplimiento, y iii) al estatuir las bases esenciales de un ordenamiento jurídico deben cumplir con la exigencia de regular todos los fundamentos que no pueden faltar en un cuerpo normativo.

En segundo lugar, el artículo 60 N° 20 al indicar “toda otra norma” incluye dentro de esta expresión todas las materias contenidas en el artículo 60, entre ellas encontramos el N° 2 que señala “las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, refiriéndose con ello a las reservas legales.

En tercer lugar, el autor destaca los requisitos de fondo y las finalidades de la ley consagradas en los artículos 1 y 5 de la Constitución. El artículo 1 establece que “La ley, por ser manifestación del Estado, debe estar al servicio de la persona humana y su finalidad debe ser promover el bien común”. Así también, el artículo 5 señala que la ley tiene como límites los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. De esta forma la Carta Fundamental le impone a la ley la labor de ser el instrumento de protección y promoción de los derechos garantizados por ella, como así también aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. Por ello, toda

---

<sup>79</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 148 y ss.

ley que venga a desarrollar una reserva legal debe reconocer como límite la esencia de los derechos constitucionales, de conformidad a la garantía consagrada en el N° 26 del artículo 19.

Otra de las condiciones que la ley debe cumplir según García es el **principio de la esencialidad**, de esta forma plantea que el contenido mínimo de la ley va a estar dado por la esencialidad de la reserva, y dicha esencialidad se desarrolla a través de tres criterios que pasamos a revisar.

En primer lugar, forma parte de ella “La normativa que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (artículo 60 N° 20) <sup>80</sup>. De aquí desprende la obligación constitucional dirigida al legislador de extender la reserva a todos aquellos puntos contenidos en la disposición constitucional. De esta forma la ley debe ser capaz de bastarse a sí misma, conteniendo todos los criterios rectores que permitan determinar su sentido y alcance.

En segundo lugar, la ley debe respetar la garantía contenida en el artículo 19 N° 26, por lo tanto, si la Constitución habilita al legislador para establecer condiciones o limitaciones al derecho constitucional éstas siempre deben respetar su contenido esencial.

En tercer lugar plantea que, la reserva legal no se agota en el mero desarrollo del derecho constitucional, sino que en dicha labor debe lograrse desarrollar el fin previsto en la propia Constitución. De esta forma, como la Constitución consagra derechos que responden a distintas lógicas, como son los derechos individuales y los derechos sociales, el legislador debe procurar un desarrollo adecuado para cada uno de ellos, garantizando el libre ejercicio de los primeros, e impulsando el rol prestacional que le compete al Estado por los segundos.

d) Cobertura legal previa:

Como hemos venido señalando la ley es la que se encuentra llamada a desarrollar el ámbito reservado constitucional, sin perjuicio de que también es necesario aceptar en ciertos casos la colaboración reglamentaria. Frente a esta realidad lo que hemos revisado hasta ahora son los mecanismos que provee la Constitución para efectos de proteger la reserva legal enunciando los requisitos que debe cumplir la ley que desarrolle estas reservas.

De una de las instituciones básicas establecidas en nuestra Constitución como lo es el principio de legalidad, se deriva uno de los requisitos esenciales de la reserva, la cobertura legal previa.

Se entiende por cobertura legal previa el texto legal expreso contenido en la Constitución para que el legislador desarrolle una materia.

García efectúa una distinción entre cobertura y habilitación legal, señalando que no sería suficiente la habilitación legal genérica contenida en los artículos 6 inciso 1° y 7 inciso 1° de la Constitución, sino que para efectos de desarrollar la reserva se requiere una específica cobertura legal previa. De lo contrario, si fuera suficiente con dicha

---

<sup>80</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 149.



habilitación legal genérica, no sólo el legislador se encontraría habilitado para desarrollar la reserva legal, sino también todos los órganos del Estado que cuentan con facultades normativas, incluyendo la potestad reglamentaria ejecutiva del Presidente de la República. Como veremos más adelante esto no es así, ya que para llevar a cabo el cumplimiento del mandato legal (dirigido a la potestad reglamentaria) debe existir una habilitación de carácter específico contenida en la ley.

De esta forma, tendremos una cobertura legal específica contenida en la Constitución hacia la ley, y a su vez, si existe colaboración reglamentaria, existirá también una cobertura legal específica contenida en la ley hacia el reglamento.

Ahora, corresponde examinar si es posible desarrollar el contenido de una reserva legal a través de la dictación de cualquier tipo de ley. Como ya vimos, es el propio constituyente el que se pronuncia expresamente sobre la naturaleza y rango que debe tener ésta, ya sea ley ordinaria, ley de quórum calificado o ley orgánica constitucional.

Debemos preguntarnos, qué ocurre con los decretos con fuerza de ley y con la normativa que emana de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.

Respecto de los decretos con fuerza de ley (en adelante DFL), el inciso 2° del artículo 61 de la Constitución señala cuales son las materias prohibidas de ser reguladas por medio de estos cuerpos normativos, entre las cuales establece “las materias comprendidas en las garantías constitucionales”. Por ello, se ha interpretado que todas las reservas legales contenidas en el artículo 19 no podrían ser reguladas por vía DFL.

En opinión del autor, debemos optar por una interpretación más precisa del término “garantía” y reconocer que gran parte de la doctrina distingue los términos “garantía” y “derecho”. Los derechos se encuentran regulados en el Capítulo III, titulado “de los derechos y deberes constitucionales”. Las garantías son las acciones o recursos que defienden la vigencia del derecho. Por ende lo que no puede entrar a regular un DFL son estas garantías (recurso de protección, de amparo, error por indemnización judicial, etc), pero es perfectamente posible que el legislador opte por delegar cierta regulación complementaria en un DFL, siempre que dicha delegación cumpla con determinados requisitos que estudiaremos con posterioridad.

En relación con la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, como ya señalamos no sólo existen requisitos que debe cumplir la ley en relación al mandato constitucional, sino que también hay requisitos que debe cumplir la delegación que puede hacer el legislador en un reglamento. Cuando nos referimos a la fundamentación de la colaboración reglamentaria señalamos como uno de sus motivos, el hecho de que es preciso reconocer la imposibilidad de la ley para poder regular por sí misma su ejecución, y lo imperioso que es valerse de normativa reglamentaria en ciertos casos, donde la materia que hay que regular es de alta complejidad técnica o se regula una ámbito sometido a constantes cambios.

No obstante, cuando hablamos de potestad reglamentaria siempre hacemos alusión a la de carácter “ejecutivo”, y no a la de carácter “autónomo”, ya que como hemos venido señalando el ámbito constitucional reservado debe ser desarrollado por ley, quedando excluido por ende la atribución de crear normas del poder ejecutivo, el cual sólo podrá

colaborar en la ejecución de una materia que ha sido desarrollada por el legislador, pero en ningún caso podrá él mismo desarrollar una reserva.

### **1.3.6.2. Elementos de la colaboración reglamentaria en la reserva legal**

Hemos comprobado a lo largo de este trabajo que en la especificación de los derechos constitucionales se hace necesario, o al menos conveniente que exista colaboración reglamentaria. También vimos que es plausible configurar argumentos basados en la Constitución Política para aceptar dicha colaboración.

Ahora, como podrá intuirse, las atribuciones conferidas al Órgano Ejecutivo por medio de una norma de remisión no pueden ser ilimitadas y en cambio deben someterse a ciertos requisitos. A continuación haremos dicha revisión, en base a los elementos desarrollados por Gonzalo García en su ya citada tesis.

#### a) Mandato al administrador:

El primer requisito que debe cumplir el órgano llamado a colaborar en el desarrollo de una reserva legal, es someterse al mandato que le confiere dicha facultad.

Para determinar el alcance del mandato, es preciso identificar la fuente inmediata y la mediata.

La inmediata está configurada por lo que el Congreso Nacional haya prescrito en la ley de remisión, la que contiene un precepto determinado mediante el cual ordena al administrador la regulación de una materia. En ésta, se encontrarán los requisitos básicos que deben orientar el actuar de la Administración, lo cual dependerá del tipo de reserva que se trate. Cabe señalar que las “leyes de remisión en blanco”, es decir, aquellas que se remiten a la colaboración reglamentaria sin acotar su competencia, son completamente inadmisibles, debido a que transgreden el principio de reserva legal.

Entendemos por fuente mediata, la Constitución Política, que por su carácter de Ley Suprema subordina la actuación de todos los órganos del Estado. En consecuencia, los instrumentos emanados de la Potestad Reglamentaria deben respetar no sólo los límites de la ley de remisión y del derecho constitucional que realiza dicha remisión, sino que todos los principios y derechos contenidos en la Carta.

#### b) Obligación de regulación administrativa:

Cuando la ley que desarrolla una reserva legal se remite a la colaboración reglamentaria, surge la pregunta relativa al plazo que tiene la Administración para dar cumplimiento a dicho mandato y en definitiva, cuando se configura la omisión y las consecuencias jurídicas que ello trae.

García ha dicho que “la práctica legislativa ha recurrido en algunos casos a una técnica más objetiva para determinar el cumplimiento de la dictación de las normas administrativas, cuál es recurrir a la imposición de un plazo dentro del cual se ha de promulgar tal normativa”<sup>81</sup>. En estos casos, no cabe duda que la Administración se verá obligada a dar cumplimiento a dicho mandato. Cuando no exista la delimitación de un

---

<sup>81</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 202.

plazo, habría que interpretar que el desarrollo reglamentario debiera efectuarse dentro de un término razonable y lo antes posible.

En relación a las consecuencias jurídicas que derivarían del incumplimiento del referido mandato, García señala que a diferencia de lo que ocurre en el caso de una ley, tratándose de la Potestad Reglamentaria, existe la posibilidad de sancionarla. En este sentido, menciona la posibilidad de acusar constitucionalmente al Ministro responsable de la omisión en virtud del artículo 48 N° 2 letra b) de la Constitución Política<sup>82</sup> o incluso hacer responsable pecuniariamente al Estado, en los eventos en que se han configurado daños determinables a terceros.

c) Norma administrativa subordinada a la ley:

Este elemento consiste en que “(...) la colaboración reglamentaria debe estar subordinada a la ley que la habilita para completar y perfeccionar una materia reservada por la Constitución al legislador”<sup>83</sup>. No obstante lo anterior, debido a la complejidad de algunas de las regulaciones encomendadas a la Administración, las remisiones legales tienen diversos grados de subordinación a la ley. Con esto, queremos decir que mientras algunas leyes acotan específicamente la ejecución reglamentaria, otras otorgan una mayor laxitud. “Aquello es lo que se ha conocido como la entrega, por parte del legislador al administrador, de poderes más o menos discrecionales y más o menos reglados”<sup>84</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, para determinar el grado de subordinación a la ley al que debe sujetarse la Potestad Reglamentaria, es preciso analizar como se ha configurado el mandato, es decir, si admite un cierto grado de discreción o por el contrario exige una subsunción estricta a lo dispuesto por la ley de remisión.

Sin perjuicio, “la realidad de la reserva legal y sus fuentes de justificación empujan hacia una mayor ampliación del concepto de ejecución de ley, puesto que si aquello fuera una mera subsunción, le preguntaríamos al legislador el por qué éste no lo hizo por sí solo”<sup>85</sup>. En consecuencia, se desprende de lo dicho por García, que la tendencia es la ampliación de las facultades discrecionales de la Administración. No obstante, bajo ningún punto de vista esto puede implicar una regulación que se extralimite excesivamente del ámbito de la ley de remisión y menos los demás principios y derechos de la Constitución. Debe entenderse, que una ampliación de la Potestad Reglamentaria no es ilimitada y que responde únicamente a la necesidad de dar un efectivo y correcto cumplimiento a la ley de remisión que tiene por fundamento la reserva de ley.

<sup>82</sup> Artículo 48 de la Constitución Política de la República: Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: N° 2: Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas: b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno.

<sup>83</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 204.

<sup>84</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 205.

<sup>85</sup> GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 206.

En este sentido, para Zúñiga Urbina el decreto debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de la ley, tanto en un sentido positivo como negativo: Es así como el reglamento podría: Incluir normas de organización y procedimiento, sin alterar la esencia del mandato legal; precisar los conceptos legales vagos e incompletos; traducir los principios que enuncia la ley en reglas precisas y paliar las deficiencias eventuales de la propia ley<sup>86</sup>.

Como vemos, el citado profesor admite una laxa ampliación de las atribuciones de la Administración, sin perjuicio de que no se pueda “alterar la esencia del mandato legal”.

#### **1.4. Derechos Sociales Fundamentales: Orígenes, concepto y características**

---

En esta oportunidad es preciso hacer referencia a una clase de derechos fundamentales, los derechos sociales, cuyo estudio contribuirá a conocer el contenido y las características del derecho a la protección de la salud establecido en nuestra Constitución.

Para estos efectos, nos abocaremos al estudio del origen, del concepto y de las características de estos derechos.

Los derechos sociales, o también llamados derechos a prestaciones, tienen su origen en teorías de justicia o moral social, así como en ideologías y sistemas políticos que ponen el acento en los valores de igualdad y solidaridad, y en una cierta expectativa de acción por parte del Estado. La connotación más propia del concepto de igualdad en relación con estos derechos, es que exista una tendencia a la equidad en la distribución de beneficios y bienes existentes en la sociedad, lo que es uno de los principales propósitos de la vida social organizada.

Estos derechos son de carácter programático, lo cual implica que su operatividad depende de las condiciones sociales, económicas y jurídicas existentes en la sociedad en un momento dado. De esta manera, lo que se exige al Estado en relación con el cumplimiento de estos derechos, es una actuación de buena fe que sea lo más conducente posible a los fines buscados por ellos. El derecho a la protección de la salud, el derecho a la libertad de trabajo, en ciertos casos el derecho a la educación, el derecho a la seguridad social, entre otros, son ejemplos de derechos sociales.

Por lo anterior, muchos de estos derechos están formulados en las constituciones como metas o aspiraciones, pero sin que se explicita cómo alcanzarlos, ya que ofrecen, en su mayoría, dificultades intrínsecas para determinar con claridad su cumplimiento. Además, su contenido generalmente está dado por el programa legislativo que viene a especificar el derecho.

En este sentido, debemos advertir que en la doctrina nacional y comparada existe

---

<sup>86</sup> ZUÑIGA, Urbina, Francisco. Ley y reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Del Afrancesamiento a la Germanización), ponencia no publicada. Citado en: GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *ob.cit.* p. 208.

polémica en cuanto al contenido y alcance de los derechos sociales. Lo anterior surge porque se discute si estos derechos, sin perjuicio de tener un carácter programático, son vinculantes para el legislador o sólo consistirían en aspiraciones utópicas.

También se debate si estos derechos estarían concebidos como derechos subjetivos o serían simples principios que no alcanzarían a justificar pretensiones de los ciudadanos invocables judicialmente en forma directa. De esta manera, sólo podrían llegar a tener significación práctica y concreta en cuanto de modo vinculante impongan al Estado el deber de realizarlos.

Asimismo, como abarcan principalmente problemas de redistribución, su explosividad política es obvia. Así “los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Por ello, en todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber en qué medida se puede y se debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos”<sup>87</sup>.

Generalmente, el punto de partida de la tesis que dispone que los derechos fundamentales sociales no son justiciables o lo son en una medida muy reducida, se apoya en el hecho de que el objeto de la mayoría de los derechos sociales es muy impreciso y que en general, son muy costosos para el Estado.

Además, se señala que estos derechos no forman un conjunto conceptual unitario, lo que hace difícil emitir un juicio de valor sobre ellos. De esta manera, “constituyen un grupo variopinto, del que forman parte: manifestaciones concretas de los derechos más clásicos, prestaciones del Estado, directrices de política económica y social, aspiraciones utópicas y derechos de contenidos varios, no sólo sociales sino también económicos, culturales e incluso ecológicos”<sup>88</sup>. Para Pereira, los derechos sociales no son propiamente derechos, sino prestaciones y directrices que deben ser mantenidas, pero en leyes distintas de la Constitución<sup>89</sup>.

Para Hesse, “la problemática de tales derechos se explica por tener una estructura distinta de la de los derechos de libertad e igualdad. Derechos sociales fundamentales como el derecho al trabajo o el derecho a una vivienda adecuada o a la seguridad social no se hacen ya efectivos por el hecho que se respeten y se amparen, sino que requieren de antemano, y en cualquier caso, más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendientes a realizar el programa contenido en ellos (...). Sólo a partir de una regulación acometida por el legislador pueden nacer pretensiones jurídicas bien determinadas e invocables ante los poderes públicos. Sólo una vez que se ha cumplido legislativamente el programa de derechos sociales fundamentales, pueden estos derechos, sobretudo en el terreno del aseguramiento social, surtir efectos de garantía constitucional amparadora de derechos adquiridos. En principio no pueden tales derechos fundamentales sociales cobrar el carácter de derechos subjetivos individuales”

<sup>87</sup> PECES-BARBA, G y otros. Curso de Derechos Fundamentales. *ob. cit.* p. 430.

<sup>88</sup> PEREIRA, Antonio. Teoría Constitucional, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998. p. 417.

<sup>89</sup> PEREIRA, Antonio. Teoría Constitucional, *ob. cit.* p. 418.

A nuestro parecer, si bien es claro que los derechos sociales poseen una estructura distinta a los derechos tradicionales de igualdad y libertad, no por ese motivo dejan de ser derechos fundamentales.

Simplemente, lo que ocurre es que los derechos sociales fundamentales, dentro de los cuales podemos encontrar el derecho a la protección de la salud, no poseen una garantía judicial, que permita hacerlos exigibles ante los tribunales. En cambio, estos derechos adquieren el carácter de derecho subjetivo cuando su contenido se ha especificado a nivel legal.

Sin embargo, el hecho que los derechos sociales no cuenten con garantías judiciales, no obsta a su reconocimiento como derecho, en especial si compartimos la tesis que rechaza la distinción entre derecho y garantía, la cual dispone que la ausencia de garantía, entendida en sentido estricto como derecho subjetivo, no implica la inexistencia normativa de un derecho fundamental.

Por su parte, si concordamos con una visión amplia del concepto garantía, como la sostenida por Peces Barba, la tutela de los derechos sociales se puede hacer efectiva mediante otros mecanismos distintos a los judiciales. En este sentido, cobra real importancia la función de la reserva legal como garantía de protección de los derechos sociales, la cual, en la generalidad de los casos, se manifiesta como una reserva legal de tipo regulatoria.

## **2. El Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución Política de la República de 1980**

### **2.1. Consagración Normativa**

---

Ahora es necesario hacer una revisión de la diversa normativa que regula el derecho a la protección de la salud, tanto aquella contenida en nuestra Constitución Política, como en los principales Tratados Internacionales a nivel regional.

Asimismo, efectuaremos una revisión pormenorizada de cada uno de los incisos del citado artículo, y explicaremos su contenido y alcance.

#### **2.1.1. Disposiciones Constitucionales relevantes**

Para efectos de nuestro análisis es preciso comenzar transcribiendo el precepto constitucional que consagra al derecho a la protección de la salud.

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

---

<sup>90</sup> HESSE, Conrado. El Significado de los derechos fundamentales, en BENDA, E. et. al, Manual de Derecho Constitucional, Evap-Marcial Pons, Madrid, 1996. p 98.

9º. El derecho a la protección de la salud.

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

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

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

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

Asimismo, es necesario tener presente otras disposiciones constitucionales que se encuentran en estrecha relación con el ejercicio del derecho a la protección de la salud.

Artículo 1 inciso 4: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”

Como señala la citada norma, el fin último del Estado es promover el bien común, para ello se le exige no sólo abstenerse de lesionar los intereses individuales de toda persona, sino que también crear las condiciones sociales que admitan el pleno desarrollo de ellas. Precisamente, el derecho a la protección de la salud es una condición básica de subsistencia y presupuesto para el ejercicio de los demás derechos.

Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:

1º. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.”

La importancia de este derecho radica en que la vida e integridad física es elemental para gozar del derecho objeto de nuestro estudio. Sin la vida no es posible concebir el ejercicio de ninguno de los derechos consagrados en nuestra Carta Fundamental.

Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:

18º. 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”.

La protección de la salud es parte integrante del ámbito de la seguridad social, a saber, aquella área del derecho encargada de asegurar condiciones mínimas de vida, salud y trabajo.

No obstante, podemos constatar que el constituyente consagró el derecho objeto de nuestro estudio en un numeral separado, lo que manifiesta la intención de otorgarle una especial relevancia. Cabe destacar que, como veremos a continuación, en versiones anteriores de la Carta, la protección de la salud se reguló en conjunto con la seguridad social, lo que reafirma aún más la trascendencia que el constituyente de 1980 le quiso dar.

Ahora, vinculado con lo expuesto acerca de la reserva legal, podemos observar la diferencia existente entre el mandato legal contenido en el inciso 4° del N° 9, que se remite a una ley de rango ordinario, con la del inciso 2° del N° 16, que se remite a una ley de quórum calificado<sup>91</sup>.

Llama la atención esta diferencia, en vista de que las leyes de quórum calificado, al requerir un alto consenso tienen un carácter reforzado. Una explicación posible de ello puede ser que el derecho a la protección de la salud requiere estar en constante revisión, debido a su naturaleza dinámica. La perpetuación de la normativa sanitaria podría ser perjudicial para su efectivo ejercicio, por lo que no sería conveniente imponerle requisitos extremadamente exigentes.

Por último, cabe mencionar el artículo que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la normativa contenida en tratados internacionales.

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

Sin perjuicio que doctrinariamente se discute el rango jerárquico que presenta la normativa contenida en los tratados internacionales, no se cuestiona que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, a continuación revisaremos los principales tratados internacionales que se refieren a la protección de la salud.

### **2.1.2. Disposiciones de Tratados Internacionales**

En primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989 señala en su artículo 12:

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

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de

---

<sup>91</sup> El artículo 63 incisos 3° y 4° de la Constitución dispone: “Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforma a los artículos 65 y siguientes”.



asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medioambiente;
- 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 casos de enfermedad”.

Cabría destacar la especial manera que se utilizó para consagrar el derecho a la protección de la salud, ya que recalca su carácter programático, al decir que se asegura el disfrute de la salud al “más alto nivel posible”, reconociendo de esta forma la contingencia del derecho.

En segundo lugar, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, suscrito por Chile el 5 de junio de 2001, prescribe en su artículo 10 titulado "Derecho a la Salud" lo siguiente:

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

Como podemos observar en este caso se consagra directamente el "derecho a la salud" y no un derecho a la protección de la salud o un derecho a tener las mejores condiciones para lograr un óptimo estado de salud, sin perjuicio de que a continuación al definirlo, reconoce que éste se encuentra limitado a lograr "el más alto nivel posible de bienestar", con lo cual se manifiesta que se trata de un derecho social.

Además el citado artículo contiene una serie de medidas que se deben adoptar para hacer efectivo este derecho, consagrando de esta forma un conjunto de condiciones mínimas que deben otorgar todos los Estados partes, resaltando de esta forma el rol prestacional que compete a los Estados en el cumplimiento de los derechos sociales.

### **2.1.3. Análisis pormenorizado de la consagración constitucional del derecho a la protección de la salud**

Para comenzar, es necesario hacer una breve referencia a la historia fidedigna del establecimiento del derecho a la protección de la salud.

La Constitución de 1925 establecía, en el inciso final del artículo 10 N° 16 de su texto original, una norma relativa a la salud la cual señalaba que “Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”.

Sin embargo, recién con la reforma constitucional de 1971 aparece el derecho a la protección de la salud en el ordenamiento constitucional chileno, vinculado al derecho a la seguridad social. Con esta reforma, se agregaron al citado artículo otros objetivos

constitucionales, entregándole al Estado un papel relevante en materia de salud, pero careciendo los particulares de un campo de acción expresamente reconocido en la Constitución.

Cabe destacar, que al contrario de la distinción que efectuó luego la Constitución de 1980, el constituyente de 1971 englobó en el concepto de “seguridad social” diversos riesgos derivados de la vejez, incapacidad laboral, cesantía, como al igual aquellos producto de un quebrantamiento de la salud, que hoy se tratan en forma separada en el artículo 19 N° 18 y N° 9 de la Constitución de 1980, respectivamente.

Como podemos observar, la Constitución de 1980 dio especial importancia al derecho a la protección de la salud, ya que reemplazó el texto escueto de la Constitución de 1925 “por un grupo de preceptos en que se conjugan los derechos de las personas con obligaciones preferentes del Estado, todo destinado a asegurar la expedita prestación de acciones de salud a la población”<sup>92</sup>.

El debate sobre el derecho a la salud al interior de la Comisión de Estudio de la Constitución Política de 1980, se inició en la Sesión N° 187, de 10 de marzo de 1976, con un proyecto relativo al contenido que el derecho constitucional debía tener. Este proyecto fue formulado a fines de 1973 por el Ministro de Salud de la época, don Alberto Spoerer.

Cabría destacar que las primeras opiniones de la Comisión de Estudio, coincidieron en que la indicación propuesta por el Ministro de Salud más bien contenía “declaraciones de principios, que no obstante, ser muy importantes, no corresponden a lo que propiamente debe ser un precepto constitucional”<sup>93</sup>. En todo caso, el proyecto sirvió como base de deliberación y como punto de partida del debate respecto al contenido del derecho a la salud, el cual finalmente quedó consagrado en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de 1980, de la forma como lo conocemos.

A continuación efectuaremos un análisis pormenorizado del contenido de cada uno de los incisos del referido artículo.

Artículo 19 N° 9: La Constitución asegura a todas las personas:

**Inciso 1º: El derecho a la protección de la salud.**

En relación con este inciso, cabe señalar que al discutirse el contenido de la preceptiva constitucional, se produjo una discusión en la Comisión de Estudio en torno a cuál debía ser el contenido preciso del precepto. Al respecto, el comisionado Evans planteó dudas sobre si el texto constitucional podía decir enfáticamente que asegura el derecho a la salud, pues ella depende de una multiplicidad de factores de tipo personal que llevan a las personas a enfermarse y aun morir, pese a la garantía del derecho a la salud. El comisionado Guzmán, por su parte, se refirió a la impropiedad terminológica al hablar de “derecho a la salud”, pues “nadie tiene derecho a la salud, pues ese derecho no se puede reclamar de nadie. Prueba de ello es el hecho de que repentinamente las personas se enferman y se mueren y, por cierto, ese derecho lo pierden sin que nadie lo

<sup>92</sup> EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. p. 316.

<sup>93</sup> Comisión de Estudio, Actas Oficiales, Sesión N° 190. p. 2.

haya quebrantado”<sup>94</sup> .

Sin perjuicio de esto, la Comisión de Estudio aprobó la preceptiva constitucional como “derecho a la salud”. Empero, en una etapa posterior el Consejo de Estado precisó a sugerencia de don Enrique Ortúzar, que no se trataba de un “derecho a la salud” sino que de un “derecho a la protección de la salud”<sup>95</sup> . Bulnes explica que se cambió la expresión porque “prevaleció la idea 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 derecho a la salud, por el derecho a la protección de la salud”<sup>96</sup> . La Junta de Gobierno mantuvo la modificación indicada y así aparece en la Constitución actual.

Para Bulnes, la expresión proteger puede y debe interpretarse de dos maneras, primero, que la autoridad no puede ejecutar acciones que vayan en contra la salud y, segundo, que la autoridad debe adoptar las providencias necesarias para resguardar la salud”<sup>97</sup> . Por otra parte, la expresión protección le da a la norma un carácter programático, que como ya hemos señalado, es una característica típica de los derechos sociales, y refleja la intención del constituyente de establecer que este derecho necesita de medidas para hacerlo efectivo en la práctica, lo que en la mayoría de los casos, se traduce en políticas que deben adoptarse por vía legislativa.

En relación con el concepto de salud, se utilizó una concepción positiva y amplia, la cual tuvo su origen en la Comisión de Estudio. Lo anterior resulta de los antecedentes que envió a ese organismo el Ministro de Salud de la época al expresar “Ha aparecido conveniente ofrecer una definición amplia de lo que se entiende por salud, ya que este concepto ha experimentado un cambio notable en los últimos años. De la concepción rígida y limitada que concebía a la salud como una simple ausencia de enfermedad física reconocible por signos y síntomas, imperante hasta hace un tiempo, y que aún es válida para muchos, el concepto se ha ampliado, considerablemente, hasta abarcar aspectos psicológicos y una clara connotación social (...) Emerge, además, la salud como algo positivo, digna, por lo tanto, de ser protegida y acrecentada. Con ello, las acciones de salud, que estaban casi exclusivamente limitadas a la recuperación (medicina curativa), deben incursionar en otros campos: el fomento, la protección y la rehabilitación del enfermo”<sup>98</sup> . La Comisión de Estudio también concibió a la salud como un elemento positivo para el individuo y para la sociedad, como patrimonio nacional, y como tal, como un factor fundamental para el desarrollo del país<sup>99</sup> .

<sup>94</sup> Comisión de Estudio, Actas Oficiales, Sesión N° 190. p. 12.

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Actas del Consejo de Estado, versión manuscrita, Sesión N° 59.

<sup>96</sup> BULNES, Luz. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980, *Gaceta Jurídica*, (295): 12-29, Santiago, 2005. p.16.

<sup>97</sup> BULNES, Luz. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. *ob. cit.* p. 17.

<sup>98</sup> Comisión de Estudio, Actas Oficiales, Sesión N° 192. p 10.

Es por esto que la salud se consideró como un derecho esencial de la persona y se estimó como una responsabilidad indelegable del Estado garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de la salud.

**Inciso 2º: El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.**

Como podemos observar, la acción del Estado en materia de salud es amplísima, desapareciendo la idea de que las acciones de salud se limitan a mejorar (medicina curativa) y, en cambio, se reafirma la idea de una medicina preventiva y recuperativa.

Según Bulnes “al Estado es a quien se le encarga que proteja el 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 N° 9)”<sup>100</sup>.

Como vemos, esta disposición concuerda con el artículo 1 de la Constitución, el cual señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común.

En la Comisión de Estudio se planteó el problema de si el Estado tendría un rol subsidiario en materia de salud o si correspondería a los particulares el papel subsidiario frente a la acción relevante del Estado. Como señala Teodoro Ribera “del análisis de las actas de la Comisión de Estudio queda claro que imperó inicialmente entre algunos invitados un enfoque estatista del tratamiento del tema de la salud, proponiendo los mismos la presencia de un Estado monopolizador en el tema y reservando a los particulares un rol subsidiario. Se trataba, así, de modificar, en este tema, la visión general que iluminaba la Constitución que se elaboraba, donde primaba la libre iniciativa y era el Estado quien asumía dicho rol subsidiario. Fueron los miembros de la Comisión, especialmente su integrante don Sergio Diez Urzúa, quien hizo presente en forma reiterada sus aprehensiones a dicha postura y los riesgos que conllevaba darle al Estado, un rol determinante. De esta manera, la visión que se plasmó en el numeral en cuestión fue cambiando desde una mirada estatista tradicional, a un rol subsidiario del Estado, reconociéndose la libertad de los individuos y la existencia de instituciones privadas de salud y de un sistema privado de salud”<sup>101</sup>.

Después de un arduo debate, la Comisión concluyó que esta discusión era eminentemente doctrinaria y que no tenía mayor importancia en la práctica. A este respecto, lo importante era dejar establecido en la Constitución de forma clara tanto el papel del Estado y de los particulares en materia sanitaria, como el control que debe ejercer el Estado sobre las acciones de salud<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Comisión de Estudio, Actas Oficiales, Sesión N° 192. p. 10.

<sup>100</sup> BULNES, Luz. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. *ob. cit.* p.18.

<sup>101</sup> RIBERA, Teodoro. Informe en derecho: Constitucionalidad del fondo de compensación contenido en el proyecto de ley que modifica la ley de Isapre. *ob. cit.* p. 5.

Finalmente, la Comisión de Estudio concluyó que “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 privilegios, discriminaciones o restricciones para acceder a las acciones de salud”<sup>102</sup>.

Ahora, si bien la discusión sobre la posibilidad de delegar las acciones de salud trasciende el objetivo de este trabajo, podemos decir que en general los autores concluyen que las acciones delegables son las que dicen relación con la recuperación y rehabilitación, y que, por tanto, no se podrían delegar las acciones de promoción y protección. En todo caso, debe entenderse que si bien el Estado no puede estar ajeno a la ejecución de estas acciones, esto no impide la acción de los particulares.

En otro orden de cosas, debemos señalar que en la norma aprobada por la Comisión de Estudio, la expresión que se utilizaba era la de “garantiza”. El Consejo de Estado reemplazó, a propuesta del consejero Carlos Cáceres, esa expresión por la de “protege”, siendo éste último más restringido.

**Inciso 3º: Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.**

Al discutirse este precepto al interior de la Comisión de Estudio, hubo diferencias con respecto al alcance del término coordinación, primando la idea de que ésta debía estar limitada al sector público. Y con respecto al control, se dejó constancia que éste se refería “exclusivamente a velar por las normas del bien común relativo a la salud; es decir, para impedir charlatanes, avisos, medicinas, drogas, etcétera”<sup>104</sup>.

También cabe destacar que, si bien las políticas públicas sobre la salud las coordina y las controla el Ejecutivo a través del Ministerio de Salud, muchas de ellas son materia de ley, por lo que generalmente se traducen en mensajes del Presidente de la República o en mociones parlamentarias<sup>105</sup>.

El Consejo de Estado modificó la referencia en torno a que al Estado le correspondía “la coordinación y control de las acciones integradas de salud”, que había sido aprobada por la Comisión de Estudio, suprimiendo la palabra “integradas”, para fortalecer así la existencia de dos sistemas de salud, uno público y uno privado.

**Inciso 4º: 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.**

<sup>102</sup> Comisión de Estudio, Actas Oficiales, Sesión N° 190. p. 12.

<sup>103</sup> Comisión de Estudio, Actas Oficiales, Sesión N° 190. p. 18.

<sup>104</sup> Comisión de Estudio, Actas Oficiales, Sesión N° 190 p. 21.

<sup>105</sup> En todo caso, el Presidente de la República tiene iniciativa exclusiva para establecer o modificar leyes sobre seguridad social o que incidan en ella.

El constituyente conservó como un deber preferente del Estado, pero no exclusivo, garantizar la ejecución de las acciones de salud. Al respecto, al discutirse el contenido de este precepto en la Comisión de Estudio, don Enrique Ortúzar indicó que este deber del Estado se resguardaba mediante instituciones públicas y privadas, “aspecto que es muy importante porque mantiene el principio de subsidiariedad y alivia al Estado de su obligación”<sup>106</sup>. De esta forma, el constituyente buscaba distanciarse de la visión estatista tradicional al establecer la subsidiariedad del Estado en esta materia.

Este deber preferente del Estado no consiste en ejecutar directamente acciones de salud, sino en garantizar su ejecución. Por otro lado, esta obligación se puede cumplir a través de las instituciones públicas o privadas, y deben ejecutarse en las formas y condiciones que determine la ley. Para Bulnes “la disposición constitucional tiene un doble objetivo: evitar la existencia de un sistema estatal único de salud que pudiera ser fuente de dominación, y al mismo tiempo cautelar la necesaria intervención del Estado, sin desconocer el rol relevante de este último impidiendo siempre un monopolio estatal de prestaciones de salud”<sup>107</sup>.

Ribera concuerda con Bulnes ya que para él “no se solicita al Estado un accionar en materia de salud, sino más bien una postura subsidiaria, toda vez que en definitiva el Estado debe, por mandato constitucional y por aplicación del principio de subsidiariedad, cuando los particulares no pueden o no quieren asumir una función, ejecutar dichas acciones (...) Lo que es ineludible es la garantía estatal, ante la circunstancia que las personas no puedan acceder a las acciones de salud, sea que se ejecuten por entidades públicas o privadas”<sup>108</sup>.

En este inciso se contiene un mandato constitucional dirigido al legislador instituyéndolo como el órgano del Estado encargado de fijar las condiciones y la forma en que se deben otorgar las acciones de salud. Como puede apreciarse, se trata de una verdadera reserva legal de carácter regulatoria, en cuanto obliga al Órgano Legislativo a dictar la normativa legal necesaria para garantizar la ejecución de las acciones en salud.

Como ya lo hemos mencionado, este mandato al legislador tiene límites, por una parte, la garantía general de los derechos establecida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución y, por otra, la posibilidad de controlar su constitucionalidad, ya sea a priori, mediante un requerimiento ante el Tribunal Constitucional durante la tramitación de la ley o, a posteriori, por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En la etapa final de la redacción de la garantía constitucional, la Junta de Gobierno incluyó la frase relativa a que “la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”, tendientes a lograr un adecuado financiamiento del sistema.

Adicionalmente, sustituyó la frase que señalaba: “Todo sistema de salud deberá

---

<sup>106</sup> Consejo de Estado, Actas del Consejo de Estado, versión manuscrita, Sesión N° 59.

<sup>107</sup> BULNES, Luz. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. *ob. cit.* p.19.

<sup>108</sup> RIBERA, Teodoro. Informe en derecho. Constitucionalidad del fondo de compensación contenido en el proyecto de ley que modifica la ley de Isapre. *ob. cit.* p. 14.

someterse a las normas legales correspondientes” por otra que hace referencia al deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud “en la forma y condiciones que determine la ley”<sup>109</sup>.

**Inciso 5°: Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado.**

Este derecho es un típico derecho individual, expresión de la libertad del hombre, principio rector que inspira nuestra Constitución. Es el único inciso que está resguardado por el recurso de protección y se consagra como un auténtico derecho subjetivo público.

## 2.2. Características

---

Podemos concluir que el derecho a la protección a la salud es un derecho fundamental, que en tanto derecho social, aspira una igualdad material e impone al Estado la obligación de respetarlo, garantizarlo y determinarlo mediante un programa legislativo.

El derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental porque comparte las principales características que poseen estos derechos. Está consagrado en el texto constitucional, por lo que cuenta con una tutela reforzada, está fuera del alcance de las mayorías, vincula al legislador en su actuar y es objeto de control por parte de la justicia constitucional.

El hecho que sea un derecho social y que por ello tenga un carácter programático, no lo excluye de la categoría de derecho fundamental. Como expresamos con anterioridad, no es posible concluir que por ese carácter el derecho a la protección de la salud sea una mera aspiración utópica o una simple directriz. Lo que ocurre es que por ser programático requiere de especificación por parte del legislador, momento a partir del cual cobra el carácter de derecho subjetivo.

Ahora bien, que el derecho a la protección de la salud no se conciba como un derecho subjetivo, es decir, que no cuente con una garantía judicial en sentido estricto, no implica que este derecho carezca de efectividad, ya que la existencia normativa de un derecho fundamental no puede depender exclusivamente de su justiciabilidad. Tampoco significa que no cuente con una debida protección.

Por el contrario, en el caso de los derechos sociales, su tutela está representada, principalmente, por el principio de la reserva legal.

Como vimos, en el derecho a la protección de la salud el principio de la reserva legal está contenido en el inciso 4° de la preceptiva constitucional, el cual señala que:

“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.”

Específicamente, este inciso establece un mandato al legislador de garantizar la ejecución de las acciones de la salud señalando la forma y condiciones en que éstas se

---

<sup>109</sup> RIBERA, Teodoro. Informe en derecho: Constitucionalidad del fondo de compensación contenido en el proyecto de ley que modifica la ley de Isapre. *ob. cit.* p. 14

desarrollan. Como señalamos, se trata de una reserva legal de tipo regulatoria, ya que su objetivo es reglar el ejercicio de este derecho constitucional, estableciendo los requisitos y supuestos de hecho necesarios para su ejercicio. Como vimos con anterioridad, las reservas legales regulatorias son de carácter residual y comúnmente se encuentran presentes en los derechos sociales.

De esta manera, el derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental que informa el actuar de todos los órganos del Estado, y en especial, el del legislador, quien tiene la importante función de regularlo con el objeto de dar cumplimiento al principio de la reserva legal.

Como señalamos con anterioridad, el derecho a la protección de la salud no se concibe como un derecho subjetivo, a excepción de su último inciso que consagra el derecho a elegir el sistema de salud que las personas deseen acogerse y cuya exigibilidad está garantizada por el recurso de protección. A este respecto, debemos hacer alusión a una tesis sostenida por Luz Bulnes, quien señala que hoy se acepta en forma casi unánime que la existencia de normas programáticas como los derechos sociales no implica que la Constitución habilite la postergación de su aplicación y funcionamiento hasta que no sean objeto de la regulación requerida. Esta autora basa su tesis en que existe jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia que aceptan la procedencia del recurso de protección para todos los incisos del derecho a la protección a la salud. Según Bulnes, por la interpretación que ha efectuado el Órgano Jurisdiccional este derecho deja de ser un derecho no justiciable y se convierte en un derecho absoluto que puede ser exigido frente a los tribunales<sup>110</sup>.

No compartimos la tesis de Bulnes por dos razones. En primer lugar, no consideramos posible que por medio de una interpretación efectuada por el Poder Judicial, aunque sea elaborada por los tribunales superiores de justicia, pueda consagrarse normativamente una garantía judicial que la propia Constitución no incluyó. Lo contrario implicaría desconocer la fuerza normativa de la Constitución, y podría constituir una nueva forma de establecer derechos y garantías expresamente prohibidos por ella. En efecto, si aceptamos que los tribunales de justicia configuren garantías judiciales para la protección de derechos que la propia Constitución no contempla, estaríamos avalando una vulneración a la propia Constitución, específicamente a su artículo 6 inciso 1°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

En segundo lugar, sostener aquella tesis podría configurar una auténtica transgresión al principio de separación de los poderes, directriz indispensable para la sustentación de la democracia. Lo anterior, como hemos señalado en reiteradas oportunidades, porque al ser el derecho a la protección de la salud un derecho social, requiere de actuaciones positivas por parte del Estado para poder garantizarlo. Para llevar a cabo estas acciones, el Estado debe contar con cierta capacidad presupuestaria que requiere un acuerdo político que no puede establecerse en sede judicial. Por lo tanto, decir que este derecho se puede exigir judicialmente, equivaldría a señalar que los tribunales de justicia pueden

<sup>110</sup> Esta tesis la podemos encontrar en, BULNES, Luz. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. *ob.cit* .p 12-29.



decidir sobre cuestiones eminentemente políticas, como son aquellas decisiones que disponen cuáles son los recursos que deben destinarse para la salud. Si entendemos que la Constitución limita e informa la competencia de los poderes del Estado, no podemos ampliar los márgenes de ésta estableciendo que los recursos del Estado se definen por los tribunales de justicia, ya que esto sería imponer una decisión contra mayoritaria para un acuerdo que necesariamente debe decidirse por las mayorías. Esto, de cierta manera, implicaría traspasar la competencia desde el poder legislativo a los tribunales de justicia, vulnerando el principio de separación de poderes, ya que serían estos últimos, quienes en última instancia, decidirían acerca del presupuesto del país.

Por último, y en relación con las obligaciones que adquiere el Estado respecto del derecho a la protección de la salud, podemos señalar que éstas son las de garantizarlo, respetarlo y concretizarlo con políticas públicas, especialmente a través de la vía legislativa, para así determinarlo y otorgarle efectividad.

En el siguiente capítulo nos referiremos a la Ley N° 19.966 que establece un Régimen General de Garantías en Salud, la cual fue dictada en cumplimiento del mandato constitucional que establece la obligación del legislador de regular el derecho constitucional a la protección de la salud.



## II. RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS EN SALUD (LEY N° 19.966)

En el presente capítulo examinaremos el Régimen General de Garantías en Salud introducido por la Ley N° 19.996 (en adelante Ley AUGE) que viene a complementar el actual sistema de salud, cumpliendo con ello el mandato constitucional referido a la obligación del legislador de darle contenido y establecer las garantías que permitan la tutela del derecho a la protección de la salud.

Para estos efectos, analizaremos en qué medida las modificaciones introducidas por la Ley AUGE cumplen con el principio de la reserva legal establecido por la Constitución, de acuerdo al siguiente esquema: En primer lugar, haremos referencia a aspectos generales del sistema de salud, respecto de lo cual nos abocaremos a una breve exposición sobre los componentes de salud y los principales aspectos contenidos en la Ley N° 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud, publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de noviembre de 1985 (en adelante Ley de Fonasa) y en la Ley N° 18.933 que 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 1980, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo de 1990 (en adelante Ley de Isapres). En segundo lugar, estudiaremos el concepto de Sistema de Acceso Universal de Garantías en Salud. En tercer lugar, nos referiremos al concepto y características del Régimen General de Garantías en Salud. En cuarto lugar,

describiremos la regulación de las Garantías Explícitas en Salud respecto de las cuales expondremos su concepto, tipos, determinación, vigencia, modificación y modelo de atención introducido. Por último, haremos una breve alusión a los mecanismos para hacer exigibles las Garantías Explícitas en Salud.

## **1. Antecedentes generales sobre el sistema de salud.**

Antes de adentrarnos a la exposición sobre el Régimen General de Garantías en Salud, es pertinente hacer una breve referencia al funcionamiento del sistema de salud chileno. Este comprende un régimen de salud público, el cual es administrado por el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y un régimen privado, que es administrado por Instituciones de Salud Previsional (Isapres). Ambos regímenes se rigen por lineamientos generales que derivan del derecho a la protección de la salud consagrado en la Carta Fundamental, pero el desarrollo legislativo relativo a su funcionamiento y a las prestaciones que se otorgan, se encuentran regulados de manera independiente; el público por la Ley de Fonasa y el privado por la Ley de Isapres, y ambos a su vez complementados por la nueva Ley N° 19.966 que establece un Régimen General de Garantías en Salud.

### **Componentes del sistema de salud**

---

Desde un punto de vista teórico, el sistema de salud comprende dos componentes, el de salud pública y el de salud de las personas. A continuación explicaremos en qué consiste cada uno de ellos.

#### **1.1.1. Componente de Salud Pública**

Uno de los componentes del sistema de salud es el plan de salud pública, el cual “comprende todas las actividades consideradas bienes de salud pública -administradas por la autoridad sanitaria- destinadas a la protección contra los riesgos del ambiente y otros condicionantes, y a promover comportamientos saludables”<sup>111</sup>. Este componente es considerado una obligación del Estado y es financiado completamente por aporte fiscal, con los recursos asignados en el presupuesto general de la Nación. A su vez, tratándose de los bienes de salud pública se distinguen las actividades de carácter individual y las de carácter colectivo o poblacional.

En las actividades de tipo **individual**, el Estado adopta medidas directamente sobre las personas con el objeto de mitigar o eliminar ciertas condiciones o elementos adversos para la salud que pueden causar efectos generalizados si no se previenen oportunamente. “El Estado exige su consumo a las personas porque se necesita una cobertura poblacional alta para que sean efectivas”<sup>112</sup>. Son ejemplos de estas

---

<sup>111</sup> ARRAU Corominas, Fernando. Conceptualización del Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma, Serie de Estudios de Anticipación, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Año 1, (1), Santiago, 2002. p. 6.

actividades, la aplicación de vacunas o la realización de campañas sanitarias frente a epidemias y catástrofes.

Las acciones **colectivas o poblacionales** consisten en medidas dirigidas a la población o al territorio, con el objeto de promover o mejorar conductas y situaciones que pueden influir negativamente en el estado de salud de las personas. Por ejemplo, actividades de mejoramiento ambiental, campañas de educación en salud, fiscalización sanitaria, etc.

### 1.1.2. Componente de Salud de las Personas

Dentro de este componente podemos distinguir las acciones de promoción, prevención y curativas. Se entiende por acciones de promoción de la salud aquellas que se realizan con el objeto de ejercer control sobre factores que determinan el estado de salud de las personas, tales como la alimentación, actividad física, tabaco, etc. Las acciones de prevención están destinadas a evitar que los problemas de salud se produzcan, o a retardar su aparición o efectos, cuando no sea posible impedir su aparición. Las acciones curativas tienen por objeto proveer los medios para paliar o revertir las enfermedades una vez producidas. Este tipo de acciones pueden ser aplicadas de manera individual o colectiva, sin embargo sólo estaremos en el campo del Plan de Salud de las Personas cuando dichas acciones estén dirigidas a una persona o a un grupo familiar. En cambio, aquellas medidas que deben adoptarse de forma masiva, se consideran bienes de salud pública y en consecuencia integran dicho componente.

El obligado a financiar el componente de salud de las personas será el Fonasa o las Isapres, dependiendo del sistema de salud al cual el beneficiario esté afiliado.

### 1.1.3. Consagración normativa de los componentes de salud.

La clasificación teórica de los componentes adquiere operatividad por medio de la legislación sanitaria. Como señalamos con anterioridad, las principales leyes que regulan las prestaciones en materia de salud son la Ley de Fonasa, la Ley de Isapres y la Ley AUGE. Ahora, la Ley de Fonasa regula el componente de salud pública y el componente de salud de las personas, a diferencia de las dos últimas las cuales sólo se refieren al componente de salud de las personas.

## Breve referencia al Régimen de Prestaciones en Salud

---

El Régimen de Prestaciones en Salud se encuentra conformado por la Ley de Fonasa, tanto en su componente de salud pública como en el de las personas y la Ley de Isapres. En la descripción de este Régimen sólo haremos referencia a los aspectos más importantes presentes en cada uno de los sistemas.

### 1.2.1. Régimen establecido por la Ley N° 18.469 (Ley de Fonasa)

<sup>112</sup> CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN. Proyecto de Reforma de la Salud en Chile, En: *Estudios de la Seguridad Social*, (93), Buenos Aires, 2004. p. 129.

La Ley de Fonasa regula las condiciones bajo las cuales los afiliados al sistema de salud pública pueden hacer efectivas las acciones de salud a las que tienen derecho.

El artículo 1 de la Ley señala que "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 aquellas 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". Como puede apreciarse, la Ley de Fonasa comienza otorgando un contenido preciso al derecho constitucional en comento y, para ello, el legislador utiliza una redacción muy similar a la que se encuentra en los incisos primero y cuarto del N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política.

En la actualidad, para efectos de ver cómo las personas deben acceder al sistema público de salud es necesario remitirnos tanto a la regulación que consagra esta Ley como a las modificaciones introducidas por la Ley AUGE.

De esta forma, la primera pregunta que debemos plantearnos es qué personas pueden acceder al régimen de salud. La Ley de Fonasa ha establecido qué se entiende por afiliados y por beneficiarios y, junto con ello, señala en su artículo 7 que la incorporación al Régimen se produce de manera automática al adquirirse cualquiera de estas dos calidades.

Son afiliados según el artículo 5 de la Ley los trabajadores dependientes de los sectores público y privado que sean cotizantes de acuerdo a la normativa en estudio, los trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión, las personas que voluntariamente coticen en cualquier régimen legal de previsión y los que reciban pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o cesantía.

Son beneficiarios según el artículo 6 de la Ley, aquellos que tienen la calidad de afiliados según el artículo 5 recién citado, los que cumplan con los requisitos para ser causantes de asignación familiar de los afiliados, la mujer embarazada aún cuando no sea afiliada ni beneficiaria, el niño hasta los seis años de edad, los indigentes y carentes de recursos que gocen de pensiones asistenciales de conformidad al Decreto Ley N° 869 de 1975<sup>113</sup> y los causantes de subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020<sup>114</sup>. Además, la Ley AUGE en su artículo 34 N° 1 incorpora como beneficiarios a "Las personas que gocen de una prestación de cesantía de acuerdo a la Ley N° 19.728<sup>115</sup> y sus causantes de asignación familiar".

En segundo lugar, la Ley se encarga de señalar en su Título II cuáles son las

---

<sup>113</sup> Decreto Ley N° 869 que establece régimen de pensiones asistenciales para inválidos y ancianos carentes de recursos. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de enero de 1975.

<sup>114</sup> Ley N° 18.020 que establece subsidio familiar para personas de escasos recursos y modifica normas que indica. Ministerio del Trabajo, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con fecha 17 de agosto de 1981.

<sup>115</sup> Ley N° 19.728 que establece un seguro de desempleo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de mayo de 2001.

## II. RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS EN SALUD (LEY N° 19.966)

---

prestaciones a que pueden acceder los beneficiarios del régimen. De esta forma, es posible distinguir dos tipos de prestaciones, aquellas de carácter pecuniario y las médicas.

Entre las prestaciones pecuniarias encontramos fundamentalmente el subsidio por incapacidad laboral, el descanso de maternidad y los préstamos financieros. Cabría destacar que estas prestaciones son incompatibles entre sí y a su vez son incompatibles con las contempladas en la Ley de Accidentes del Trabajo <sup>116</sup> y con el Subsidio de Cesantía <sup>117</sup>, de conformidad a lo establecido en los artículos 18 a 24 de la Ley de Fonasa.

Dentro de las prestaciones médicas podemos encontrar un examen de medicina preventiva que tiene por objeto pesquisar ciertas enfermedades de carácter grave e irreversible que son establecidas por el Ministerio de Salud <sup>118</sup>, incluye también la atención médica curativa dentro de la cual se contemplan consultas, exámenes, procedimientos de diagnóstico y quirúrgicos, hospitalizaciones, entre otros, y además se establecen tres prestaciones de carácter más específico; la atención odontológica, la atención de la mujer embarazada y la atención del niño recién nacido y hasta los seis años de edad (artículos 8 y 9 de la Ley de Fonasa).

En tercer lugar, la Ley de Fonasa regula el financiamiento del régimen estableciendo un sistema de carácter mixto que se nutre tanto del aporte estatal como del aporte de los afiliados.

Así encontramos que la Ley ha consagrado un sistema de copagos donde la contribución que debe hacer cada persona se encuentra en directa relación a su nivel de ingreso. Para estos efectos, se parte desde un sistema de exención que abarca los dos primeros tramos (grupos A y B) hasta un sistema de contribución mixta, donde cada afiliado debe aportar un determinado porcentaje del costo total de la prestación y el resto se sustenta con el aporte estatal (grupos C y D).

En relación a la contribución que debe hacer cada afiliado, la Ley ha clasificado a las personas en cuatro tramos según su nivel de ingreso, donde como ya señalamos se cubre el valor total de las prestaciones de los grupos A y B, un valor que no podrá ser inferior al 75% respecto del grupo C, ni al 50% tratándose del grupo D, todo esto de conformidad a lo establecido en el artículo 29 de la Ley.

En último lugar, la Ley regula la forma en que los beneficiarios del régimen deben

---

<sup>116</sup> Ley N°16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Ministerio del Trabajo, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con 1 de febrero de 1968.

<sup>117</sup> BOTTESELLE Rodríguez, Rodolfo - FRANCO Avalos, 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. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004. p. 27.

<sup>118</sup> La Ley N° 19.966 introduce modificaciones a este respecto al señalar en el artículo 33 que: "El decreto que fije las Garantías Explícitas en Salud determinará las metas de cobertura del examen de medicina preventiva, señalando en la letra a) del artículo 8 de la Ley N° 18.469, que serán obligatorias para el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional".

acceder a las prestaciones, estableciendo dos modalidades: la institucional y la de libre elección.

La modalidad institucional se encuentra regulada por el artículo 11 de la Ley el cual señala en su inciso 1° que "Las prestaciones comprendidas en el Régimen se otorgarán por los Servicios e Instituciones que dependen del Ministerio de Salud, de acuerdo el Decreto Ley N° 2.763, de 1979<sup>119</sup>". Es preciso señalar que esta disposición fue modificada por la Ley AUGE. De esta forma, el artículo 34 N° 3 letra a) sustituye el citado inciso 1° por el siguiente "Las prestaciones comprendidas en el Régimen General de Garantías en Salud se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud, a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud y los Establecimientos de Salud de carácter experimental", esto se debe a que, como veremos más adelante, la implementación de la reforma incluye una completa reestructuración de los servicios de salud, donde se redefinen las funciones que empecen a cada uno de los establecimientos, con el objeto de lograr una mayor coordinación entre ellos que permita una atención más eficiente y un mejor manejo de los recursos disponibles. Junto con lo anterior, el citado artículo de la Ley AUGE en su letra b) deroga los incisos tercero y cuarto del artículo 11 de la Ley de Fonasa.

Lo que caracteriza en definitiva a esta modalidad es que los usuarios deben acceder a las prestaciones a través del establecimiento de salud que les corresponda, tomando en consideración si de acuerdo al carácter de la patología, ésta requiere atención en el nivel primario o secundario. Además, la prestación es financiada en parte por el Estado, y en parte por el beneficiario de la prestación de acuerdo al tramo en que se encuentre.

Por su parte, la modalidad de libre elección se encuentra regulada por los artículos 12 y siguientes de la Ley de Fonasa. La aludida disposición señala que "No obstante lo dispuesto en el artículo precedente [artículo 11 que regula la modalidad institucional], los afiliados y los beneficiarios que de ellos dependan, podrán optar por atenderse de acuerdo con la modalidad de "libre elección" que se establece en el artículo siguiente, caso en el cual gozarán de libertad para elegir al profesional o el establecimiento e institución asistencial de salud que, conforme a dicha modalidad, otorgue la prestación requerida". En este caso las prestaciones tienen una tarifa que es determinada en relación a un arancel fijado por el Ministerio de Salud y por el Ministerio de Economía, y son bonificadas en parte por el Estado, de acuerdo a los porcentajes que establece el artículo 13 de la Ley, y en parte por los usuarios. En este caso no se hace distinción alguna en relación al nivel de ingresos de las personas, es decir, todos pagan lo mismo por la atención de una misma patología, independiente del tramo en que se encuentren.

Como podemos observar la Ley de Fonasa efectivamente otorga un contenido específico al derecho constitucional a la protección de la salud, consagra acciones de salud y las prestaciones a que tienen derecho los usuarios. Sin perjuicio de ello, el gran problema de esta Ley es que no consagra mecanismos para hacer exigibles dichas prestaciones en un tiempo acotado, con una calidad y una ayuda financiera adecuadas a

---

<sup>119</sup> Decreto Ley N° 2.763 que Reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicio de Salud. Ministerio de Salud Pública, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 3 de agosto de 1980.



las necesidades de los beneficiarios. Tampoco da una respuesta efectiva en caso de que los establecimientos de salud no otorguen las prestaciones reguladas por la Ley.

De este modo, cuando efectuemos un análisis detallado del contenido de la Ley AUGE, podremos apreciar como ésta viene a suplir la señalada falencia del sistema legislativo al consagrar Garantías Explícitas que le dan contenido preciso al derecho a la protección de la salud, permitiendo que las personas puedan conocer con exactitud que es lo que pueden exigir de los establecimientos de salud y además, que consagra mecanismos específicos para hacer exigibles dichas garantías en caso de incumplimiento.

### 1.2.2. Régimen establecido por la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres)

Como ya señalamos la Ley de Fonasa contempla la opción de que los afiliados al sistema obtengan las prestaciones de salud de una Institución de Salud Previsional al disponer en el artículo primero que existe "(...) la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse".

Estas entidades conocidas como Isapres conforman el sistema de gestión privada de salud y se encuentran encargadas de administrar los recursos que se provean para otorgar las prestaciones del sistema de salud.

La regulación de esta materia se encuentra fundamentalmente en la Ley N° 18.933, sin perjuicio de que este cuerpo legal ha sufrido importantes modificaciones como consecuencia de la implementación de la reforma a la salud, así encontramos, por un lado, la Ley N° 19.895 que establece normas sobre solvencia y protección de personas incorporadas a las Isapres (Ley corta de Isapres) y, por otro, la Ley N° 20.015 que modifica la Ley N° 18.933 sobre Instituciones de Salud Previsional (Ley larga de Isapres).

Las Isapres son empresas privadas con patrimonio propio que deben constituirse como personas jurídicas y registrarse en la Superintendencia, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Isapres.

La supervigilancia de estas instituciones se encuentra actualmente radicada en la Superintendencia de Salud que fue creada por la Ley N° 19.937. En un principio, dicha labor se encontraba radicada en el Fonasa, posteriormente con la dictación de la Ley N° 18.933 se traspasó a la Superintendencia de Isapres y, como señalamos, en la actualidad se encuentra radicada en la referida Superintendencia de Salud.

El artículo 21 de la Ley de Isapres se refiere a las obligaciones que asumen estas instituciones con sus usuarios: "Las Instituciones de Salud previsional **financiarán** las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para la salud o una superior convenida, a las personas que indica el artículo 5 de la ley N° 18.469". La Ley larga de Isapres modificó el citado artículo reemplazando la palabra "otorgarán" por "financiarán" (énfasis añadido).

Las Isapres se clasifican en "abiertas" y "cerradas" en la medida que acepten la incorporación de todo tipo de afiliados, o si por el contrario, aceptan solamente la incorporación de trabajadores de una empresa o grupo de la misma <sup>120</sup>.

Como ya señalamos estas entidades, para efectos de su constitución, deben solicitar

su registro en la Superintendencia, para ello deben contemplar como objeto exclusivo el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, deben acreditar y mantener un capital mínimo de 5.000 Unidades de Fomento y deben constituir una garantía, cuyo monto no puede ser inferior a 2.000 Unidades de Fomento, que se determina de conformidad a las normas contenidas en el párrafo 2° del Título I del Ley de Isapres.

La forma en que los afiliados pueden acceder al sistema privado de salud es a través de la suscripción de un contrato de salud con la Isapre que elijan. De este modo, el usuario quedará obligado a aportar su cotización (equivalente a un 7% de la remuneración imponible del trabajador) más un eventual monto adicional, mientras que la Isapre tendrá la obligación de otorgar las prestaciones y beneficios de salud correspondientes.

En relación a las prestaciones, el artículo 33 de la Ley de Isapres señala que las partes tienen libertad para convenir el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de otorgamiento de las prestaciones sanitarias, sin perjuicio de que en la práctica estos convenios adquieren el carácter de contratos de adhesión, que varían dependiendo del plan de salud que se suscriba. En definitiva, la Isapre es quien fija las condiciones del contrato de salud y el afiliado debe aceptar sometiéndose a las condiciones impuestas, sin quedarle mayor posibilidad de negociar.

Para evitar abusos por parte de las Isapres, la Ley ha consagrado ciertos contenidos mínimos que los contratos de salud deben tener, entre los cuales se encuentran las prestaciones y beneficios de salud que se cubren, los porcentajes de cobertura, valores sobre los cuales se aplican dichos porcentajes, mecanismos para el otorgamiento de las prestaciones, formas de modificación de dichas cláusulas, el precio del plan, restricciones a la cobertura, entre otros.

La Ley AUGE en su artículo 35 introdujo diversas modificaciones a la Ley de Isapres, entre las cuales cabe destacar la del referido artículo 33 que introduce las Garantías Explícitas en Salud en los siguientes términos "(...) los referidos contratos deberán comprender, como mínimo, lo siguiente: a) Las Garantías Explícitas relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad contempladas en el Régimen General de Garantías en Salud, en conformidad a la ley en que se establece dicho Régimen", además señala que se deberá pactar un plan complementario a las Garantías Explícitas que incluya el subsidio por incapacidad laboral de conformidad a lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Fonasa (licencias médicas), y por los que se incluyan también por el referido artículo 35 de la Ley AUGE que no formen parte de las Garantías Explícitas, como copagos máximos, porcentajes de cobertura, entre otros.

Lo anterior implica la consagración de una obligación precisa que deben cumplir las Isapres en relación a sus usuarios, asegurando por esta vía la aplicación de las Garantías Explícitas respecto de todas las personas, tanto las que se acojan al sistema público como las que se acojan al sistema privado de salud. El análisis en particular de la obligatoriedad de las Garantías Explícitas respecto de las Isapres será abordado con posterioridad.

---

<sup>120</sup> HUMERES Noguera, Hector. Derecho de la Seguridad Social, 16° Edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2000. p. 447.

Entre las prestaciones que deben otorgar las Isapres, la Ley también ha incluido como beneficios mínimos el examen de medicina preventiva, la protección de la mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes de nacimiento, la protección del niño hasta los seis años de edad y el subsidio por incapacidad laboral<sup>121</sup> que contempla la Ley de Fonasa.

De esta forma, podemos observar como la Ley de Isapres también consagra prestaciones y beneficios de salud específicos que deben otorgarse a los usuarios y que dicha consagración se preocupa de dar un contenido mínimo exigible. Sin embargo, la determinación de cada uno de los planes de salud suscritos siempre va a depender de la capacidad de pago del usuario. Por lo tanto, el contenido preciso de las prestaciones a que tengan derecho los afiliados va a estar supeditada al plan de salud que elijan, el cual siempre estará subordinado a la capacidad de pago del afiliado y a las condiciones que imponga la Isapre en el contrato, que como señalamos, es de adhesión.

## 2. Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas

Con la dictación de la Ley N° 19.966 se introdujo el Régimen General de Garantías en Salud. La mayor innovación la encontramos en la incorporación de las Garantías Explícitas para las acciones de promoción, prevención y curación que se consideran más prioritarias para la población.

Este régimen forma parte integrante del ya aludido Régimen de Prestaciones en Salud, conformando en su conjunto el Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas. Lo anterior, se desprende del artículo 4 del Decreto Ley N° 2.763<sup>122</sup>, el cual señala en su N° 7 que "(...) el Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas, en adelante, también "Sistema AUGÉ"<sup>123</sup>, el que incluye las acciones de salud pública y las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios de las leyes N° 18.469 y N° 18.933".

## 3. Régimen General de Garantías en Salud

<sup>121</sup> BOTTESELLE Rodríguez, Rodolfo- FRANCO Avalos, Sebastián. Conflictos entre Afiliados e Isapres y entre Afiliados y Fonasa, *ob. cit.* p. 38.

<sup>122</sup> La Ley N° 19.937 de Autoridad Sanitaria y Gestión introdujo modificaciones al Decreto Ley 2.763, entre las cuales en su artículo 1 N° 1 se sustituye el artículo 4 del referido Decreto, el que se encarga de enumerar las funciones del Ministerio de Salud.

<sup>123</sup> Es preciso hacer una advertencia en torno al término "AUGE", ya que como puede apreciarse, hemos utilizado la sigla en referencia a la Ley N° 19.966, sin perjuicio de que en estricto rigor esa no es la correcta denominación. La razón de ello es que en los medios de comunicación se ha difundido la Ley N° 19.966 por dicho término, siendo conocida públicamente por ese nombre.

### **3.1. Concepto**

---

El artículo 1 de la Ley N° 19.966 define al Régimen General de Garantías en Salud como “un instrumento de regulación sanitaria que forma parte integrante del Régimen de Prestaciones de Salud a que se refiere el artículo 4 de la ley de Fonasa, elaborado de acuerdo al Plan Nacional de Salud y a los recursos de que disponga el país”.

Del concepto anterior, se distingue como elemento fundamental el hecho de que la referida Ley no tiene por finalidad instaurar un nuevo sistema de salud, sino que por el contrario, viene a complementarlo, tanto en su perspectiva pública como privada. Así lo reafirmó el Ex-Ministro de Salud doctor Osvaldo Artaza en el Informe de la Comisión de Salud presentado ante la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de la referida Ley, al decir “que este proyecto no sustituye ni modifica las Leyes N° 18.469 y N° 18.933, sino que, tal como lo establece el artículo 1, se crea un régimen que es parte de un sistema más global, que se suma a los establecidos en las leyes antes mencionadas”<sup>124</sup>.

El Régimen General de Garantías en Salud es elaborado de acuerdo al Plan Nacional de Salud, lo que implica que se realiza conforme a los lineamientos generales que establece el Ministerio de Salud respecto de cómo se abordarán los problemas sanitarios para toda la población del país. Para ello se toman en cuenta las prioridades sanitarias y tal como lo señala el artículo 1, los recursos de que disponga el país.

Conforme a lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 1 de la referida Ley, este Régimen “establecerá las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional, conforme a lo establecido por la Ley N° 18.469.” Vemos que esta disposición concuerda con el inciso 2° del artículo 19 N° 9 de la Constitución, el cual prescribe que “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. Con esto podemos apreciar la intención del legislador de cumplir con el principio de reserva legal, materializando dicho derecho constitucional en el nivel legal, con el objeto de permitir su operatividad.

### **3.2. Características**

---

Fernando Arrau en el documento elaborado con ocasión de la implementación del Plan AUGE, titulado “Conceptualización del Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE), Eje de la Actual Reforma a la Salud”<sup>125</sup>, menciona las siguientes características:

<sup>124</sup> Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. *ob. cit.* p. 33.

<sup>125</sup> ARRAU Corominas, Fernando. Conceptualización del Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma. *ob. cit.* p. 5.

En primer lugar el Plan AUGE es **standard**, es decir, es igual para toda persona, independiente del sistema de salud al cual se esté adscrito. El inciso 3° del artículo 2 de la Ley destaca esta característica al prescribir “Asimismo, las garantías señaladas en los incisos precedentes serán las mismas para los beneficiarios de las Leyes N° 18.469 y N° 18.933(…)”. Sin embargo, en concordancia con el espíritu de la reforma consistente en la priorización de la atención de ciertas patologías, se establece que las garantías pueden diferenciarse para una misma prestación, de acuerdo a criterios generales, tales como enfermedad, sexo, grupo de edad u otras variables objetivas que sean pertinentes.

En segundo lugar, es **no excluyente** de seguros complementarios. Las personas son libres para contratar a su costo otro tipo de seguros, ya sea en una Isapre o en el Fonasa.

En tercer lugar, es **universal**, ya que beneficia a todos los residentes del territorio nacional, que coticen en algún sistema de salud o que sean indigentes, tanto chilenos como extranjeros.

En cuarto lugar, es **integral**. Sin perjuicio de que sólo algunas enfermedades cuentan con Garantías Explícitas, el régimen de salud es general, porque incluye a todas las enfermedades y condiciones de salud de las personas en sus diversas fases. En este sentido, durante la discusión del proyecto de ley se enfatizó en que “al hablar de Régimen General de Garantías en Salud nos referimos a un sistema que garantizará a todos los chilenos, tanto a quienes sufran como a quienes no sufran de una patología incluida en el AUGE, de que serán atendidos de acuerdo a las normas de equidad y de eficiencia que todos queremos”<sup>126</sup>.

En relación a las patologías sin Garantías Explícitas, el artículo 3 de la Ley AUGE<sup>127</sup> establece que el Ministerio de Salud es el encargado de regular las condiciones en que se deberán prestar. Asimismo, dispone que las prestaciones relativas a dichas patologías no podrán sufrir menoscabo como consecuencia del establecimiento o modificaciones de las Garantías Explícitas en Salud. Esto responde a la preocupación que existió durante el debate parlamentario de la Ley en torno a que el establecimiento de Garantías Explícitas respecto de un número acotado de patologías fuera a ir en desmedro del resto de las patologías no cubiertas por el Plan AUGE. De esta manera, en la discusión parlamentaria se señaló que “el régimen de garantías en salud se deberá dar sin perjudicar las demás prestaciones que no tengan el nivel de garantías establecidos en él. Por lo tanto, no deberá significar postergaciones ni rechazos al resto de las atenciones que deben obtener los beneficiarios de las leyes N° 18.469 y N° 18.933”<sup>128</sup>.

No obstante lo anterior, esta preocupación intentó ser mitigada mediante la

---

<sup>126</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario Ley 19.966, Establece Régimen de Garantías de Salud, Sesión 26ª de la Cámara de Diputados, martes 10 de agosto de 2004. p. 13.

<sup>127</sup> Artículo 3 de la Ley N° 19.966: El Ministerio de Salud dictará las normas e instrucciones generales sobre acceso, calidad y oportunidad para las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud, no contemplado en el artículo anterior, tales como estándares de atención y gestión de tiempos de espera, teniendo presentes los recursos físicos, humanos y presupuestarios disponibles. Dichas normas e instrucciones generales serán de público conocimiento. Las normas señaladas en el inciso anterior no podrán sufrir menoscabo por el establecimiento y las sucesivas modificaciones de las Garantías Explícitas en Salud, sin perjuicio de las modificaciones fundadas en aspectos sanitarios, técnicos y administrativos que correspondan.

introducción del referido artículo 3 de la Ley, el cual es una norma programática, ya que establece la necesidad de regular esta materia, lo que refleja la intención de que las patologías no aseguradas explícitamente se presten en condiciones al menos iguales a las que existían con anterioridad de la reforma. Asimismo, esta idea se reafirma en su inciso final al prescribirse que dichas prestaciones “(...) no podrán sufrir menoscabo por el establecimiento y las sucesivas modificaciones de las Garantías Explícitas en Salud, sin perjuicio de las modificaciones fundadas en aspectos sanitarios, técnicos y administrativos que correspondan”.

En quinto lugar es **incremental**. La Ley N° 19.966 garantiza el otorgamiento de 56 patologías protegidas con Garantías Explícitas, las que según lo dispuesto por el artículo 1 transitorio se aplicarán de manera incremental de acuerdo al cronograma que ahí se indica<sup>129</sup>. Además, el Plan AUGE puede ser revisado cada 3 años, en cuya oportunidad se pueden incluir más patologías según los objetivos de salud del país y los recursos disponibles. Siendo el derecho a la protección a la salud un derecho social, lo que se pretende es que, a medida que las condiciones del país lo permitan, se vayan incluyendo más patologías a las Garantías Explícitas.

Por último, es **total**, ya que incluye todas las prestaciones asociadas al ciclo de la enfermedad, acciones de promoción, prevención y curación de la salud.

## 4. Garantías Explícitas en Salud

### 4.1. Concepto y características

---

Sin duda, la innovación central de la Ley N° 19.966 es la introducción de las Garantías Explícitas en Salud. Aunque la Ley no proporciona un concepto, de su artículo 2<sup>130</sup> es posible desprender sus elementos característicos.

En primer lugar, es un componente del Régimen General de Garantías en Salud. Tal como lo explicamos anteriormente, esta característica delimita el ámbito de aplicación de las Garantías Explícitas a las acciones referidas al componente de salud individual de las

---

<sup>128</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario Ley 19.966, Establece Régimen de Garantías de Salud. Sesión 34ª de la Cámara de Diputados, jueves 12 de diciembre de 2002. p. 28.

<sup>129</sup> Artículo 1º transitorio de la Ley N° 19.966: Las Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud entrarán en vigencia según el siguiente cronograma: 1.- A contar del 1 de abril de 2005, las Garantías Explícitas se aplicarán a un máximo de 25 patologías o condiciones de salud y a Prima Universal anual no podrá ser superior a 1,02 UF. 2.- A contar del 1 de abril de 2006, las Garantías Explícitas se aplicarán a un máximo de 40 patologías o condiciones de salud y la Prima Universal anual no podrá ser superior a 2.04 UF. 3.- A contar del 1 de abril de 2007, las Garantías Explícitas se aplicarán a un máximo de 56 patologías o condiciones de salud y la prima Universal anual no podrá ser superior a 3,06 UF. Si a las fechas indicadas el decreto respectivo no hubiere sido publicado en el Diario Oficial o si, habiendo sido publicado, no hubieren transcurrido al menos 5 meses, las Garantías Explícitas entrarán en vigencia el primer día del sexto mes siguiente a la publicación que corresponda.

## II. RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS EN SALUD (LEY N° 19.966)

---

personas.

En segundo lugar, se explicita que dichas garantías están referidas al acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones que correspondan. Las garantías tienen un contenido acotado y preciso, que puede ser exigido al organismo obligado a prestarlas.

En tercer lugar, se señala que las Garantías Explícitas están asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud. Es importante destacar que la garantía no está relacionada a una prestación determinada. Puede ocurrir que el contenido de las garantías varíe entre prestaciones iguales, si así resulta luego de la aplicación de criterios generales, tales como enfermedad, sexo, grupo de edad u otras variables objetivas pertinentes; por ejemplo, no todas las personas que requieran un tratamiento quirúrgico de escoliosis tendrán la garantía de acceso, sino sólo los menores de 25 años y que cumplan los criterios de inclusión detallados en el Decreto Supremo N° 170 del Ministerio de Salud que aprueba Garantías Explícitas de Salud del Régimen General de Garantías en Salud<sup>131</sup>.

En cuarto lugar, tal como lo señalamos, las Garantías Explícitas sólo están referidas a las acciones relativas al componente de salud de las personas y a partir de éstas, se determinan mediante un complejo procedimiento en el cual se ponderan diversos factores. Efectuada la determinación de las patologías que se consideran de importancia para la población, aquello se materializa en un decreto supremo, aprobado por el Ministerio de Salud y suscrito por el Ministerio de Hacienda, donde se especifica con claridad bajo qué circunstancias, determinadas prestaciones se encuentran aseguradas con las Garantías Explícitas de Salud.

En quinto lugar, el aseguramiento de estas garantías es obligatorio tanto para el Fonasa como para las Isapres. Lo anterior se refleja en que en el artículo 2 inciso 2° de la Ley se establece que las Garantías Explícitas de Salud constituyen un derecho para los beneficiarios de ambos sistemas de salud, el cual puede ser exigido ante el Fonasa, las Isapres, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan. Como lo señaló la diputada Carolina Tohá en la discusión parlamentaria de la Ley, “(...)

<sup>130</sup> Artículo 2 de la Ley N° 19.966: El Régimen General de Garantías, contendrá, además, Garantías Explícitas en Salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente. El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios. Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan. Asimismo las garantías señaladas en los incisos precedentes serán las mismas para los beneficiarios de las leyes N° 18.469 y N° 18.933, pero podrán ser diferentes para una misma prestación, conforme a criterios generales, tales como enfermedad, sexo, grupo de edad u otras variables objetivas que sean pertinentes. Las instituciones de Salud Previsional estarán también obligadas a asegurar el otorgamiento de las prestaciones y la cobertura financiera que el Fondo Nacional de Salud confiere como mínimo en su modalidad de libre elección, en los términos del artículo 31 de esta ley.

<sup>131</sup> Decreto Supremo N° 170 del Ministerio de Salud que aprueba Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de enero de 2005.

finalmente, vamos a tener derechos, y cuando la gente sienta que éstos son vulnerados podrá exigirlos. Asimismo, cuando no se cumpla las garantías habrá sanciones, sean prestadores privados o públicos. Este es el cambio fundamental que establece la reforma”<sup>132</sup>.

Ahora bien, revisadas las características, haremos referencia a algunos conceptos que se han formulado.

El “Documento de trabajo propuesta al país Plan Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma de Salud”, elaborado por el Ministerio de Salud, proporciona la siguiente definición: “El Plan contiene un sistema de garantías que busca asegurar que todos los miembros de la sociedad gocen del acceso a sus acciones y prestaciones bajo condiciones explícitas, exigibles y socialmente aceptables, independiente de quien sea el administrador de la cotización obligatoria y del prestador que las otorgue (público o privado). Una garantía explícita establece protección efectiva para el ejercicio de los derechos emanados del plan”<sup>133</sup>. Esta definición enfatiza tanto el carácter obligatorio y la exigibilidad de las Garantías Explícitas, como quienes se encuentran obligados a prestarlas, lo que sin duda es la innovación más importante que introduce el Plan. Sin embargo, no hace referencia respecto de qué problemas de salud se aplican estas garantías, ni cómo éstas se determinan.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 170 en su artículo 2 define dichas garantías como “aquellos derechos en materia de salud relativos a acceso, calidad, oportunidad y protección financiera con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a los problemas de salud determinados en el artículo precedente<sup>134</sup> y que están obligados a asegurar a sus respectivos beneficiarios el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional”. Esta definición contempla la mayoría de los elementos característicos del Plan. Sin embargo, a diferencia de la definición anterior no destaca la exigibilidad de estas garantías.

Asimismo, ninguna de las dos definiciones menciona el hecho de que las Garantías Explícitas de Salud forman parte de un Régimen General de Garantías en Salud, aspecto que el legislador se preocupó de constatar.

En base a las características y conceptos señalados, y una interpretación armónica de la Ley N° 19.966, construimos el siguiente concepto:

**Las Garantías Explícitas en Salud** son un componente del Régimen General de Garantías en Salud, que consiste en el derecho que tienen los beneficiarios del sistema

<sup>132</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario Ley 19.966, Establece Régimen de Garantías de Salud. Sesión 26ª. *ob. cit.* p. 23.

<sup>133</sup> MINISTERIO DE SALUD DE CHILE, Documento de trabajo propuesta al país Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma de la Salud, Santiago, 2002. p. 2. [en línea] <[http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/detalle\\_noticia.asp?id\\_noticia=53666](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/detalle_noticia.asp?id_noticia=53666)>

<sup>134</sup> Se refiere al artículo 1 del mismo decreto, el cual aprueba los problemas de salud y garantías explícitas de salud de la Ley N° 19.966.



de salud público y privado, de exigirle a Fonasa o a la Isapre, según corresponda, o cuando éstas no cumplan, a la Superintendencia de Salud, el otorgamiento de prestaciones, asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud, determinados conforme al procedimiento establecido en Ley N° 19.966 y que se materializan en un decreto supremo, de acuerdo a las condiciones de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera establecidas en el mismo decreto.

### 4.2. Tipos de Garantías Explícitas

---

Conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley, el Plan AUGE contempla cuatro Garantías Explícitas: de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera. El artículo 4 las define y su contenido se encuentra desarrollado en el Decreto Supremo N° 170, el cual fue dictado de conformidad al mandato de la Ley N° 19.966 consagrado en el artículo 11. A continuación nos referiremos al contenido de cada garantía.

#### 4.2.1. Garantía Explícita de Acceso

El artículo 4 letra a) de la Ley N° 19.966 señala que es “obligación del Fondo Nacional de Salud y de las Instituciones de Salud Previsional de asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas a los beneficiarios de la Ley N° 18.469 y N° 18.933, respectivamente, en la forma y condiciones que determine el decreto a que se refiere el artículo 11”.

Se refiere a la obligación que tiene el Fonasa y las Isapres de garantizar el otorgamiento de las acciones de salud asociadas a las patologías protegidas por el Plan AUGE, las cuales se encuentran enumeradas y definidas en el Decreto de manera taxativa. El artículo 6 del Decreto señala expresamente que no procede la homologación de prestaciones, esto es “el reemplazo de ellas por otras que no se encuentran contempladas en el referido artículo 1 con especificaciones distintas a las exigidas”.

Asimismo, el Decreto regula las condiciones bajo las cuales una persona que presente una enfermedad cubierta por el AUGE, puede acceder a las prestaciones indicadas. En primer lugar, determina quienes son los beneficiarios en base a distinciones referidas a la edad y sexo del paciente. Por ejemplo, se especifica que sólo tienen derecho a la salud oral integral los niños de 6 años<sup>135</sup>.

En segundo lugar, señala desde qué momento se tiene derecho a acceder a las prestaciones aseguradas por el Plan, distinguiendo para dicho efecto entre estado de sospecha y confirmación diagnóstica. El artículo 2 letra k) del Decreto N° 170 define **sospecha** como la “etapa en que los síntomas presentados por un beneficiario, junto con su historia médica y los signos clínicos observados en la evaluación que hace el profesional de salud, llevan a establecer una alta probabilidad de existencia de una determinada enfermedad o condición de salud, que da origen a derivación a la prestación que corresponda”. Además, el artículo 2 letra b) señala que **confirmación diagnóstica** es la “comprobación de la existencia de una enfermedad o condición de salud específica

---

<sup>135</sup> Artículo 1 N° 23 del Decreto Supremo N° 170. *ob.cit.*

en un beneficiario, mediante las correspondientes acciones de salud y/o tecnología sanitaria que corresponda”.

En tercer lugar, se establecen **criterios de inclusión** definidos como las “condiciones clínicas que para un determinado problema de salud, permiten efectuar a los beneficiarios determinadas prestaciones, de acuerdo al conocimiento científico disponible” y **criterios de exclusión** que, “son las condiciones clínicas que para un determinado problema de salud no hacen recomendable otorgar a un beneficiario una determinada prestación, de acuerdo al conocimiento científico disponible”.

Por último, cumplidas todas las condiciones señaladas, se identifica el tipo de intervención sanitaria a la cual se podrá acceder, la que puede ser de diagnóstico, tratamiento<sup>136</sup> o seguimiento<sup>137</sup>.

Por ejemplo, respecto de la prestación “tratamiento quirúrgico de las cataratas”<sup>138</sup>, se establece que el beneficiario, sin distinción de edad ni sexo con sospecha, tiene acceso a un diagnóstico y aquel con confirmación diagnóstica, a un tratamiento. Asimismo, se señala como criterio de inclusión, que la cirugía se realizará cuando la agudeza visual sea inferior a 0,3 con corrección óptica; y como criterio de exclusión, que la agudeza visual sea igual o mayor de 0,4 o que el paciente presente ceguera total o absoluta.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso 3° del artículo 6 del Decreto permite que, fundado en razones de carácter clínico o sanitario, el profesional de salud tratante no prescriba una o más de las prestaciones, cuando “atendida la situación de salud del beneficiario y el estado de la medicina en el país, las perspectivas de éxito o sobrevida no hagan aconsejable la prestación correspondiente”. Con todo, los beneficiarios tienen derecho a solicitar una segunda opinión, mecanismo que debe ser contemplado por el Fonasa y las Isapres.

En suma, la Garantía Explícita de acceso está relacionada con la idea de que la salud es un derecho que se torna exigible y, por ende, operativo cuando se cumplen las condiciones señaladas en el Decreto.

#### **4.2.2. Garantía Explícita de Calidad**

La finalidad de esta garantía es asegurar que la atención de salud sea prestada de acuerdo a estándares de calidad fijados con anterioridad y que se consideran adecuados,

<sup>136</sup> Se define tratamiento como la “etapa de intervención sanitaria que realiza a un paciente, un profesional de salud ante una confirmación diagnóstica para un determinado problema de salud, con el objeto de mejorar su condición.” Artículo 2.2 letra e) de la Resolución N° 344 del Ministerio de Salud que aprueba normas técnico médico y administrativas para el cumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966 y la aplicación del arancel de Régimen de Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de junio de 2005.

<sup>137</sup> Se define seguimiento como “la fase de vigilancia a que se somete un enfermo tratado por un problema de salud y en un determinado periodo”. Resolución N° 344. *ob.cit.*

<sup>138</sup> Artículo 1 N° 11 del Decreto Supremo N° 170. *ob. cit.*

## II. RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS EN SALUD (LEY N° 19.966)

---

teniendo en cuenta la información y recursos disponibles. “Implica recibir prestaciones y acciones que cumplan un conjunto de atributos técnicos que aumenten la probabilidad de obtener la resolución del problema y los resultados esperados, incluyendo la mayor satisfacción de los usuarios”<sup>139</sup>.

Para asegurar lo anterior, tal como se señala en el artículo 4 letra b) de la Ley N° 19.966, las prestaciones de salud garantizadas deberán ser otorgadas por prestadores registrados o acreditados, conforme a la Ley AUGE de Autoridad Sanitaria y Gestión, en la forma y condiciones que determine el Decreto de conformidad con el artículo 11. Como puede apreciarse, el legislador configura un mandato dirigido a la Administración, específicamente al Ministerio de Salud, para que éste regule la forma y condiciones de cómo deben otorgarse las prestaciones de salud.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto en el N° 2 del artículo 3 transitorio de la Ley AUGE, “la garantía explícita de calidad será exigible cuando entren en vigencia los sistemas de certificación, acreditación y registro de la Superintendencia de Salud (...)”, lo que todavía no se produce. En consecuencia, la exigibilidad de esta garantía se encuentra suspendida hasta que se regule dicha materia.

Es trascendental que esta materia sea regulada pronto, en caso contrario, podría ocurrir que con el objeto de cumplir con las demás garantías a un costo inferior, las prestaciones de salud no sean otorgadas conforme a los estándares de calidad apropiados. Al respecto, consta en el Informe de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados que el Presidente de CONFUSAM<sup>140</sup>, doctor Esteban Maturana señaló que, “La propuesta del gobierno supone un financiamiento especial para las prestaciones del sistema AUGE, hecho que se constituirá en un incentivo para que los administradores de centros asistenciales tiendan a privilegiar la atención a personas portadoras de problemas de salud contenidos en el Plan AUGE sometidos al régimen de Garantías Explícitas, relegando al resto, a lo menos a los problemas ya existentes como colas, listas de espera, escasez de insumos, etc”<sup>141</sup>.

En respuesta a lo anterior, el ex-Ministro de Salud, doctor Osvaldo Artaza, “(...) acotó que el régimen de garantías, a pesar del esfuerzo que conlleva, no terminará con las restricciones de la atención de salud, por lo que igualmente, se deberán aportar recursos para ser usados por los expertos, quienes obviamente, tendrán que fijar prioridades y, por tanto, restringir y racionalizar la atención”<sup>142</sup>. En consecuencia, podemos observar que no excluye la posibilidad de que efectivamente las patologías no-AUGE vean restringida

---

<sup>139</sup> MINISTERIO DE SALUD DE CHILE, Documento de trabajo propuesta al país Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma de la Salud. *ob. cit.* p. 3.

<sup>140</sup> Confederación Nacional de Funcionarios de la Salud Municipalizada.

<sup>141</sup> Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. *ob. cit.* p. 27.

<sup>142</sup> Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. *ob. cit.* p. 33.

su atención.

No obstante lo anterior, como ya señalamos, esta preocupación intentó ser mitigada mediante la introducción del artículo 3 de la Ley AUGE, el cual confiere al Ministerio de Salud la obligación de dictar las normas e instrucciones para la prestación de las patologías no-AUGE. Asimismo, esta idea se reafirma en su inciso final al prescribirse que dichas prestaciones "(...) no podrán sufrir menoscabo por el establecimiento y las sucesivas modificaciones de las Garantías Explícitas en Salud, sin perjuicio de las modificaciones fundadas en aspectos sanitarios, técnicos y administrativos que correspondan".

En todo caso, es preciso señalar que la idea del Plan AUGE no es sólo garantizar el otorgamiento de prestaciones de salud, sino que el otorgamiento de prestaciones de salud de calidad, esto es, de acuerdo a parámetros técnicos científicamente reconocidos como adecuados para el tratamiento de los problemas de salud y por médicos altamente capacitados para ello. Mientras dichos estándares no sean determinados de manera uniforme para todo el cuerpo médico, la forma como se traten las diversas patologías quedará al criterio personal de cada profesional.

Ahora, es importante mencionar que éste no era el principal problema del sistema de salud previo a la vigencia de la reforma. No obstante, si consideramos que con la reforma se establecen otras garantías con un contenido específico y un procedimiento para hacerlas exigibles, podría ocurrir que se sacrifique una atención de calidad con el objeto de darles cumplimiento, ya que frente a la eventual dificultad de observar todas las especificaciones legales, se preferirán aquellas cuyo contenido y sanción se encuentre preciso y regulado.

En el evento de que esto se produjera, la atención de los problemas de salud no se materializaría en una mejora sustancial del estado de salud de las personas y las pondría en una situación de indefensión.

Adicionalmente, la entrada en vigencia de la Garantía Explícita de calidad tiene especial importancia para efectos de posibles demandas de responsabilidad médica. Lo anterior, ya que ésta determina cuales son los estándares que los pacientes pueden exigir al momento de ser atendidos y, por ende, facilita la fundamentación de una eventual demanda de indemnización de perjuicios.

En vista de lo expuesto, consideramos que la reforma no estará completa hasta que no entren en vigencia los sistemas de certificación, acreditación y registro.

#### **4.2.3. Garantía Explícita de Oportunidad**

Esta garantía asegura que las prestaciones de salud sean otorgadas dentro de un plazo razonable. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4 letra c) de la Ley AUGE, el aludido artículo 11 del Decreto debe determinar el plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas.

Tomando en cuenta indicadores tales como la percepción de urgencia de las personas, los daños que podrían producir la demora en la atención, los problemas de salud y actividades preventivas declaradas prioritarias, se establece un tiempo máximo

de espera para las prestaciones de salud. En este sentido, la garantía de oportunidad se asocia al tipo de intervención sanitaria que se asegure, ya sea diagnóstico, tratamiento o seguimiento. Por ejemplo, en el caso de la Diabetes Mellitus Tipo 2<sup>143</sup>, el diagnóstico debe realizarse dentro de los 45 días contados desde la primera consulta con glicemia alterada, o dentro de los 90 días contados desde la derivación, si requiere, según indicación médica, atención de especialista; y el tratamiento, dentro de las 24 horas desde la confirmación diagnóstica.

Para los efectos de esta garantía, el artículo 11 del Decreto establece que los plazos de días que se señalen serán de días corridos y que en el evento de que el vencimiento se produzca en día sábado, domingo o festivo, el término se prorrogará hasta el día siguiente hábil, salvo situación de urgencia o emergencia.

En el evento de que el Servicio de Salud que corresponda, no pueda atender al paciente dentro del término máximo establecido por el Decreto, las personas tendrán la facultad de acudir a otro prestador distinto, ya sea público o privado, que forme parte de la red asistencial respectiva, para que se le atienda en el plazo dispuesto. Es por esto que la letra c) del artículo 4 del referido Decreto establece que el plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones, “considerará, a lo menos, el tiempo en que la prestación deberá ser otorgada por el prestador de salud que corresponda en primer lugar; el tiempo para ser atendido por un prestador distinto, designado por el Fonasa o Isapre, cuando no hubiere sido atendido por el primero; y, en defecto de los anteriores, el tiempo en que el prestador definido por la Superintendencia de Salud deba otorgar la prestación con cargo a las instituciones antes señaladas”.

Por otra parte, en consonancia con el principio general de derecho el cual dispone que “a lo imposible nadie está obligado”, la frase final de la letra c) del artículo 4 establece que: “No se entenderá que hay incumplimiento de la garantía en los casos de fuerza mayor, caso fortuito o que se deriven de causa imputable al beneficiario”.

Es curioso que sólo respecto de la Garantía Explícita de oportunidad se haya agregado esta frase, ya que sin duda el aseguramiento de las demás garantías se podría ver obstaculizado por razones de caso fortuito o fuerza mayor. Probablemente se incluyó en esta ubicación, porque esta garantía es la que estaba más ausente y la que posiblemente será más difícil de cumplir, por lo que es necesario explicitarlo para efectos de limitar futuros reclamos de responsabilidad.

En esta misma línea, el artículo 30 de la Ley AUGE establece que el cumplimiento de la Garantía Explícita de oportunidad puede suspenderse por el plazo máximo de un mes, si se producen las circunstancias señaladas por artículo 36 del Código Sanitario<sup>144</sup>, que en general se refiere a situaciones de emergencia sanitaria, plazo que podrá prorrogarse si se mantienen las situaciones contempladas.

<sup>143</sup> Artículo 1º N° 7 del Decreto Supremo N° 170. *ob cit.*

<sup>144</sup> Artículo 36 del Código Sanitario: Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia.

En suma, esta garantía asegura que los beneficiarios del sistema accedan a las prestaciones que les corresponda en el tiempo prescrito en el Decreto. Lo que se pretende es terminar con el problema de las eternas listas de espera en los servicios de salud públicos, que muchas veces impiden un oportuno acceso a la atención de la salud.

#### **4.2.4. Garantía Explícita de Protección Financiera**

Conforme a lo dispuesto por la letra d) del artículo 4 de la Ley AUGE, la Garantía Explícita de protección financiera es “la contribución que deberá efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones, la que deberá ser de un 20% del valor determinado en un arancel de referencia del régimen”. No obstante, se establece que el Fonasa deberá cubrir el valor total de las prestaciones, respecto de los grupos A y B de la Ley de Fonasa <sup>145</sup>, y que podrá ofrecer un mayor porcentaje de cobertura respecto de las personas pertenecientes al grupo C y D de la misma Ley. La mención que se hace al arancel de referencia del régimen, corresponde al que se determina en el Decreto respecto de cada prestación garantizada.

A mayor abundamiento, el Régimen General de Garantías en Salud, contempla una **cobertura financiera adicional**, que se encuentra regulada en el párrafo 2° del Título I de la Ley AUGE y en el Decreto Supremo N° 136 que aprueba Reglamento que establece normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966, publicado en el Diario Oficial con fecha 2 de septiembre de 2005, el cual por mandato del artículo 10 de la Ley AUGE, fija las normas para la adecuada aplicación de lo dispuesto en el citado párrafo, “(...) debiendo establecer, entre otras cosas, los supuestos de hecho que configuran un evento, el momento de inicio y término del mismo, las circunstancias en que una atención o conjunto de atenciones será considerada de urgencia vital, o generadora de una secuela funcional grave, la información que deberá registrarse como mínimo y los procedimientos que deberán cumplir los beneficiarios, los prestadores y el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional” <sup>146</sup>.

De acuerdo a la referida normativa, la protección financiera adicional consiste en que tanto los afiliados de Fonasa, como los de las Isapres tendrán derecho a que estos organismos financien el 100% de los copagos originados por enfermedades garantizadas por el Plan AUGE, en los casos en que dichos pagos superen un deducible determinado por la ley.

Se entiende por **deducible** la suma de los copagos efectuados en razón de prestaciones asociadas a las Garantías Explícitas de Salud, acumulados por un afiliado y los beneficiarios que de él dependan, por un periodo de 12 meses, contado desde que se registró el primer copago. El monto del deducible no es igual para todos los afiliados, sino que se diferencia por razones de capacidad contributiva.

<sup>145</sup> De acuerdo al artículo 29 de la Ley de Fonasa, los afiliados se clasifican en 4 grupos (A, B, C, D) en atención a su nivel de ingresos.

<sup>146</sup> Artículo 10 de Ley N° 19.966.

Si al cabo del periodo de 12 meses no se alcanza a completar el monto del deducible, los pagos efectuados no se acumulan para el siguiente periodo, reiniciándose el cómputo del deducible. Para estos efectos, no se contabilizan los copagos originados por prestaciones no cubiertas por las Garantías Explícitas de Salud o que, como regla general, estando cubiertas, hayan sido otorgadas fuera de la red asistencial o por prestadores distintos a los designados por las Isapres o Fonasa. Hace excepción a lo anterior, en primer lugar, cuando la Superintendencia de Salud designa un prestador distinto al de la red asistencial o al señalado por Fonasa o la Isapre en los casos en que se haya infringido la garantía de oportunidad (artículo 4 letra c de la Ley AUGE). En segundo lugar, cuando una condición de salud garantizada explícitamente implique urgencia vital o secuela funcional grave, y que, en consecuencia, requiera hospitalización inmediata e impostergable en un establecimiento diferente, si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 9 inciso 3° y siguientes de la Ley.

En suma, los beneficiarios del Plan AUGE nunca pagarán más del 20% del valor determinado en el arancel de referencia del régimen y además, tendrán derecho a que el Fonasa y las Isapres les financien el 100% de los copagos que excedan de cierto monto, determinado de acuerdo a su capacidad contributiva.

A modo de resumen, cabe citar al Diputado señor Fulvio Rossi, quien señaló en la discusión general del primer trámite constitucional de la tramitación de la ley que, “El AUGE termina con la incertidumbre y el temor frente a la enfermedad; termina con los cuatro grandes temores ciudadanos a saber: “Si me enfermo, ¿me atenderán? Eso es acceso. “Y si me atienden ¿cuándo?” Eso es oportunidad para doscientos mil pacientes que hoy están en lista de espera. “Y si me atienden a tiempo ¿la atención será de calidad?” Y si todo eso se cumple, ¿tendré que vender la casa, seré capaz de cancelar la deuda?” Eso es protección financiera”<sup>147</sup>.

### **4.3. Elaboración y determinación de las Garantías Explícitas en Salud**

---

La determinación de las Garantías Explícitas en Salud se sujeta al procedimiento establecido en el párrafo 3° de la Ley N° 19.966 y en el Decreto Supremo N° 121, que aprueba Reglamento que establece normas para la elaboración y determinación de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966, publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de agosto de 2005, el cual fue dictado en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 11 de la Ley AUGE.

**Las Garantías Explícitas en Salud, son elaboradas por el Ministerio de Salud, deben ser aprobadas por Decreto Supremo de dicho Ministerio y suscrito además, por el Ministro de Hacienda. El procedimiento considera como etapas más importantes las siguientes:**

La **primera etapa** consiste en que el Ministerio de Hacienda fija el marco presupuestario de los recursos disponibles para su financiamiento en el Fondo Nacional

---

<sup>147</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario Ley 19.966, Establece Régimen de Garantías de Salud. Sesión 34ª. *ob. cit.* p.39-40.

de Salud y el valor de la prima universal, que es el valor de referencia del régimen, lo que deberá corresponder a lo autorizado por la Ley de Presupuestos.

Con el objeto de determinar el valor de referencia del régimen, se establece cual es el costo probable de las prestaciones de salud asociadas a los problemas considerados prioritarios para la población. Para estos efectos, se construyen protocolos referenciales, los cuales contienen la especificación de los exámenes y tratamientos a los que debe someterse una persona en el evento de que presente una sospecha o confirmación de diagnóstico y su costo probable. De esta manera "(...) para cada patología se estableció una canasta, que contiene los exámenes y los procedimientos que requeriría cada enfermedad, en base a lo cual se determina el precio para cada canasta"<sup>148</sup>. Con todos estos datos, se estima el costo esperado promedio por año que significaría otorgar las prestaciones a los beneficiarios el Plan AUGE y a partir de esto, se fija un precio referencial, llamado prima universal.

Se entiende por **prima universal** el gasto esperado individual promedio del conjunto de beneficiarios del Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional asociado a las Garantías Explícitas en Salud, fijado en Unidades de Fomento (UF). La prima universal tiene el mismo valor para todos, independiente del sexo, edad o capacidad contributiva del beneficiario.

Tratándose de los afiliados a Fonasa, como regla general, dicha suma de dinero es extraída de las cotizaciones de los afiliados. En el caso de que una persona no alcance a cubrir su prima universal y la de sus cargas con su contribución vía cotización, el Estado aporta la diferencia. Lo mismo ocurre respecto de quienes se encuentran eximidos de cotizar para la salud, ya sea por indigencia o carencia de recursos.

Respecto de una Isapre, sus afiliados deben pagar la prima determinada por cada Isapre, la cual debe convenirse en términos claros e independientes del precio del Plan de Salud. No obstante, la Isapre puede asegurar las Garantías Explícitas en Salud con cargo a la cotización legal de salud que efectúa cada afiliado. Ahora bien, el Estado no realiza ninguna contribución monetaria para efectos de financiar las Garantías Explícitas de los afiliados a una Isapre, aún cuando su cotización no alcance para cubrir la prima universal y tenga menos renta que un cotizante de Fonasa

El valor de la prima está directamente relacionado con el número de problemas de salud asegurados con Garantías Explícitas, con los precios señalados para las prestaciones asociadas en los protocolos referenciales y la demanda de las acciones de salud.

El artículo 18 de la Ley AUGE puso un límite al cambio en el valor de dicha prima. Al respecto, se dispuso que "los cambios en el valor de la prima universal no podrán ser superiores a la variación experimentada por el Índice General Real de Remuneraciones por Hora, calculado por el Instituto Nacional de Estadísticas, o el que lo reemplace, entre el nonagésimo día anterior a la promulgación del decreto que contenga las Garantías Explícitas en Salud que se está modificando y el nonagésimo día anterior a la

<sup>148</sup> Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. *ob. cit.* p. 25.



promulgación del decreto que contenga la respectiva modificación”, regla que empezará a regir a partir del año 2008, cuando deje de tener aplicación el artículo 1 transitorio que se refiere al valor máximo que puede tener la prima universal durante los años 2005, 2006 y 2007.

En la **segunda etapa**, el Ministerio de Salud dicta una resolución mediante la cual se inicia el procedimiento de elaboración de las Garantías Explícitas. Para estos efectos, considera el desarrollo de diferentes estudios, la evidencia científica nacional y extranjera y la información proporcionada por el Fonasa y las Isapres, en la forma y condiciones que el Ministerio solicite. Lo anterior “(...) con el objeto de determinar un listado de prioridades en salud, esto es, la enumeración jerarquizada de los problemas de salud y las intervenciones asociadas a su resolución”<sup>149</sup>.

Para determinar los problemas de salud que constituirán Garantías Explícitas, de acuerdo a lo dispuesto por la frase final del artículo 14 de la Ley AUGE, “un reglamento establecerá las variables y el mecanismo que deberán utilizarse para la priorización”. Ese reglamento se encuentra contenido precisamente en el ya citado Decreto Supremo N° 121.

En concreto, se aplica una fórmula que se conoce como **algoritmo de priorización**<sup>150</sup>. Éste se encuentra compuesto por una serie de factores que al ponderarse con otras consideraciones permite determinar la lista de problemas prioritarios. La fórmula se aplica de la siguiente manera<sup>151</sup>:

En primer lugar, se determina la magnitud del problema de salud. Éste consiste en establecer el número de casos o el porcentaje de la población afectada por una determinada patología (prevalencia) y el total de nuevos casos por año (incidencia).

En segundo lugar, se determina la trascendencia o gravedad de la patología en base al índice “AVISA” (Años de Vida Saludables), construido por la Organización Mundial de la Salud y de forma paralela se incluyen consideraciones relativas a las preferencias de los usuarios, que no necesariamente se ven reflejadas en dicho índice. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con las prestaciones asociadas a la maternidad, las que no obstante no disminuir los años de vida saludables, es una condición de salud que la sociedad prefiere proteger.

En tercer lugar, se evalúa la efectividad probable de los tratamientos conocidos y disponibles para paliar el problema de salud. Para ello, se toma en cuenta: i) La eficacia comprobada de dichos tratamientos, que puede ser respecto de una patología alta, media

---

<sup>149</sup> Artículo 7 del Decreto Supremo N° 121 del Ministerio de Salud que aprueba Reglamento que establece normas para la elaboración y determinación de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de agosto de 2005.

<sup>150</sup> Más detalles en Anexo 2 de ARRAU Corominas, Fernando. Conceptualización del Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma. *ob. cit* p. 17.

<sup>151</sup> Anexo 2 de ARRAU Corominas, Fernando. Conceptualización del Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma. *ob. cit* p. 9-12.

o baja y, ii) La cobertura posible, que se vincula con la capacidad instalada por porcentaje de población y/o por territorio. En este sentido, la cobertura puede ser suficiente o insuficiente.

En este punto se hace el primer “corte”. Si una patología adquiere prioridad por los dos primeros componentes, es decir, afecta a un alto o ascendente porcentaje de la población y su tratamiento aumenta los años de vida saludables, y además se considera que los tratamientos tienen una efectividad alta o media y una oferta suficiente, se continúan ponderando los siguientes factores. En cambio, si su efectividad es baja o su cobertura es insuficiente, la enfermedad se considera no prioritaria y por ende seguirá siendo tratada de acuerdo a las condiciones de atención de la Ley de Fonasa.

En cuarto lugar, se evalúa la carga financiera que significaría para una familia el tratamiento de la enfermedad. Se vincula con las sumas que se deberán pagar para costearla. Los problemas de salud que podrían provocar un mayor gravamen para el presupuesto familiar, se consideran más prioritarias.

Teniendo en vista dichos estudios, y en especial el algoritmo de priorización, se identifican y ordenan los principales problemas de salud presentes en la población, ligándolos a acciones, ya sea de promoción y prevención o curativas que tiendan a revertirlos. Con ello, se construye un ordenamiento sanitario de parejas de problema-prestación y se confecciona una propuesta.

Durante la **tercera etapa**, se costean las acciones de salud. Aplicando el procedimiento establecido en el Párrafo 5° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 121, se calcula lo que se conoce como **costo esperado individual promedio pertinente** en relación a un beneficiario promedio para un periodo de 12 meses y el gasto total que implicará el Régimen para el mismo periodo de tiempo. Dicho valor se debe expresar en Unidades de Fomento.

Posteriormente, de acuerdo a lo establecido en el Párrafo 6° del referido Reglamento, la propuesta se somete a un proceso de verificación de costo por un consultor externo, a través de una licitación de un estudio convocado para tales efectos, dirigido y coordinado por el Ministerio de Salud. Esto es de trascendental importancia, ya que se pretende que el precio del Plan AUGE refleje el real y efectivo costo de las prestaciones de salud, con el objeto de evitar que se produzcan distorsiones en el sistema.

Las Garantías Explícitas en Salud no pueden generar un costo esperado por beneficiario promedio, estimado para un periodo de 12 meses, significativamente diferente al de la prima universal establecida por el Ministerio de Hacienda, por lo que se debe tomar en consideración este tema para la elaboración de la propuesta.

En la **cuarta etapa**, tomando en cuenta todos los datos anteriores, se concluye cuales son los problemas considerados como altamente prioritarios, se establecen Garantías Explícitas de acceso, de oportunidad, de calidad y financieras para ellos y se elabora la propuesta final.

Durante la **quinta etapa**, la propuesta es sometida a la consideración de un Consejo Consultivo, quien debe emitir opinión fundada sobre ella a través de un informe, en un

plazo no superior a 30 días contados desde la remisión de los antecedentes que correspondan. La importancia de esta etapa radica en que la determinación de las Garantías Explícitas responda a la elección de los problemas que realmente se consideran prioritarios para la población y no aquellos que le convenga a algún sector minoritario. Es por esto que se ha señalado que “en este Consejo deberían estar representados todos los actores interesados en una proporción que impida su captura por algún grupo de interés”<sup>152</sup>.

En la **sexta etapa**, cumplido el complejo procedimiento, los Ministerios de Salud y Hacienda elaboran el proyecto definitivo de Garantías, para cuyo efecto deben emitir un informe fundado de su decisión, donde se establecen las consideraciones que el Consejo señale, junto con los antecedentes sanitarios, económicos, sociales y financieros que se tuvieron en cuenta para su elaboración.

Finalmente, el procedimiento de formulación de las Garantías Explícitas en Salud termina con la dictación de un Decreto Supremo por el Presidente de la República, el cual debe ser suscrito, además, por los Ministros de Salud y Hacienda.

### 4.3.1. Consejo Consultivo

Expusimos con anterioridad que en el proceso de determinación de las Garantías Explícitas en Salud interviene un Consejo Consultivo. Éste órgano se encuentra regulado en el Párrafo 4° de la Ley AUGE y en el Decreto Supremo N° 69 del Ministerio de Salud, que establece normas para el funcionamiento del Consejo Consultivo a que se refiere la Ley N° 19.966, publicado en el Diario Oficial con fecha 8 de julio de 2005, el cual en cumplimiento del mandato contemplado en el artículo 22 inciso 4° de la referida Ley instituye “(...) lo relativo a su funcionamiento, quórum para sesionar y tomar acuerdos, las causales de inhabilidad o cesación en el cargo de consejero, y el plazo para recibir los antecedentes técnicos para proporcionar al Ministerio de Salud y para pronunciarse. Asimismo, (...) la forma en que el Consejo deberá recoger las opiniones del Fondo Nacional de Salud, de las Instituciones de Salud Previsional y de los prestadores de salud públicos y privados, las que deberá consignar en su informe”. A continuación haremos referencia a los aspectos de mayor relevancia del Consejo Consultivo regulados en la Ley AUGE y en el Reglamento aprobado por el referido Decreto Supremo.

El Consejo Consultivo es un órgano de carácter asesor y técnico, que tiene por objeto prestar asesoría y colaboración al Ministro de Salud en todas las materias relacionadas con el análisis, evaluación y revisión de las Garantías Explícitas en Salud<sup>153</sup>.

Se encuentra compuesto por nueve miembros, quienes deben ser de reconocida

---

<sup>152</sup> CASTRO F., Rodrigo. Análisis y comentarios al Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud –AUGE-, *Serie Informe Social*, (71), Libertad y Desarrollo, Octubre de 2002. p. 13.

<sup>153</sup> Artículo 20 de Ley N° 19.966 y artículo 1 del Decreto Supremo N° 69 del Ministerio de Salud que establece normas para el funcionamiento del Consejo Consultivo a que se refiere la Ley N° 19.966, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 8 de julio de 2005.

idoneidad en el campo de la medicina, salud pública, economía, bioética, derecho sanitario y disciplinas relacionadas. El artículo 21 de la Ley AUGE señala de qué organismos deben provenir y/o por quienes deben ser elegidos los integrantes del Consejo.

Los consejeros no son remunerados por el ejercicio de su función y duran 3 años en su cargo, pudiendo renovarse una vez su designación. Consideramos adecuado que la duración del cargo sea por 3 años, debido a que esto coincide con la modificación que puede sufrir el Decreto que establece las Garantías Explícitas en Salud. En este sentido, al variar la composición del Consejo, cambian los criterios para determinar la priorización de las patologías, permitiendo un mayor dinamismo en la determinación de las Garantías Explícitas. Asimismo, el hecho de que la designación pueda renovarse por una sola vez también ayuda a que exista mayor movilidad en el Consejo y, por ende, se mantenga una composición representativa de diversas opiniones.

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 22 de la Ley AUGE, el Consejo Consultivo tiene por función emitir una opinión fundada al Ministro de Salud sobre la propuesta de las patologías que se encontrarán cubiertas con Garantías Explícitas. Además, debe dar su opinión acerca de las materias que el Ministro de Salud le consulte. Para estos efectos, debe ajustar las indicaciones al marco presupuestario definido y contar con los estudios y antecedentes técnicos proporcionados por el Ministerio; se encuentra facultado para encargar otros antecedentes y estudios complementarios a los proporcionados, de acuerdo al presupuesto que se destine anualmente para ello. Además, conforme al artículo 29 del Reglamento, debe recabar las opiniones del Fonasa, de las Isapres y de los prestadores de salud públicos y privados que estime conveniente, debiendo consignarlas en su informe.

Ahora, en complemento a lo anterior, el artículo 11 del Reglamento prescribe que “corresponderá al Consejo Consultivo las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Analizar, evaluar, y revisar la propuesta de Garantías Explícitas en Salud.
- b) Emitir dentro del plazo de 30 días una opinión fundada a través de un informe, al Ministro de Salud sobre los contenidos de la propuesta de Garantías, proponiendo todas aquellas correcciones, modificaciones o indicaciones que estimare procedente.
- c) Absolver las consultas que le formule el Ministro de Salud en relación con las Garantías Explícitas en Salud, y además dar su opinión respecto de otras materias en que el Ministro pida su parecer”.

El Consejo es presidido por uno de sus miembros, quien es elegido y se rige de acuerdo a las disposiciones del Párrafo 3° del Reglamento.

El funcionamiento del Consejo es coordinado por una Secretaría Ejecutiva, cuya existencia y atribuciones se encuentran reguladas en el artículo 21 inciso 4° de la Ley AUGE y en el Párrafo 2° del Reglamento.

#### **4.4. Vigencia y modificación de las Garantías Explícitas**

---

Las Garantías Explícitas en Salud entraron en vigencia el 1 de Julio de 2005. Las

posteriores modificaciones que se produzcan, deberán entrar en vigencia el primer día del sexto mes siguiente al de su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, las modificaciones pueden entrar en vigencia antes del plazo señalado, cuando existan circunstancias calificadas y fundamentadas que así lo determinen.

Estas garantías deben ser revisadas y modificadas cada tres años, a menos que por circunstancias especiales, el Presidente de la República disponga fundadamente, por decreto supremo, la modificación antes de ese plazo. Si no se hubieren modificado al vencimiento del plazo de tres años, se entenderán prorrogadas por otros tres años. Ahora bien, las modificaciones deben efectuarse de acuerdo al mismo procedimiento y exigencias prescritas en la Ley AUGE para el establecimiento de las Garantías Explícitas.

La circunstancia de que las Garantías Explícitas sean revisadas cada tres años, contribuye a que frente a cambios en las condiciones epidemiológicas del país, exista una actualización en relación a los problemas de salud protegidos. Sin esta disposición, podría ocurrir que después de unos años las patologías garantizadas explícitamente no sean aquellas que se consideran prioritarias para la población.

### **4.5. Modelo de atención de las prestaciones cubiertas por las Garantías Explícitas de Salud**

---

Para estos efectos, es preciso distinguir entre el otorgamiento de las prestaciones cubiertas por el AUGE realizada por el Fonasa y el efectuado por las Isapres.

#### **4.5.1. Otorgamiento de prestaciones por Fonasa**

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 19.966 y el Título III del Decreto Supremo N° 136 del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento que establece normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías Explícitas en Salud a la que se refiere la Ley N° 19.966, las prestaciones incluidas en el Plan AUGE deben otorgarse a través de la Red de Prestadores de Fonasa, los cuales deben estar ubicados en el territorio nacional.

De acuerdo a lo dispuesto por el inciso 2° de artículo 2.2 de la Resolución N° 344 ya citada, “el Fonasa otorgará dichas prestaciones a través de la Red Asistencial de cada Servicio de Salud y con los demás prestadores que hubieren celebrado convenio para estos efectos con dicho organismo o con los Servicios de Salud”.

Para efectos de entender dónde deben otorgarse las prestaciones incluidas en el Plan AUGE, cabe hacer una breve referencia a la Ley de Autoridad Sanitaria y Gestión, la cual regula esta materia. El artículo 16 bis de dicha ley, permite entender qué se entiende por Red Asistencial, al describir cómo se encuentran constituidas. Al respecto, señala que “La Red Asistencial de cada servicio de salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenio con el Servicio de Salud respectivo”.

Podemos advertir que las Redes Asistenciales funcionan con una lógica territorial. La idea es que los beneficiarios de la Ley de Fonasa se atiendan en los establecimientos de salud ubicados en el territorio de su domicilio o lugar de trabajo. Asimismo, el citado artículo dispone que los establecimientos de salud de una Red Asistencial deben complementarse y colaborar entre sí, al igual que con la Red Asistencial de los demás servicios de salud, con el objeto de resolver adecuadamente las necesidades sanitarias de la población.

Por su parte, el artículo 16 ter de la referida Ley, organiza la Red Asistencial en dos niveles de atención, uno primario y uno secundario. El primario, esta compuesto por establecimientos que ejercen funciones asistenciales en un determinado territorio. El secundario, tiene como función principal recibir las derivaciones del primer nivel. De esta manera, el manejo de los recursos y la gestión de los establecimientos de salud funcionan de una manera más eficiente.

Ahora bien, para que los beneficiarios de la Ley N° 18.469 tengan derecho a las Garantías Explícitas de Salud, deben atenderse en la Red Asistencial que les corresponda, y acceder a través del sistema primario de salud. El artículo 29 Inciso 3 de Decreto N° 136 señala que “Se entiende como establecimientos asistenciales que les corresponda en atención primaria de salud, aquellos en los cuales el citado beneficiario se encuentre inscrito, y en caso de no estar inscrito, alguno de aquellos en que les corresponda inscribirse”.

Se exceptúa a lo anterior, los casos en que el beneficiario se encuentre en una situación de urgencia o emergencia, la que es calificada por el profesional de salud del servicio al que se acuda y cuando se encuentre siendo atendido dentro de la Red de Prestadores, en cualquier nivel distinto al primario, y durante dicha atención le sea diagnosticado un problema de salud incorporado a las garantías.

El modelo de atención aspira a que los beneficiarios del Plan AUGE accedan al sistema a través del nivel primario de salud, esto es, los consultorios. En estas instituciones, al paciente se le hace un diagnóstico inicial, a partir del cual, dependiendo de la gravedad del problema de salud y de la capacidad resolutive que tenga el consultorio, se decide si se le deriva a un hospital o a otro centro de salud acreditado. La idea es que el segundo nivel de atención, conformado por los hospitales y otros establecimientos resuelva principalmente derivaciones del primer nivel, que no puedan resolverse por éste y que a su vez privilegie las actividades ambulatorias.

Al respecto, el Doctor Hernán Sandoval, Secretario Ejecutivo de la Comisión de Reforma de la Salud, señaló que “(...) las patologías que están incluidas en el AUGE representan el 51% de los egresos hospitalarios. Si se logra influir, en la atención primaria, en aquellas patologías que, si son bien atendidas en ese nivel, el paciente no debería llegar al hospital, (...) lo que debería suceder es que se liberen recursos para atender las otras enfermedades no consideradas, con evidente beneficio para la comunidad”<sup>154</sup>. De esta manera, se produciría una descongestión de los hospitales y por

---

<sup>154</sup> Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. *ob. cit.* p. 16.

ende la posibilidad de otorgar una atención de salud más eficaz y eficiente. Como bien lo señaló el Diputado señor José Miguel Ortiz, “En definitiva, se propone una atención ordenada y eficiente”<sup>155</sup>.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley AUGE, los beneficiarios “podrán elegir, dentro del establecimiento en que deban ser atendidos, al profesional de su preferencia, siempre que ello permita cumplir con la garantía explícita de oportunidad”. No existiendo dicha disponibilidad, lo que será indicado por el Director del establecimiento, el beneficiario deberá atenderse con el profesional que se le asigne, ya sea en el mismo establecimiento o el que se le señale.

En el evento de que los beneficiarios de la Ley N° 18.469 decidan atenderse conforme a la modalidad de libre elección dispuesta por la misma ley, no regirán las Garantías Explícitas, ya que éstas sólo protegen a quienes se atiendan en la Red de Prestadores que corresponda. En este caso, serán cubiertos de acuerdo a las normas generales establecidas en la Ley de Fonasa para dicha modalidad.

### **4.5.2. Otorgamiento de prestaciones por las Isapres**

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley AUGE, los beneficiarios de la Isapres que presenten alguno de los problemas de salud cubiertos por las Garantías Explícitas, deben atenderse con alguno de los prestadores de salud que la Institución a la cual se encuentren afiliados haya designado para tales efectos, de acuerdo al plan de salud que hayan contratado.

Sin perjuicio de lo anterior, los beneficiarios pueden optar por atenderse conforme a las condiciones del plan complementario que hayan convenido con la Isapre, en cuyo evento, no regirán las Garantías Explícitas de la Ley AUGE.

## **5. Mecanismos para hacer exigibles las Garantías Explícitas en Salud**

Como hemos señalado, para observar una real concreción del derecho a la protección de la salud es necesario revisar qué mecanismos provee el legislador para hacer efectivo el cumplimiento de las Garantías Explícitas, y junto con ello ver cuáles son los procedimientos de reclamo pertinentes en caso de incumplimiento.

En primer lugar debemos identificar los sujetos que resultan involucrados en esta relación jurídica.

De este modo nos encontramos, por un lado, con los titulares de las referidas garantías que son los beneficiarios, mientras que por el otro, encontramos al Estado, sujeto sobre el cual recae en último término el mandato constitucional de protección a la

---

<sup>155</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario Ley 19.966, Establece Régimen de Garantías de Salud. Sesión 43ª de la Cámara de Diputados, miércoles 15 de enero de 2003. p. 45.

## **LA TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A PARTIR DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS**

salud, sin perjuicio de que dicha obligación se radique finalmente en el poder legislativo, quien es el encargado de darle contenido a la garantía constitucional a través de la dictación de la normativa pertinente.

En segundo lugar, y en relación a los instrumentos consagrados para hacer exigibles las Garantías Explícitas en salud nos encontramos, con un procedimiento de carácter administrativo que tendrá lugar ante las entidades de salud, que operan coordinadamente para dar una pronta respuesta a las inquietudes planteadas por los ciudadanos.

En tercer lugar, la Ley reguló el procedimiento de responsabilidad que se puede seguir por los particulares ante la justicia ordinaria, en caso de que el incumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud genere un daño reparable sólo por vía de indemnización de perjuicios.

Por último, la Ley instauró un nuevo mecanismo alternativo de solución de conflictos, más acorde con las características de los problemas que eventualmente puedan suscitarse en este ámbito, la mediación.

En este trabajo desarrollaremos solamente los procedimientos administrativos, ya que son los únicos que permiten a los particulares obtener la prestación misma en caso de incumplimiento de los prestadores de salud. Podemos apreciar que la responsabilidad y la mediación responden a una lógica diversa, ya que no atienden a la exigibilidad del derecho a la protección de la salud, sino a la reparación del daño causado.

En todo caso, es importante no confundir la oportunidad en que corresponde acudir a cada uno de estos mecanismos, ver como resultan de algún modo complementarios y tener ante todo claridad sobre el hecho de que se trata de instrumentos que responden a necesidades diversas.

Así tenemos que, cuando las personas persiguen el cumplimiento de la garantía misma (lo que claramente exige celeridad en el procedimiento), deberán concurrir ante un organismo de salud que cuenta con las facultades administrativas pertinentes para resolver, dentro del menor tiempo posible, el conflicto planteado. Este organismo cuenta con la competencia necesaria para coordinar las diversas entidades de salud involucradas y así poder derivar al paciente inmediatamente al centro de salud respectivo, otorgando una adecuada respuesta a la necesidad.

En cambio, cuando hablamos del procedimiento que se sigue ante la justicia ordinaria nos encontramos con una dinámica completamente distinta, ya que en este caso la pretensión de la persona es obtener el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia de la prestación u omisión de acciones de salud, lo que se obtendrá como resultado de un juicio de lato conocimiento. De esta forma lo que se persigue ya no es el cumplimiento de la garantía misma, sino la obtención de una prestación pecuniaria que logre dejar indemne a la víctima del daño.

Por último, como ya señalamos el tercer mecanismo de solución de controversias es la mediación. En este caso, lo que viene a hacer el legislador es consagrar un instrumento que se adecue a las particulares características de los conflictos que pueden presentarse, previendo un eventual aumento explosivo de demandas por negligencia médica, tratando de radicar el conflicto en personas más especializadas en los temas a



tratar y otorgando un mecanismo donde las partes asumen un rol protagónico en la resolución de la controversia.

Ahora, para poder desarrollar de una forma adecuada las diversas características y etapas del procedimiento administrativo, es preciso en primer término tener ciertos antecedentes generales a la vista.

### 5.1. Antecedentes generales

---

Previo a examinar el procedimiento administrativo en caso de incumplimiento, es preciso identificar el contenido de la obligación infringida consagrado en la Ley AUGE.

El primer antecedente que es necesario tener a la vista es que parece más adecuado hablar de **sistema de reclamación administrativo** y no de **procedimiento**, ya que está conformado por distintos procedimientos e involucra la aplicación de diversa normativa que excede los límites de la Ley N° 19.966, por lo que es necesario adoptar una visión integral que permita analizarlo como un todo, observando la relación existente entre las distintas disposiciones legales aplicables.

En segundo lugar, y en relación al derecho específico que consagra la Ley, como ya señalamos el artículo 2 inciso 2° señala que “Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o a las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”.

En esta disposición podemos identificar por un lado, el contenido del derecho, las Garantías Explícitas en Salud, y a la vez la correlativa obligación que éste impone y cuales son los sujetos que resultan obligados. Respecto a este último punto, la Ley se encarga de establecer expresamente dicha obligación en el inciso 1° “(...) El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios”.

De esta forma, y a modo de recapitulación, podemos señalar que la Ley viene a consagrar un vínculo jurídico específico entre estos sujetos, otorgando un derecho subjetivo que asiste a los beneficiarios de la Ley de Fonasa y de Isapres en virtud del cual podrán exigir el cumplimiento de una determinada prestación a las entidades que resulten obligadas.

Además de la consagración de la obligación en las disposiciones generales de la Ley, encontramos un párrafo especial referido a este tema, el Párrafo 6° del Título II que se titula “De la obligatoriedad en el otorgamiento de las Garantías Explícitas del Régimen General de Garantías en Salud”.

El artículo 24<sup>156</sup> viene a reiterar lo que ya ha sido señalado en las disposiciones generales, sin embargo no se trata de una repetición sin sentido, ya que lo que hace es retomar la idea de la obligatoriedad y conectarla con uno de los instrumentos que

---

<sup>156</sup> Artículo 24 de la Ley AUGE: El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán dar cumplimiento obligatorio a las Garantías Explícitas en Salud que contemple el régimen que regula esta ley para con sus respectivos beneficiarios.

contempla la Ley en caso de incumplimiento, el procedimiento administrativo ante la Superintendencia de Salud.

En tercer lugar, en relación al objeto de dicha obligación, es decir la prestación misma, esta consistiría en un hacer, ya que como señalamos anteriormente éstas son “otorgar acceso, calidad, oportunidad y protección financiera” a los beneficiarios.

Para conocer el contenido preciso de estas obligaciones es necesario remitirnos a lo ya expuesto respecto del contenido de las Garantías Explícitas en Salud. De esta manera podremos delimitar la obligación y, en particular la prestación específica que se ha incumplido, siendo este un punto esencial para nuestro análisis, ya que para hablar de una concreción del derecho a la protección de la salud los beneficiarios deben estar en condiciones de poder identificar qué es lo que pueden exigir de las instituciones de salud que resultan obligadas a efectuar las prestaciones y los métodos que contempla la Ley para subsanar dicha situación.

## **5.2. Sistema de Reclamación Administrativo**

---

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

El citado inciso es la única referencia directa que hace la Ley a la posibilidad que tienen los particulares de reclamar ante la Superintendencia de Salud en caso de incumplimiento.

De este modo, encontramos diversa normativa aplicable que en conjunto constituyen el sistema de reclamación administrativa, entre ella podemos citar: la Ley N° 19.937 de Autoridad Sanitaria y Gestión, la Circular N° 4 de la Superintendencia de Salud, que imparte instrucciones sobre tramitación de reclamos ante el Fondo Nacional de Salud e Instituciones de Salud Provisional de fecha 6 de mayo de 2005, la Circular N° 8 del mismo organismo, que imparte instrucciones sobre procedimiento de arbitraje para el conocimiento, tramitación y resolución de controversias que surjan entre las Instituciones de Salud Provisional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes y beneficiarios, de fecha 8 de julio de 2005, la Ley N° 18.469, el Decreto Ley N° 2.763, (que viene a ser modificado por la Ley N° 19.973), el Decreto Supremo N° 170 del Ministerio de Salud y obviamente la normativa en análisis, la Ley N° 19.966.

### **5.2.1. Principales organismos administrativos involucrados**

Para efectos de lograr una comprensión del sistema de reclamación es necesario tener presente la relación existente entre dos organismos superiores que son claves en la conformación de la red sanitaria: **El Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud.**

En primer lugar, el Ministerio de Salud de conformidad a lo establecido en el artículo 1 del Decreto Ley N° 2.763 <sup>157</sup>, es el encargado de ejercer la función que al Estado le corresponde como consecuencia del contenido de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política. Éste posee la calidad de organismo rector de todo el sistema y es el órgano superior jerárquico que debe coordinar la actividad de todos los organismos de salud involucrados.

La Ley N° 19.973 que establece la nueva legislación de Autoridad Sanitaria y Gestión, en su artículo 1, reemplaza el artículo 4 del referido Decreto Ley, entregando una nueva redacción a las funciones que corresponde ejercer a este Ministerio, entre ellas encontramos en el N° 7 aquella que consiste en “Formular, evaluar y actualizar el Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas, en adelante, también “Sistema AUGÉ”, el que incluye las acciones de salud pública y las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios de las leyes N° 18.469 y N° 18.933”.

La labor del Ministerio de Salud se desarrolla a lo largo del país a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, organismos que con la implementación de la reforma pasan a tener un importante desafío, consistente en una transformación estructural profunda que les permita actuar como los entes responsables de supervisar el cumplimiento de las políticas de salud y evaluar a las instituciones del sector sanitario que estén bajo su competencia.

En segundo lugar, el artículo 6 de la Ley N° 19.973 crea la Superintendencia de Salud y regula su funcionamiento a través de una Ley Orgánica. En el artículo 2 de la referida Ley se señalan como funciones de la Superintendencia, entre otras, la de supervigilar y controlar tanto a las Isapres como al Fonasa en el cumplimiento de las obligaciones que les impone el Régimen de Garantías en Salud.

El cumplimiento de sus funciones lo ejerce a través de dos organismos: La Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y la Intendencia de Prestadores de Salud.

El control del Régimen de Garantías Explícitas se encuentra radicado en el primero de estos organismos.

Como podemos apreciar, el sistema de reclamación administrativo no se encuentra regulado en una sola ley, sino que por el contrario, es necesario efectuar una ardua labor interpretativa de diversas disposiciones aplicables, que por lo demás tienen un origen temporal diverso (ya que convive tanto la antigua como la nueva legislación). Por eso, es necesario realizar una distinción al momento de analizar los diversos procedimientos existentes para poder comprender cual es el objeto de cada uno de ellos, los organismos ante los cuales se siguen y sus principales características.

### 5.2.2. Procedimientos de Reclamación

---

<sup>157</sup> Artículo 1 del Decreto Ley N° 2.763: Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla la presente ley, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

Al revisar la consagración legal de los mecanismos administrativos de reclamación, encontramos diversos procedimientos particulares dependiendo de la entidad ante la cual se presentan y el objeto de los respectivos reclamos, a saber:

- Procedimiento administrativo por incumplimiento de la Garantía Explícita de oportunidad, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto Supremo N° 170 del Ministerio de Salud que aprueba las Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud;

- Procedimiento administrativo para la tramitación de reclamos ante el Fonasa, aplicable para el incumplimiento de las Garantías Explícitas de acceso, financiamiento y calidad, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional que crea la Superintendencia de Salud, incluida en la Ley N° 19.937 (en adelante LOC) y la Circular N° 4 que imparte instrucciones sobre tramitación de reclamos ante el Fondo Nacional de Salud e Instituciones de Salud Previsional; y

- 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 y beneficiarios, de acuerdo con el artículo 8 de la LOC y la Circular N° 8 que lleva el mismo nombre.

Antes de adentrarnos a la explicación de los procedimientos en particular, cabe señalar que para recibir los reclamos por incumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud, se han implementado diversos mecanismos a través de los cuales se pretende obtener una solución rápida que provenga de la coordinación de los mismos servicios de salud.

Así encontramos que estos reclamos pueden ser presentados directamente por el paciente o por un tercero en representación del paciente, en los siguientes lugares <sup>158</sup> :

- en el establecimiento de salud respectivo,
- en las sucursales del Fonasa,
- a través del servicio de orientación telefónico de FONASA “Infolínea”, y
- a través de la página web del FONASA: [www.fonasa.cl](http://www.fonasa.cl).

El reclamo es ingresado a un sistema donde se registran los datos que permitan identificar si se trata o no de un reclamo AUGE y ver su correspondiente derivación al servicio de salud o Dirección Regional respectivo.

Lo que se pretende es implementar la estructuración necesaria para que exista un nivel de coordinación que permita desarrollar una labor conjunta de las distintas entidades sanitarias involucradas, de modo de poder otorgar una respuesta rápida al problema que se presenta.

### **5.2.2.1. Procedimiento administrativo por incumplimiento de la Garantía**

<sup>158</sup> MINISTERIO DE SALUD. Documento para la aplicación del Sistema AUGE en las Redes de Atención del Sistema Nacional de Servicios de Salud. Piloto AUGE 2004. p. 13. [en línea] <[http://www.bcn.cl/pags/home\\_page/ver\\_articulo\\_en\\_profundidad.php?id\\_destaca=240](http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=240)>

### **Explícita de oportunidad.**

El Decreto N° 170 consagra en su artículo 11 los pasos que debe seguir el particular en caso de que se verifique incumplimiento de la **garantía de oportunidad**.

Antes de entrar al análisis del procedimiento propiamente tal, corresponde destacar el enunciado de la citada norma “En los casos en que el prestador designado por el Fonasa o la Isapre no esté en condiciones de cumplir con la garantía de oportunidad por cualquier causa, se deberá seguir el siguiente procedimiento (...)”. Es interesante destacar la particular forma de redactar que utiliza el legislador en este caso, donde no se refiere expresamente al hecho de que se esté **incumpliendo las Garantías Explícitas**, sino que logra enfocar dicho incumplimiento desde la perspectiva del prestador señalando que **éste no este en condiciones de cumplir**.

Ahora, en relación al procedimiento propiamente tal, su desarrollo es el que expondremos a continuación.

El beneficiario debe concurrir ante el Fonasa o la Isapre, dentro de tercero día desde que tuvo conocimiento del incumplimiento, para que se le designe un nuevo prestador. Esta designación debe hacerse dentro de segundo día desde la recepción del reclamo, y el prestador que se designe debe tener similares características al designado originalmente. Para contar el nuevo plazo, se entenderá que éste es de 10 días desde que se efectuó la nueva designación, salvo que el plazo mismo de la garantía de oportunidad en ese caso en particular fuese menor, evento en el cual regirá este último.

Si el Fonasa o la Isapre no designan un nuevo prestador, o el que fue designado nuevamente incumple, el beneficiario deberá concurrir ante la Superintendencia de Salud, para lo cual tendrá un plazo de tres días desde que tuvo conocimiento de este incumplimiento.

La Superintendencia procederá a designar un nuevo prestador dentro de segundo día, plazo que se cuenta desde la comparecencia del beneficiario.

Designado el prestador, la garantía de oportunidad comprenderá un plazo de cinco días, salvo que el plazo original de dicha garantía en particular fuese menor, caso en el cual regirá este último.

Además, el legislador se preocupó de recalcar la idea de que se entenderá que no habrá incumplimiento si no se otorga la prestación como consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor o causa imputable al beneficiario, la que en todo caso debe ser acreditada por el Fonasa o la Isapre, reiterando la norma contenida en el artículo 4 de la Ley AUGE.

### **5.2.2.2. Procedimiento administrativo por incumplimiento de las Garantías Explícitas de acceso, financiamiento y calidad**

---

Cumpliendo el mandato legal contenido en el artículo 18 de la LOC <sup>159</sup>, la Superintendencia dictó con fecha 6 de mayo de 2005 la Circular N° 4 que imparte instrucciones sobre tramitación de reclamos ante el Fondo Nacional de Salud e Instituciones de Salud Previsional. Dicha Circular establece un procedimiento administrativo para cursar todos los reclamos ante el Fonasa y las Isapres. Debemos

entender que éste es el procedimiento de general aplicación para presentar los reclamos que correspondan, no existiendo uno especial.

Atendido a lo anterior, si consideramos que el ya citado Decreto N° 170 regula un procedimiento para efectos de cursar los reclamos provenientes del incumplimiento de la garantía de oportunidad, al no existir uno similar para la tramitación de los reclamos que tengan su origen en la vulneración de las demás garantías, debemos concluir que el establecido por la Circular N° 4 es el que se aplica.

Ahora bien, antes de explicar el procedimiento cabe hacer referencia a la definición de reclamo que contempla la Circular en su N° 1.1. Se señala que “se entenderá por: Reclamo: 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 la supervigilancia y control que le compete a la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud”.

De la definición anterior, se desprende que las partes son a) El afiliado, beneficiario, ex afiliado o ex beneficiario de la Ley N° 18.469 o N° 18.933, llamado “el reclamante” por la misma circular, y b) El Fonasa o la Isapre respectiva, llamados “entidad reclamada”.

Se debe tener presente que, para iniciar un procedimiento administrativo ante la Intendencia, es necesario interponer previamente el reclamo ante el Fonasa o la Isapre respectiva. En caso que se presente este reclamo sin agotar esta instancia previa, la Intendencia tiene la obligación de derivarlo a la entidad correspondiente.

El procedimiento comienza con la presentación del interesado de un reclamo formal que conste por escrito, no exigiéndose mayor formalidad en su presentación (puede enviarse por correo, fax, medios electrónicos o presentarse directamente en sus sucursales).

La entidad reclamada está obligada a responder fundadamente por escrito el reclamo presentado, pronunciándose sobre todas las cuestiones planteadas que sean de su competencia, cumpliendo los requisitos establecidos en el N° 2.4 de la Circular N° 4. El plazo para emitir respuesta es, por regla general, de 15 días hábiles contados desde el día hábil siguiente desde su recepción. En el evento de que deba requerirse antecedentes de terceros ajenos a la entidad reclamada y con los cuales no tengan convenios vigentes, el plazo se amplía a 30 días hábiles.

En caso de que la respuesta al reclamo no satisfaga la pretensión del afectado, el reclamante siempre puede concurrir a la Superintendencia con el objeto de revisar lo resuelto por la entidad reclamada. Para efectos de que ésta tome conocimiento de los

---

<sup>159</sup> Artículo 18 de LOC de Superintendencia de Salud contenida en la Ley N° 19.973: 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 Previsional 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, éste procederá a enviar el reclamo a quien corresponda. La Superintendencia fijará, a través de normas de general aplicación, el procedimiento que se seguirá en los casos señalados en el inciso anterior.

antecedentes del proceso, el expediente deberá remitirse dentro de 5 días hábiles.

**5.2.2.3. Procedimiento de arbitraje para el conocimiento, tramitación y resolución de controversias que surjan entre las Isapres o el Fonasa y sus cotizantes y beneficiarios**

El Párrafo 3° de la LOC de la Superintendencia de Salud regula un procedimiento de arbitraje aplicable para los casos en que se presente una controversia entre el Fonasa o las Isapres y sus cotizantes y beneficiarios.

Su artículo 8 circunscribe la aplicación del presente procedimiento a aquellas controversias que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la LOC también contempla la posibilidad de que el afiliado someta el conflicto a mediación o recurra a la justicia ordinaria.

El artículo 6, ubicado en el Párrafo 2° titulado “De la Supervigilancia y control del Régimen General de Garantías en Salud”, establece que a la Superintendencia le corresponde las funciones y atribuciones que en el mismo artículo se indican respecto de la supervigilancia y control del Régimen de Garantías en salud. En vista de lo anterior, aunque no se hace referencia explícita a la aplicación del presente procedimiento para las controversias que tengan origen en el incumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud, al ser éstas parte integrante del Régimen General de Garantías en Salud, debe interpretarse que es aplicable para los casos en que surjan controversias relativas a su incumplimiento.

El procedimiento de arbitraje se somete al conocimiento del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales, quien actúa en calidad de árbitro arbitrador debiendo sustanciarse de acuerdo a lo prescrito por la Circular N° 8 ya citada.

Este procedimiento se inicia con la recepción del reclamo o solicitud de arbitraje, el cual debe contener los requisitos del N° 2.1 de la Circular, so pena de que el árbitro no de curso al reclamo. Debe ser presentado en la oficina de la Superintendencia de Salud correspondiente al último domicilio que hubiere fijado el cotizante o beneficiario ante el Fonasa o la Isapre, sin perjuicio de que el incumplimiento de este requisito no afecte en caso alguno los derechos del reclamante.

Las partes pueden comparecer personalmente al procedimiento de arbitraje, sin necesidad de patrocinio de abogado.

Admitida la tramitación del reclamo, el tribunal ordenará ponerlo en conocimiento de la otra parte, otorgándole un plazo de 10 días hábiles para contestar, bajo apercibimiento de proseguir el procedimiento en su rebeldía. La contestación debe cumplir con las menciones indicadas en el N° 4.2 de la citada Circular N° 8.

En todo caso, si el tribunal lo estima conveniente en la misma resolución que admite a tramitación el reclamo, podrá citar a las partes a una audiencia de contestación, conciliación y prueba, sin perjuicio de que esta facultad perdura durante toda la tramitación de la causa.

## **LA TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A PARTIR DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS**

Evacuada la contestación del reclamo, si el tribunal considera que los hechos se encuentran acreditados, dictará sentencia. En caso contrario, decretará la recepción de la causa a prueba, para lo cual se abrirá un término probatorio de 20 días hábiles.

Existe una amplia libertad en cuanto a los medios de prueba, admitiéndose todos aquellos que se consideren aptos para producir fe, pudiendo el tribunal desechar de plano aquellos que considere improcedentes o inconducentes para la resolución de la controversia. En el evento de que proceda la declaración de testigos, la parte interesada deberá solicitarlo al tribunal durante los 5 primeros días del término probatorio.

Vencido el término probatorio, las partes pueden hacer observaciones a la prueba dentro de los 5 días siguientes. Transcurrido ese plazo, el juicio queda en estado de fallo, el proceso queda cerrado y finaliza la oportunidad de las partes para efectuar presentaciones o solicitar diligencias.

Si antes de la 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 puede oponerse si se vale de razones fundadas, dentro del plazo de 5 días.

El procedimiento termina con la dictación de la sentencia definitiva, la cual debe contener las menciones establecidas en el N° 6.3 de la Circular.

El Intendente es la autoridad competente para conocer de todo lo relacionado con el cumplimiento del fallo.

En contra de la sentencia definitiva dictada por el árbitro arbitrador, caben los siguientes recursos:

Recurso de aclaración, rectificación y enmienda.

Tiene por objeto que se enmiende o rectifique cualquier error numérico, de cálculo o copia, o se aclare algún concepto oscuro u omisión del fallo. El tribunal podrá acceder a dicha petición de plano o previo traslado de 3 días a la contraparte. En todo caso, dentro de los 5 días siguientes a su notificación, el tribunal podrá de oficio, aclarar, rectificar o enmendar la sentencia definitiva, otorgando un nuevo término para su cumplimiento si fuere procedente.

Recurso de reposición.

Este recurso deberá interponerse en el plazo fatal de 10 días hábiles contados desde la fecha de la notificación de la sentencia arbitral. El Intendente deberá dar traslado a la otra parte por el término de 5 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.

Recurso de apelación.

Se presenta ante el Superintendente de Salud, previa interposición del recurso de reposición. Se debe presentar dentro de 10 días hábiles siguientes a la notificación del fallo del recurso de reposición. Debe darse traslado del recurso a la otra parte por el plazo de 5 días hábiles, luego del cual el Superintendente debe pronunciarse sobre el recurso, dentro del plazo de 30 días hábiles. Con todo, se podrá declarar inadmisibile la apelación,



---

si esta se limita a reiterar los argumentos esgrimidos en la reposición.



# III. ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.966 COMO TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En el marco teórico desarrollado en el Capítulo I expusimos que existen diversos mecanismos para procurar la tutela de los derechos fundamentales. Entre ellos mencionamos, por una parte, garantías de carácter tan general como son los principios de separación de poderes y el Estado de Derecho y, por otra, garantías de carácter más específico, como las garantías de control y fiscalización, de interpretación, de regulación y judicial.

Normalmente, el enfoque de la tutela de los derechos fundamentales se centra en su justiciabilidad, esto es, en la posibilidad de hacer exigibles los derechos por medio de acciones presentadas ante órganos jurisdiccionales. Sin embargo, como hemos ido constatando, existen otras garantías, que adquieren mayor relevancia en atención a la lógica del derecho objeto de análisis.

El derecho a la protección de la salud tiene la particularidad de ser un derecho social. Como tal, con su sola consagración a nivel constitucional, no adquiere operatividad, sino que requiere de la intervención legislativa para que se desarrolle su contenido y se regulen los medios que permitan hacerlo exigible. Así vemos, que la Constitución

## LA TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A PARTIR DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS

establece en su artículo 19 N° 9 que el Estado debe proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, que tiene el deber de garantizar la ejecución de éstas y que le corresponde también una labor de coordinación y control de las mismas. Empero, no establece cómo deben llevarse a cabo estos deberes, sino que sólo señala que **la forma y condiciones** en que se ejecutarán cada una de estas funciones quedaran entregadas al desarrollo legislativo.

En este sentido, cobra gran relevancia la garantía regulatoria como medio de protección, que como ya vimos, tiene por objeto velar que, en el proceso de formulación de la ley que desarrolla el contenido del derecho constitucional, se cumplan una serie de requisitos que aseguren su tutela, entre ellos, el principio de la reserva legal.

En cambio, el análisis de la garantía judicial de este derecho no adquiere un papel trascendental a nivel constitucional, ya que sin la determinación del contenido del derecho a nivel legal, no es posible hacerlo justiciable. Sumado a lo anterior, como dijimos que en nuestro ordenamiento jurídico la acción de protección sólo procede respecto del inciso final del artículo 19 N° 9, que consagra el derecho a elegir el sistema de salud que cada persona desee acogerse, el cual opera con una lógica muy distinta al resto del contenido esencial del derecho consagrado en nuestra Constitución.

En vista de lo expuesto, es necesario recalcar que para poder hablar de una concreción efectiva del derecho a la protección de la salud, es menester que a nivel legal se desarrolle tanto el contenido del derecho como los mecanismos que permitan hacerlo exigible, razón por la cual dicho nivel adquiere gran relevancia en el cumplimiento de la garantía judicial.

Por ello es que, tratándose de este derecho, el cumplimiento de los elementos del principio de la reserva de ley es muy importante, ya que la efectividad del derecho constitucional va a depender en gran medida del desarrollo legislativo con que cuente. Esto no quiere decir que este derecho carezca del poder vinculante que todo derecho fundamental posee, sino que, en este caso, el legislador es el encargado de otorgarle mayor fuerza.

En el caso en análisis, el legislador desarrolla el derecho a la protección de la salud, en cumplimiento al mandato constitucional del artículo 19 N° 9, a través de la dictación de la Ley AUGE.

Atendido a la relevancia de la garantía de la reserva de ley cuando se trata de un derecho social, examinaremos cómo se configura el principio de la reserva de ley en relación al referido derecho y analizaremos si el legislador dio cumplimiento a sus elementos en la dictación de la referida normativa.

Como vimos en el Capítulo I, existen una serie de elementos que configuran la reserva legal y que concurren en mayor o en menor medida otorgándole una estructura determinada al mandato constitucional.

Es preciso revisar cómo estos confluyen, tanto a nivel constitucional como a nivel legal en el desarrollo del derecho a la protección de la salud, para luego analizar su contribución en la tutela de este derecho.

## 1. Elementos de la reserva de ley en la remisión del artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República a la Ley N° 19.966

En primer lugar, revisaremos detalladamente la forma en que el constituyente consagró el mandato dirigido al legislador para desarrollar el derecho a la protección de la salud.

Para estos efectos, utilizaremos el esquema de análisis desarrollado en el Capítulo I del presente trabajo y verificaremos si se dio cumplimiento a los requisitos que establece el principio de la reserva legal, a saber, el mandato constitucional de reserva, la obligación constitucional, el contenido material de la reserva legal y la cobertura legal previa.

Respecto del elemento de la obligación constitucional, revisaremos, específicamente, si se configuró una omisión por parte del legislador y cómo opera la Constitución frente a este elemento, y en relación con el contenido material de la reserva legal, analizaremos tanto los requisitos específicos como los generales de la reserva legal..

Mandato constitucional de reserva:

Este elemento provee los medios para determinar el alcance del mandato que el legislador recibe del constituyente. Para ello, es preciso revisar, por un lado, como concurren las diversas condicionantes que determinan la estructura de dicho mandato y, por otro, la forma y tipo de reserva de que se trata.

Como ya hemos señalado, la reserva legal del derecho a la protección de la salud se encuentra consagrada en el inciso 4° del artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental, el cual establece:

“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 (énfasis añadido)”.

La Constitución Política encomienda al legislador en dicho precepto el desarrollo del contenido del derecho a la protección de la salud. Para ello, la disposición constitucional se encarga de consagrar la esencia del referido derecho y los lineamientos generales que el legislador deberá seguir al momento de cumplir con el referido mandato, a saber:

- Se consagra la “protección de la salud” no un “derecho a la salud”, lo que manifiesta el carácter social y programático del derecho (inciso 1°);
- Se establecen dos principios básicos que deben informar toda la normativa en materia sanitaria: La libertad y la igualdad (inciso 2°);
- Se señalan los objetivos a que deben atender las acciones de salud: la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de los individuos (inciso 2°);
- Se asegura una adecuada coordinación y control de los organismos involucrados

en el cumplimiento de la ejecución de las acciones de salud, a través de la gestión estatal (inciso 3°);

- Se destaca la labor conjunta tanto de instituciones públicas como privadas en la ejecución de dichas acciones (inciso 4°);

- Se hace alusión a un aspecto fundamental del desarrollo del derecho social en comento, señalando que para efectos de su financiamiento, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias (inciso 4°), y;

- Se destaca la existencia de un sistema mixto de salud -público y privado- consagrando el derecho de los individuos a acogerse al sistema que deseen (inciso 5°).

En relación a las **condicionantes externas** podemos señalar que, como comentamos, en este caso la labor que se encomienda al legislador consiste en regular la ejecución de las acciones de salud, por ende, podemos identificarla dentro del tipo de reservas denominadas “regulatorias”, que se caracterizan por otorgar amplias facultades al legislador y que permitan lograr un adecuado desarrollo del derecho.

Además, es el propio constituyente el que se encarga de señalar el rango de la ley llamada a regular determinada materia. En este caso, al no establecerse exigencias especiales, debemos entender que la reserva se remite a una ley ordinaria.

El constituyente debe tener presente una serie de consideraciones al momento de definir el tipo de ley que va a regular cierta materia. En este caso, al tratarse de un derecho social, donde su efectividad va a estar sujeta a decisiones de carácter político y donde diversos factores exigen que se pueda modificar constantemente su contenido para adecuarse a las distintas necesidades que debe satisfacer, una ley ordinaria parece lo más apropiado para desarrollar su contenido. Debido a que, por un lado, se asegura la vigencia de la esencia del derecho -al encontrarse consagrada a nivel constitucional y resguardada por una serie de garantías-, y por otro, permite una mayor flexibilidad para su modificación (al requerir para su aprobación sólo mayoría simple de los parlamentarios).

Respecto a las **condicionantes internas**, los términos precisos utilizados por el constituyente en la reserva determinan el ámbito de acción del legislador. De la redacción de la disposición constitucional se desprende que dichas condicionantes son “la forma y condiciones” en que se ejecutarán las acciones de salud. Con esto se establecen los límites que el legislador deberá respetar al momento de dictar la regulación pertinente.

El último factor que configura el alcance del mandato se relaciona con la consagración de los derechos humanos en los tratados internacionales.

Como ya señalamos, García entiende que, como los derechos consagrados en los tratados internacionales tienen una jerarquía suprallegal, éstos contienen un mandato dirigido al legislador que viene a complementar el mandato del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Cuando revisamos la consagración normativa del derecho a la protección de la salud, hicimos referencia a los principales tratados internacionales que regulan esta materia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador. De esta forma, debemos entender que en cada uno de estos tratados existe un

expreso mandato al legislador para regular el derecho objeto de nuestro estudio.

Al revisar la preceptiva internacional podemos observar que, en general, las disposiciones que consagran los distintos derechos fundamentales no contienen expresiones que podamos identificar como un mandato expreso al legislador para que regule cada uno de estos derechos.

Sin embargo, dicho mandato se encuentra implícito en la exigencia impuesta a los Estados Partes de crear las condiciones para el efectivo ejercicio de los derechos contenidos en estos cuerpos normativos y en la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para su adecuada implementación.

Así tenemos que, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el Protocolo de San Salvador, se utilizó la misma técnica normativa. En el primer numeral se consagra el derecho específicamente protegido, y bajo el segundo numeral se señalan una serie de medidas que vienen a consagrar un conjunto de condiciones mínimas exigidas, que los Estados Partes deben comprometerse a cumplir para asegurar la plena efectividad del derecho.

Obligación constitucional:

A través de este elemento se pretende realzar la obligatoriedad que subyace en la reserva legal. Corresponde revisar si el legislador dio fiel cumplimiento a su obligación de desarrollar el derecho contenido en el mandato constitucional. Lo anterior será analizado desde dos puntos de vista, uno negativo, consistente en verificar si existe alguna omisión por parte del legislador, y uno positivo, consistente en la aplicación directa de la Constitución, donde revisaremos cual es la solución adecuada en caso de encontrarnos frente a una omisión total o parcial del legislador. Para ello analizaremos si concurren los supuestos desarrollados en el Capítulo I.

Respecto de la **omisión del legislador**:

i) Privación del legítimo ejercicio de un derecho:

Tratándose del derecho a la protección de la salud es difícil hablar de la privación del legítimo ejercicio de un derecho que cause daño, ya que en este caso, como hemos enfatizado varias veces, lo que se garantiza no es el derecho a la salud, sino que la protección de la salud.

Esto implica que, cuando una persona sufre daño como consecuencia del padecimiento de una enfermedad no nos encontramos necesariamente en la privación de este derecho, para ello debemos ver si se cumplió o no con la obligación de proveer todas las condiciones posibles para evitar o recuperar su estado de salud, pero la circunstancia de que a pesar de todo, igualmente se encuentre desprovista de salud forma parte de la naturaleza intrínseca de este derecho. Lo anterior, responde al hecho de que el derecho a la protección de la salud impone una obligación de medios y no de resultados.

La privación en este caso, estaría dada por la imposibilidad de ejercer este derecho por falta de legislación que la regule, en el sentido de no encontrarse desarrollado su contenido preciso, ni quienes son las personas que resultan obligadas a proveer las condiciones necesarias para lograr su efectividad, cuáles son los mecanismos para

acceder al goce de los beneficios que contempla o la inexistencia de instrumentos que permitan hacerlos exigibles en caso de incumplimiento.

De esta forma, podemos concluir que en este caso no existe una privación por parte del legislador del ejercicio legítimo del derecho a la protección de la salud, ya que a través de la dictación de la Ley AUGE, ha dado cumplimiento a la labor encomendada. Ahora, si ese desarrollo legislativo fue el más adecuado o no, forma parte de un debate distinto.

ii) Relación de causalidad:

El segundo supuesto se encuentra estrechamente vinculado al anterior, ya que si no podemos configurar claramente una privación del ejercicio del derecho que cause daño, difícilmente podremos constatar la existencia de una relación de causalidad entre dicho daño y los actos u omisiones ejecutados por los obligados a cumplir la reserva.

Además, cabe tener presente que los daños que padecen las personas en el ámbito de la salud comúnmente se deben a otro tipo de factores que responden a ámbitos distintos, como por ejemplo accidentes, condiciones de alimentación, falta de recursos en el sistema de salud, etc.

En definitiva, no podemos afirmar que exista un daño porque el legislador ha cumplido la tarea de regular el derecho objeto de nuestro estudio y, más aún, ha ido adecuando la legislación sanitaria de conformidad a la realidad existente.

iii) Arbitrariedad:

En atención al desarrollo de los puntos anteriores, este supuesto no requiere mayor explicación. Claramente no existe una omisión arbitraria del legislador, simplemente porque no se configuran los dos elementos anteriores.

Respecto de la **aplicación directa de la Constitución**:

En relación a cómo opera la Carta Fundamental frente a la obligación constitucional de la reserva legal, es preciso preguntarnos qué podemos hacer si nos encontramos frente al problema de la omisión por parte del legislador, ya sea ésta de carácter total o parcial. Así es como el autor nos plantea el tema de la aplicación directa de la Constitución.

En este caso, estaríamos hablando en concreto de la posibilidad de concurrir ante la justicia ordinaria invocando la aplicación directa del artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental y de las disposiciones internacionales correspondientes que contemplan el derecho a la protección de la salud, sin perjuicio de la inexistencia de un desarrollo legislativo particular sobre la materia.

A pesar de que no podemos desconocer la fuerza vinculante de la Constitución y, por ende, la aplicación directa de sus disposiciones, no se encuentra exento de problemas afirmar que cualquier persona pueda concurrir a tribunales a reclamar la falta en que ha incurrido el legislador al desarrollar el contenido del derecho a la protección de la salud. Esto, porque no es plausible que el Órgano Judicial interfiera en la labor legislativa de esta manera, imponiendo al legislador la dictación o una eventual modificación de la ley, en especial tomando en consideración el respaldo con que cuenta éste órgano al actuar



como representante de la soberanía popular. Menos plausible aún sería que el Órgano Judicial entre a desarrollar materias que se encuentran dentro del ámbito constitucional reservado, a través de la dictación de jurisprudencia reiterada, puesto que ello atentaría contra la lógica misma del principio de la reserva legal.

Lo anterior no significa, sin embargo, que se desconozca la existencia del derecho por no contar con el desarrollo normativo encomendado al legislador. En cambio, lo que se cuestiona es si existen mecanismos en nuestro ordenamiento jurídico para obligar al legislador a cumplir con el desarrollo de los derechos consagrados a nivel Constitucional.

De esta forma, para ser consecuentes con el principio de la división de poderes del Estado y con los fundamentos expuestos en torno al por qué es la ley la llamada a desarrollar la reserva legal y no otro instrumento, es preciso concluir que dicha obligatoriedad sólo puede ser controlada por una decisión política, en el sentido de que las mismas personas que elijen a los representantes que se encuentran llamados a legislar, sean las que den un voto de censura a aquellos que no han cumplido con dicha labor.

Contenido material de la reserva legal:

Corresponde revisar si las materias encomendadas a ser desarrolladas por el legislador en virtud del mandato contenido en el artículo 19 N° 9 de la Constitución fueron desarrolladas. Para estos efectos, analizaremos si en la Ley AUGE se regularon todos aquellos aspectos que la Constitución ordena y verificaremos si el legislador delegó la regulación de ciertas materias en el Administrador, sin dar cumplimiento a los requisitos básicos que el principio de la reserva legal impone.

Para estos efectos, en primer lugar analizaremos los requisitos específicos de la reserva legal contenidos en el artículo 19 N° 9 de la Constitución. De esta manera, veremos la delimitación del contenido de la Ley, la forma y las condiciones como se ejecutarán las acciones de salud, los sujetos que resultan obligados a proveer los medios para el goce de las acciones y los mecanismos que permitan hacerlas exigibles. En segundo lugar, analizaremos los requisitos generales de la reserva legal contenidos en diversas disposiciones constitucionales.

i) Requisitos específicos de la reserva legal

Con respecto al **contenido**, la Ley AUGE consagra en su artículo 1 el Régimen General de Garantías en Salud a través del cual, se ejecutan las acciones de salud a que se refiere la Constitución. Sin perjuicio, el mismo precepto establece expresamente que éste es parte integrante del denominado Régimen de Prestaciones en Salud, por lo que debe entenderse que lo complementa.

Asimismo, la referida Ley se encarga de señalar el contenido preciso del Régimen General de Garantías en Salud. Por un lado, especifica que el objeto de regulación son las Garantías Explícitas en Salud, respecto de lo cual señala que son cuatro: acceso, oportunidad, calidad y protección financiera. Por otro lado, dispone que a través de este Régimen se establecerán las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo dirigidas a mantener un estado de salud óptimo de los individuos. Cabe destacar la similitud en la redacción utilizada por el legislador y el

constituyente al referirse a las prestaciones, en el artículo 1 de la Ley AUGE y en el inciso 2 del artículo 19 N° 9 de la Constitución.

De esta forma, podemos constatar que el legislador cumple con señalar el contenido preciso de la legislación, ciñéndose a lo establecido por el mandato constitucional.

En relación a la **forma** de cómo se van a ejecutar las acciones de salud, vemos que la Ley AUGE regula los siguientes aspectos:

- Enfatiza la forma en que se va a llevar a cabo la ejecución de las acciones de salud, a través de un sistema compuesto por instituciones públicas y privadas, señalando cuales son las exigencias y como operan las Garantías Explícitas en Salud en cada uno de ellos (artículo 2, artículo 24 y siguientes);

- Consagra en términos generales la forma en que los particulares pueden acceder al Sistema de Garantías Explícitas en Salud, para lo cual, los beneficiarios deben dar cumplimiento a una serie de exigencias, como por ejemplo, acceder a través del organismo de la Red Asistencial que corresponda (artículo 25). La regulación de los aspectos más específicos, fueron delegados a la Administración;

- Se refiere a la forma de financiamiento del Régimen, utilizando un modelo mixto, donde hay un aporte estatal y particular, en atención al nivel de ingresos de los beneficiarios (artículo 4, artículo 5 y siguientes).

En atención a las **condiciones** en que deben ser ejecutadas las acciones de salud, podemos observar que la Ley contiene diversas disposiciones que configuran un marco general, delegando su regulación específica a la Administración.

Así nos encontramos con que la Ley dispone que las patologías garantizadas están asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud, por lo que sólo un número acotado de patologías se encuentran protegidas por las Garantías Explícitas en Salud. La elección de las patologías protegidas, se hace en atención a criterios generales, tales como enfermedad, sexo y grupo de edad (artículo 2 inciso 1° y 3°). Los criterios que determinan la protección explícita de ciertos problemas de salud específicos se encuentran regulados por medio de instrumentos de rango reglamentario.

De esta forma, podemos observar que las condiciones específicas como deben ejecutarse las Garantías Explícitas en Salud se encuentran reguladas en normas de rango inferior al legal. Respecto de esto, surge la pregunta relativa a si el principio de reserva legal admite que la Ley delegue las condiciones bajo las cuales se ejercerán las acciones de salud a la colaboración reglamentaria, sobre todo si tenemos en cuenta que la Constitución estableció expresamente la reserva de este tema a favor del legislador.

Como señalamos con anterioridad, nos parece conveniente que el legislador remita ciertos aspectos de la regulación a dicha colaboración, siempre que lo haga cumpliendo ciertos requisitos. La respuesta relativa a si el legislador cumplió o no dichos elementos, la encontraremos en el siguiente acápite, donde analizaremos el cumplimiento de los requisitos de la colaboración reglamentaria.

En vista de lo anterior, podemos concluir que el legislador ha dado cumplimiento al requisito que le impone el principio de la reserva legal, en orden a consagrar un contenido

mínimo de la ley que desarrolle el derecho a la protección de la salud, ciñéndose a los parámetros generales contenidos en la Constitución Política. Esto permite que las personas tengan la posibilidad de saber con exactitud qué es a lo que tienen derecho.

Con respecto a los **organismos que resultan obligados** a proveer las condiciones necesarias que permitan el efectivo goce del derecho en cuestión, la Ley AUGE señala expresamente que los sujetos que resultan obligados a cumplir con el otorgamiento de las Garantías Explícitas son el Fonasa, las Isapres y la Superintendencia de Salud, éste último cuando los primeros incumplan su deber (artículo 2 inciso 2° y artículo 24 de la Ley).

Por tanto, podemos concluir que el legislador también ha cumplido con este requisito de la reserva legal.

En último término, es preciso revisar si el legislador consagró **los mecanismos para hacer efectivo este derecho**.

Como vimos en el Capítulo II, la Ley AUGE no consagra los procedimientos a través de los cuales los particulares puedan exigir el cumplimiento de las Garantías Explícitas. Tampoco contempla una norma de remisión que regule completamente esta materia, ya que sólo el artículo 29 inciso 2° se remite a la Administración para que regule los mecanismos para hacer exigible la Garantía Explícita de oportunidad cuando no ha sido otorgada. Respecto del resto de las garantías no se hace alusión alguna.

En virtud del mandato constitucional el legislador se encuentra obligado a regular los mecanismos para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, sin perjuicio de que pueda remitirlo a la regulación administrativa siempre que cumpla con los requisitos para efectuar dicha delegación. Estos mecanismos en definitiva se encuentran contenidos en otras fuentes normativas, tal como vimos en el Capítulo II, lo que no sería problemático si existiera en la Ley AUGE una norma de remisión adecuada a esta normativa. Por ello, la referida Ley no se basta a sí misma, ya que al momento de revisarla y preguntarnos por el derecho vigente que regula el Régimen General de Garantías en Salud, no se obtiene una respuesta satisfactoria.

Es en este último punto donde el legislador no da cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental, y donde se configura la principal falencia en la consagración normativa de la nueva Ley.

ii) Requisitos generales de la reserva legal

Como se expuso en el Capítulo I, existe una serie de requisitos que derivan de diversas disposiciones constitucionales.

La Ley AUGE, cumpliendo lo establecido en el artículo 60 N° 20 de la Carta Fundamental, es una norma de carácter general, atendido a que se aplica respecto de todos los beneficiarios de la Ley de Fonasa y de la Ley de Isapres, además de ser obligatoria, lo que se destaca en el Párrafo 6° del Título I de la Ley el que consagra la obligatoriedad de las Garantías Explícitas.

Así también, la consagración normativa que efectúa la Ley AUGE tiene presente la finalidad general que ha impuesto la Constitución en los artículos 1 y 5, consistente en que las leyes estén al servicio de la persona humana y que por medio de éstas se persiga

promover el bien común.

La última exigencia que debe cumplir el legislador, dice relación con la cláusula contenida en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, la cual ha sido denominada por el autor en comentario como **principio de la esencialidad**.

Revisemos los requerimientos que ha de cumplir la Ley AUGE en virtud de este principio.

En primer lugar, la Ley debe ser suficiente por sí sola y debe extenderse a todos los puntos reseñados en el mandato constitucional. Como ya esbozamos, la Ley AUGE no cumple a cabalidad con esta exigencia, ya que hay un aspecto esencial que se omite, referido a los mecanismos para hacer exigibles las Garantías Explícitas.

En la Ley AUGE no existe ninguna disposición donde claramente se establezca qué hacer en caso de que no se cumpla alguna de las Garantías Explícitas, el legislador sólo se preocupó de señalar cuales son los organismos obligados a otorgar el cumplimiento de éstas, pero la remisión que hace al Administrador para efectos de regular las condiciones bajo las cuales se van a prestar las aludidas garantías, es deficiente.

Por último, el desarrollo legislativo de estos mecanismos resulta esencial a la hora de preguntarnos por la efectividad práctica de este derecho, sobre todo tomando en consideración que se trata de un derecho social que encuentra supeditado su desarrollo a decisiones de carácter político y cuyo ejercicio resulta esencial para poder gozar de otros derechos fundamentales.

Cobertura legal previa:

Como expusimos en el Capítulo I, además de la habilitación genérica que subyace en la Constitución a partir de los artículos 6 y 7, el legislador requiere una específica cobertura legal previa que le otorgue la competencia correspondiente para abocarse al desarrollo legislativo de una materia constitucional reservada.

En el caso del derecho a la protección de la salud, la reserva contenida en el artículo 19 N° 9 simplemente se limita a decir “en la forma y condiciones que determine la ley”. Es ahí donde encontramos la cobertura legal previa que habilita al legislador para regular el derecho en comentario.

A modo de conclusión, podemos señalar que en general, el desarrollo del mandato contenido en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política que efectúa el legislador a través de la Ley N° 19.966, ha cumplido con los requisitos que el principio de la reserva legal impone. Y en este sentido, podemos constatar un avance en materia de salud en nuestro país, ya que era imperioso contar con una normativa que le diera contenido preciso al derecho a la protección de la salud.

Sin embargo, la normativa en comentario no se encuentra exenta de críticas, puesto que sufre un gran problema de técnica legislativa. Afirmamos lo anterior, porque al momento de preguntarnos por los mecanismos que permiten hacer exigible el contenido que viene a desarrollar, la Ley AUGE no es capaz de responder cuál es el derecho aplicable en caso de su incumplimiento, ni de efectuar una remisión que nos ayude a aclarar la incógnita.

Por ello, podemos decir que se cumple con el mandato constitucional, pero no cabalmente, ya que éste al garantizar la ejecución de las acciones en salud, exige un desarrollo legislativo completo, que se baste a sí mismo, y que se pronuncie sobre todos los aspectos que debe comprender dicha garantía, entre ellos, el contenido preciso del derecho, la forma y condiciones para garantizar su ejecución, los organismos específicos que resultan obligados y los mecanismos que permitan exigir el cumplimiento del derecho.

## **2. Elementos de la reserva de ley en la remisión de la Ley N° 19.966 a la reglamentación administrativa**

La Ley N° 19.966 dictada en virtud del mandato constitucional de regulación del derecho a la protección de la salud que acabamos de examinar, se remite a la Potestad Reglamentaria de Ejecución del Presidente de la República para que éste, en el ejercicio de dicha facultad, colabore con la referida reglamentación.

La remisión efectuada por una ley a la Potestad Reglamentaria debe cumplir con ciertos requisitos que aseguren el respeto de la garantía de la reserva de ley. Como señalamos en el Capítulo I estos elementos se denominan mandato al administrador, obligación de regulación administrativa y norma administrativa subordinada a la ley. En las próximas líneas revisaremos si la Ley N° 19.966 cumple o no con dichos elementos respecto de las diversas remisiones que efectúa el legislador relativas al contenido y ejercicio de las Garantías Explícitas en Salud, a las prestaciones no contempladas en las Garantías Explícitas, a la cobertura financiera adicional, a la determinación y al otorgamiento de las Garantías Explícitas, al Consejo Consultivo, a los deberes de información del Fonasa y las Isapres con la Superintendencia de Salud y con los beneficiarios, a los mecanismos para cumplir con la Garantía Explícita de oportunidad, a la cobertura financiera para la modalidad de libre elección y, por último, la remisión que efectúa el legislador relativa a la mediación.

### **Mandato al administrador**

En este elemento, corresponde analizar donde se contiene el mandato que remite la regulación de la protección de la salud a normas de rango reglamentario. Al respecto, debemos distinguir la fuente mediata, consistente en los límites impuestos en la Constitución, tema que ya analizamos en el acápite anterior y; la fuente inmediata, constituida por la ley de remisión, que en este caso es la Ley N° 19.966. Respecto de ésta, es preciso analizar cómo se configura el mandato y los requisitos básicos que deben orientar al Administrador.

De la Ley AUGE pueden distinguirse mandatos específicos que se remiten a la regulación administrativa.

A continuación revisaremos las remisiones que efectúa la Ley N° 19.966 y las disposiciones legales que las consagran.

#### **i) Respecto del contenido y ejercicio de las Garantías Explícitas en Salud.**

El **artículo 1** de la Ley encarga la regulación de las Garantías Explícitas en Salud a un decreto en los siguientes términos:

“El Régimen General de Garantías en Salud, contendrá además, Garantías Explícitas

en Salud, relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que **señale el decreto correspondiente** (énfasis añadido).”

Por “decreto correspondiente” debemos entender que se está refiriendo a la dictación del decreto que ordena el **artículo 11**, ya que éste consagra el instrumento por el cual deben ser aprobadas las Garantías Explícitas, de la siguiente manera:

“Las Garantías Explícitas en Salud (...) deberán ser aprobadas por **decreto supremo** de dicho Ministerio <sup>160</sup> suscrito, además, por el Ministro de Hacienda (énfasis añadido)”.

El referido mandato también se complementa con el **artículo 4**, el cual en la definición de lo que se entiende por las garantías de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera, se remite a lo dispuesto por el mismo decreto a que se refiere el artículo 11, en lo relativo a su ejercicio, utilizando la expresión “**en la forma y condiciones que determine el decreto** (énfasis añadido)”.

Asimismo, cabe mencionar el **artículo 24**, el cual en su inciso 2° establece que “El decreto supremo señalado en el artículo 11 indicará, para cada patología, el momento a partir del cual los beneficiarios tendrán derecho a las Garantías Explícitas”.

Por último, vemos que el **artículo 33** señala que:

“El decreto que fije las Garantías Explícitas en Salud determinará las metas de cobertura del examen de medicina preventiva señalado en la letra a) del artículo 8 de la Ley N° 18.469 (...)”.

De las disposiciones recientemente transcritas podemos ver que la fuente normativa a la que se remite la Ley N° 19.966 para la regulación de las Garantías Explícitas es un decreto supremo. Se establece precisamente cual es el rango de la referida fuente, cumpliéndose uno de los requisitos del presente elemento.

Asimismo, se especifica de qué órganos debe emanar el decreto, siendo estos el Ministro de Salud y el de Hacienda, concediéndose a ellos la facultad exclusiva e indelegable de dictar la normativa que desarrolla el contenido de las Garantías Explícitas en Salud.

Las disposiciones también fijan el contenido básico que debe tener el referido decreto, al señalar que debe elaborar las Garantías Explícitas en Salud, regular la forma y condiciones de su ejercicio y el momento a partir del cual se tiene derecho a ellas.

Cabe señalar, que la única referencia que se hace en torno a los criterios para la elaboración de las Garantías Explícitas, es que deben estar “asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud”, encomendándose al Órgano Administrativo la determinación de ello. Una delimitación tan exigua sobre el contenido de las Garantías Explícitas, pareciera confiarle atribuciones excesivas a la Potestad Reglamentaria, si consideramos que la referida regulación trata acerca de un derecho constitucional. No obstante, la complejidad técnica de la materia y su constante

---

<sup>160</sup> Se refiere al Ministerio de Salud.

dinamismo pudo haber influido en la manera que se configuró el mandato al Administrador.

Por último, se encarga a la Potestad Reglamentaria el establecimiento de las metas de medicina preventiva. No se hace mayores referencias sobre el contenido de éstas, sin embargo, para saber el alcance de la facultad, habría que dirigirse al artículo 8 de la Ley N° 18.469, en el cual se regula dicha materia.

ii) Respecto de las prestaciones no contempladas en las Garantías Explícitas

El **artículo 3** de la Ley AUGE establece una serie de exigencias respecto de las prestaciones no cubiertas por las Garantías Explícitas en Salud, al señalar que:

“El **Ministerio de Salud dictará las normas e instrucciones generales** sobre acceso, calidad y oportunidad para las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud no contempladas en el artículo anterior, tales como estándares de atención y gestión de tiempos de espera, teniendo presente los recursos físicos, humanos y presupuestarios disponibles. Dichas normas e instrucciones generales serán de público conocimiento (énfasis añadido)”.

Por medio de este mandato, la Ley le encarga al Ministerio de Salud la dictación de normas e instrucciones generales para la regulación del acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones no- AUGE. De esta manera, se alude al órgano encargado de regular la materia, el instrumento por el cual debe hacerlo y el contenido de la regulación. Con respecto al instrumento, aunque señala que debe hacerse por medio de instrucciones generales, también deja abierta la posibilidad de dictar cualquier otra norma. No obstante, enfatiza que éstas deben ser de público conocimiento.

Cabe señalar que la norma subraya que las condiciones de ejercicio de las acciones de salud no cubiertas por el AUGE deben tener presente los recursos físicos, humanos y presupuestarios disponibles, lo que se explica en el carácter social del derecho a la protección de la salud.

Además, como señalamos en el Capítulo II, el inciso 2° de este precepto demuestra la preocupación del legislador en torno a que los problemas de salud no garantizados explícitamente, no sufran menoscabo por la introducción de las Garantías Explícitas en Salud y se asegure su atención bajo condiciones mínimas.

iii) Respecto de la cobertura financiera adicional

La Ley N° 19.966 regula en su Párrafo 2° la cobertura financiera adicional. Respecto al ejercicio de esta garantía, por una parte, el **artículo 5** dispone que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 de esta ley, los afiliados a las Instituciones de Salud Previsional o al Fondo Nacional de Salud tendrán derecho a una cobertura financiera adicional de cargo de dichos organismos, según corresponda, en los **términos y condiciones** que establece el presente Párrafo y su **Reglamento** (énfasis añadido)”.

Por otra parte, el **artículo 10** establece que:

“Un **Reglamento del Ministerio de Salud, suscrito además por el Ministro de Hacienda**, fijará las normas para la adecuada aplicación de lo dispuesto en este Párrafo,

debiendo establecer, entre otras cosas, los supuestos de hecho que configuran un evento, el momento de inicio y término del mismo, las circunstancias en que una atención o un conjunto de atenciones será considerada de urgencia vital o generadora de una secuela funcional grave, la información que deberá registrarse como mínimo, y los procedimientos que deberán cumplir los beneficiarios, los prestadores y el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional (énfasis añadido)”.

Vemos que el artículo 4 remite a la Potestad Reglamentaria la obligación de regular los términos y condiciones de ejercicio de la cobertura financiera adicional.

En relación a lo anterior, señala que dicha regulación debe contenerse en un Reglamento, instrumento que paradigmáticamente es el encargado de ejecutar las leyes.

En el artículo 10 se establece que el Reglamento debe ser dictado por el Ministerio de Salud y suscrito por el Ministro de Hacienda. Además, se delimita la obligación de regulación recientemente aludida, instituyéndose específicamente cuales son las materias que debe contemplar el Reglamento.

Como vemos, en este caso el legislador cumplió felizmente con el mandato al administrador, ya que fija con claridad qué deber regularse, quien tiene dicha atribución y el instrumento por el cual debe hacerse.

#### iv) Respecto de la determinación de las Garantías Explícitas en Salud

El mandato para la regulación del procedimiento de determinación de las Garantías Explícitas se desprende del **artículo 11** el cual prescribe:

“Las Garantías Explícitas en Salud serán elaboradas por el Ministerio de Salud, de conformidad con el procedimiento establecido en esta ley y en el **Reglamento**, y deberán ser aprobadas por decreto supremo de dicho Ministerio suscrito, además, por el Ministerio de Hacienda (énfasis añadido)”.

Respecto del procedimiento, vimos en el Capítulo II que una de sus etapas es la priorización de las patologías. En este sentido, el **artículo 14** en su frase final establece que:

“Un **Reglamento** establecerá las variables y el mecanismo que deberán utilizarse para la priorización (énfasis añadido)”.

Debemos entender que el Reglamento a que hace referencia el citado artículo, es el mismo que el contemplado en el artículo 11, puesto que no sería consecuente que una de las etapas del procedimiento de determinación se regulara en un instrumento distinto.

Ahora, el **artículo 12** señala en su inciso final que:

“Dicho costo esperado individual deberá estimarse sobre la base de los protocolos referenciales que haya definido el Ministerio de Salud y de las **demás normas que establezca un Reglamento** suscrito por los Ministros de Salud y Hacienda (énfasis añadido)”.

El costo al que alude el citado artículo es la prima universal, cuya determinación también es parte integrante del procedimiento de elaboración de las Garantías Explícitas, por lo que igualmente debemos asumir que el mismo Reglamento referido en el artículo 11, es el que debe regularlo.



Podemos observar que ni el artículo 11, ni el artículo 14 dejan claro quien es el destinatario del mandato dirigido al Administrador. Ahora, si asumimos que el mandato del artículo 12 se refiere al mismo Reglamento que el de los artículos anteriores, debemos concluir que está dirigido al Ministerio de Salud, quien debe contar con la venia del Ministro de Hacienda.

Respecto del contenido del mandato, entendiéndose por tal la disposición específica por la cual la Ley se remite a la colaboración administrativa, cabe señalar que ésta no hace referencia a las etapas que debería contemplar el procedimiento. No obstante, se debe recordar que la misma Ley las regula a grandes rasgos, por lo que aun cuando no las especifica en el mandato, debe entenderse que el Reglamento debiera ceñirse a ellas.

Es curioso que la Ley haya reiterado el mandato al Administrador tratándose de las variables y mecanismos de priorización y la determinación de la prima universal. Además, resalta el hecho de que la remisión no haya delimitado mayormente el contenido de lo que debe ser regulado, sobre todo si se tiene en cuenta que ambas materias son de gran relevancia para efectos de determinar qué patologías serán cubiertas por el AUGE. Probablemente, lo anterior se explica en que la especificación de las variables y los mecanismos de priorización y la determinación de la prima universal requieren de conocimientos altamente especializados.

v) Respecto del otorgamiento de las Garantías Explícitas en Salud

El legislador de la Ley N° 19.966 se remite a la Potestad Reglamentaria en lo relativo al otorgamiento de las Garantías Explícitas en **el artículo 25**, al decir:

“(...) Asimismo, deberán acceder a ésta <sup>161</sup> a través de la atención primaria de salud, salvo tratándose de casos de urgencia o emergencia, certificados oportunamente por el profesional de la salud del servicio de urgencia respectivo, y las **demás situaciones que determine el Reglamento, el que será suscrito además por el Ministro de Hacienda.**

El referido Reglamento **determinará también la forma y condiciones** en que los prestadores de salud independientes, que hayan suscrito convenio para estos efectos con el Fondo Nacional de Salud, podrán derivar a la Red Asistencial, en el nivel de atención correspondiente, a aquellos beneficiarios de la Ley N° 18.469 a quienes se les haya confirmado el diagnóstico de alguna de las enfermedades o condiciones de salud garantizadas (...) (énfasis añadido).”

Podemos observar que en este mandato, el legislador delega el desarrollo del otorgamiento de las Garantías Explícitas de Salud, lo cual debe plasmarse en un Reglamento.

La remisión no es feliz debido a que no queda claro qué organismo es el primariamente encargado de cumplir dicha labor, ya que establece que el Reglamento debe estar suscrito además por el Ministro de Hacienda, sin señalar cual Ministerio es el que debe dictarlo. No obstante, si tomamos en consideración que todas las demás regulaciones han sido remitidas al Ministerio de Salud y hacemos una interpretación armónica de toda la Ley, debemos entender que es dicho organismo el que debe dictar el

---

<sup>161</sup> Se refiere a la Red Asistencial que corresponda.

Reglamento.

En cuanto a la materia remitida, se especifica claramente qué debe contener el decreto.

Cabe señalar, que el mismo mandato fue repetido en los mismos términos en el artículo 9 del Decreto N° 170 del Ministerio de Salud.

vi) Respecto del Consejo Consultivo

El **artículo 22, inciso penúltimo** de la Ley AUGE, contiene un mandato dirigido a la Administración sobre la regulación del Consejo Consultivo, el cual establece:

“Un **Reglamento** dictado por el **Ministerio de Salud**, previa sugerencia del propio Consejo, establecerá lo relativo a su funcionamiento, al quórum para sesionar y tomar acuerdos, las causales de inhabilidad o cesación en el cargo de consejero y el plazo para recibir los antecedentes técnicos que debe proporcionar el Ministerio de Salud y para pronunciarse (énfasis añadido)”.

Vemos que el órgano remitido en el presente mandato es el Ministerio de Salud, quien debe desarrollar las materias que en el artículo se señalan, a través de un Reglamento.

Además de establecerse el ente obligado y el instrumento que debe utilizarse, se agrega un requisito consistente en que, previo a su dictación, debe consultarse al Consejo Consultivo.

En relación a las materias objeto de la remisión, éstas se encuentran enumeradas en la norma, por lo que podemos observar que la ley de remisión cumple con el elemento en estudio.

vii) Respecto de los deberes de información de Fonasa y las Isapres con la Superintendencia de Salud

El **artículo 19** de la Ley se refiere a las materias que deben informar el Fonasa y las Isapres a la Superintendencia de Salud de la siguiente forma:

“El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán informar periódicamente a la Superintendencia de Salud los precios unitarios, frecuencias y prestaciones otorgadas que formen parte de las Garantías Explícitas del Régimen y que hayan sido requeridas en este carácter; todo ello **de conformidad con las instrucciones que, mediante circulares de general aplicación, imparta la Superintendencia de Salud (...)** (énfasis añadido)”.

El mandato legal se encuentra dirigido a la Superintendencia de Salud a quien se le encarga regular la forma como el Fonasa y las Isapres deben proporcionar la información que en el mismo artículo se señala. Lo anterior debe hacerlo por medio de circulares de general aplicación.

Vemos que el mandato determina precisamente cual es el ente Administrativo encargado de regular la materia en cuestión y por medio de qué instrumentos.

Ahora, la norma señala que aspectos deben ser informados, pero no proporciona marco alguno para la determinación del procedimiento de entrega de la información. Lo

anterior puede explicarse en el carácter independiente de la Superintendencia de Salud, razón por la cual, es ésta la que se encuentra en mejores condiciones de fijar la forma como deberá entregarse la información, atendiendo a su funcionamiento interno. En consecuencia, la referida omisión no debe considerarse un defecto en la norma de remisión.

viii) Respecto de los deberes de información de Fonasa y las Isapres con los beneficiarios y su registro

En el inciso 2° del **artículo 24**, en su segunda parte, la Ley AUGE se refiere a los deberes de información de Fonasa y las Isapres respecto de los beneficiarios al señalar que:

“Los prestadores de salud deberán informar, tanto a los beneficiarios de la Ley N° 18.469 como a los de la Ley N° 18.933, que tienen derecho a las Garantías Explícitas en Salud otorgadas por el Régimen, **en la forma, oportunidad y condiciones que establezca para estos efectos el Reglamento** (énfasis añadido)”.

Este mandato remite la regulación de los deberes de información a un Reglamento, pero no se desprende de su ubicación a cual Reglamento se está refiriendo, ni señala quien se encuentra obligado a dictarlo. En consecuencia, el mandato en cuestión estaría descontextualizado y sería defectuoso en el sentido de que no establece con claridad quien es el obligado a regular. Deberíamos concluir que el mandato se encuentra dirigido al Ministerio de Salud, ya que la Ley se ha remitido a este Órgano para todas las demás situaciones de colaboración reglamentaria.

No obstante, acota apropiadamente el ámbito del Reglamento, puesto que establece expresamente que debe tratar sobre la forma, oportunidad y condiciones en que los prestadores de salud deberán informar.

En lo relativo a los deberes de registro de la información, la Ley los regula en el **artículo 29** al prescribir:

“La **Superintendencia de Salud** establecerá los mecanismos o instrumentos que deberán implementar el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional para que éstos o los prestadores, cuando corresponda, dejen constancia e informen de, a lo menos, las siguientes materias en lo que se refiere a las Garantías Explícitas en Salud, señaladas en el artículo 2 de esta Ley: enfermedad o condición de salud consultada y prestación asociada; monto del pago que corresponda hacer al beneficiario; plazo dentro del cual deberá ser otorgada la prestación correspondiente; constancia del otorgamiento efectivo de la prestación o la causal por la que ella no se otorgó con expresa mención de la razón de la negativa (énfasis añadido)”.

El mandato en comento se encuentra establecido en favor de la Superintendencia de Salud, organismo que debe establecer los mecanismos o instrumentos para que los prestadores de salud implementen el registro de la información. A diferencia del mandato contenido en el artículo 19, no señala cual es el instrumento jurídico que debe utilizar para la regulación.

Con respecto a la materia objeto de regulación, se especifica claramente cuales son los aspectos que deben ser registrados por los prestadores de salud y que, por ende,

deben ser regulados por la Superintendencia.

Cabe señalar que aunque no medió remisión de ley, el referido mandato se encuentra complementado por el **artículo 12** del Decreto N° 170, el cual repite lo mismo, y por el **artículo 25** del Reglamento “que establece normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966” (Decreto N° 136 del Ministerio de Salud), el cual prescribe:

“Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo anterior <sup>162</sup>, los prestadores de salud deberán dejar constancia escrita de ello, conforme a las instrucciones que fije la Superintendencia de Salud, quien establecerá los mecanismos o instrumentos que deberá implementar el Fondo Nacional de Salud y/o la Institución de Salud Previsional, para informar al beneficiario acerca de, al menos, las materias indicadas en el artículo 29 de la Ley N° 19.966”.

Vemos que el contenido del artículo del Reglamento aprobado por el Decreto N° 136 y el de la Ley, es esencialmente el mismo y que sólo se diferencian en que el primero hace énfasis en la escrituración del registro de la información.

Como dijimos, la regulación contenida en el artículo 25 del referido Reglamento no tiene su fuente en la Ley, sino que, fue de propia iniciativa de la Administración. En estricto rigor, lo anterior no se condice con el principio de la reserva legal, debido a que la Potestad Reglamentaria no puede exceder el ámbito de la ley de remisión, sobre todo si consideramos que el mandato en cuestión se encuentra atribuido a la Superintendencia de Salud, no a la Administración.

No obstante, si la escrituración era un requisito esencial en el registro de la información, materia que omitió la Ley, es beneficioso que el Administrador haya perfeccionado el mandato, en especial si se tiene en cuenta la importancia del éxito de la reforma de salud.

En vista de lo anterior, observamos que en el análisis de la presente reserva se produce una tensión entre el principio de reserva legal y la protección de la salud, ya que para su efectiva tutela, es preciso que su regulación sea la más adecuada. Pareciera que en este caso concreto debiéramos estar por la ampliación de las facultades de la Administración, ya que aunque la Ley no se remite a su colaboración en esta materia específica, sí lo hace en la entrega de la información, la que se encuentra estrechamente relacionada al registro. Además, el Reglamento no introduce regulaciones desproporcionadas, sino que sólo agrega el requisito de la escrituración.

ix) Respecto de los mecanismos para cumplir con la Garantía Explícita de oportunidad

El **artículo 29 inciso 2°** se refiere a este tema al prescribir:

“Asimismo, deberá **regular los mecanismos** que deberán implementar el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional, para cumplir con la Garantía Explícita de oportunidad prevista en esta ley en caso de que la prestación no hubiera sido otorgada a tiempo al beneficiario (énfasis añadido)” <sup>163</sup>.

<sup>162</sup> El artículo 24 se refiere a los deberes de información a los que aludimos con anterioridad.

En este caso, la Ley AUGE le encarga a la Superintendencia de Salud la regulación de los mecanismos para el cumplimiento de la Garantía Explícita de oportunidad, pero no señala el instrumento mediante el cual debe hacerlo.

El mandato se encuentra configurado ampliamente, sin delimitación para su regulación. Como vimos en el acápite anterior, es trascendental la regulación de los mecanismos para el cumplimiento de una Garantía Explícita, por ser el medio para hacerla efectiva, por lo que la norma de remisión debiera especificar mayormente el contenido de la regulación.

Además, el hecho de que esta materia sea regulada por instrumentos dictados por la Superintendencia de Salud, que no son publicados en el Diario Oficial, no asegura que los mecanismos para hacer efectiva la garantía de oportunidad sean de público conocimiento y que, por ende, se cuente con la debida transparencia digna de la tutela de un derecho fundamental.

x) Respecto de la cobertura financiera para la modalidad de libre elección

La Ley en el **artículo 31** contiene el mandato sobre esta materia, al establecer que:

“En la misma oportunidad en que se determinen las Garantías Explícitas en Salud se fijará, por **decreto de los Ministerios de Salud y de Hacienda**, la cobertura financiera para la modalidad de libre elección que el Fondo Nacional de Salud deberá otorgar, como mínimo, a los afiliados de la Ley N° 18.469 y a los beneficiarios que de ellos dependan, decreto que tendrá el mismo plazo de vigencia que las mencionadas Garantías Explícitas (énfasis añadido)”.

El mandato en cuestión encarga a los Ministerios de Salud y Hacienda la determinación de la cobertura financiera de la modalidad de libre elección, lo cual debe hacerse por decreto.

La remisión contiene precisamente el órgano encargado de la regulación, el instrumento por el cual debe hacerse y la materia específica, cumpliéndose con el presente requisito del elemento de la colaboración reglamentaria.

xi) Respecto de la mediación

En el **artículo 55** de la Ley se remite a la colaboración reglamentaria al decir:

“Mediante un **Reglamento dictado conjuntamente por los Ministerios de Salud y de Hacienda** se establecerá la forma de designación de los mediadores, las modalidades de control de éstos, las causales de eliminación del Registro y las demás normas que permitan el funcionamiento del sistema establecido en el presente Párrafo (énfasis añadido)”.

Observamos que se establece que la designación de los mediadores y las normas que permiten el funcionamiento del procedimiento de mediación, deben realizarse por medio de un Reglamento, el cual debe dictarse de manera conjunta por los Ministerios de Salud y Hacienda.

---

<sup>163</sup> El inciso 2° debe conectarse con el 1°, el cual se remite a la Superintendencia de Salud para la regulación del registro de la información.

Además, se precisa cuales son las materias que debe abarcar el Reglamento.

Cabría destacar que la remisión a la colaboración reglamentaria se limita a la designación de mediadores, ya que la regulación del procedimiento de mediación en general se contiene en el Párrafo 2° de la Ley AUGE, delegando la complementación de esta normativa al Reglamento.

Podemos observar que la mayoría de los mandatos dirigidos a la Administración para la colaboración reglamentaria están bien configurados, puesto que establecen con claridad cual es el órgano remitido para dichos efectos, la materia que debe ser regulada y el instrumento por el cual debe hacerse. Los menos fallan en alguno de los requisitos anteriores y en la mayoría de los casos la interpretación del contexto permite determinarlos.

También apreciamos que en varios casos el mandato se encuentra configurado por más de una disposición, lo cual desde la óptica de la técnica legislativa no es lo más apropiado. Afirmamos lo anterior, debido a que si consideramos que la Ley desarrolla la reserva legal de un derecho constitucional, al remitirse a la colaboración reglamentaria, debe hacerlo con el cuidado de que el Administrador pueda determinar el ámbito de sus facultades sin dificultades. En consecuencia, es conveniente que el mandato de regulación de cada una de las materias objeto de remisión, se haga en una sola disposición.

b) Obligación de regulación administrativa

En este elemento nos toca analizar si el Administrador ha cumplido con la remisión legal, lo que implica ver si el órgano llamado a colaborar en la regulación de la Ley ha dictado el instrumento correspondiente.

En las próximas líneas analizaremos si los mandatos recientemente expuestos han sido cumplidos y en qué instrumentos han sido recogidos. Para estos efectos, iremos revisando cada uno de los referidos mandatos.

i) Respecto del contenido y ejercicio de las Garantías Explícitas en Salud

El contenido y ejercicio de las Garantías Explícitas en Salud ha sido recogido en el Decreto Supremo N° 170 del Ministerio de Salud, que “aprueba Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud”, publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005. Como vemos, la materia en cuestión fue regulada por el Ministro de Salud, en el instrumento que prescribía la Ley y suscrito por el Ministro de Hacienda.

El Decreto regula el ejercicio de las Garantías Explícitas de acceso, oportunidad y protección financiera. La de calidad no se encuentra regulada, lo que no constituye una omisión del Administrador, puesto que de acuerdo al artículo 3 transitorio N° 2 de la Ley AUGE, “La Garantía Explícita de Calidad será exigible cuando entren en vigencia los sistemas de certificación, acreditación y registro de la Superintendencia de Salud, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 19.937”, lo que todavía no se produce. En consecuencia, hasta que no se regule dicha materia, la Potestad Reglamentaria no podrá dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 4 letra b).

También se cumple el mandato en lo relativo al establecimiento del momento en que deben empezar a regir las Garantías Explícitas y la fijación de las metas del examen de

medicina preventiva.

Ahora bien, el Decreto Supremo en cuestión se encuentra complementado por la Resolución exenta N° 344 del Ministerio de Salud, que “aprueba las normas técnico médico y administrativas para el cumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966 y la aplicación del arancel del Régimen de Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966”, publicada en el Diario Oficial el 23 de Junio de 2005, la cual fue dictada en virtud del mandato contenido en el artículo 3 inciso final del Decreto N° 170, el cual establece:

“El Ministerio de Salud podrá establecer las normas de carácter técnico médico y administrativo que se requieran para el debido cumplimiento de las Garantías. En uso de dichas atribuciones, establecerá los diagnósticos clínicos asociados a las patologías incorporadas, las especificaciones o características técnicas de las prestaciones y los profesionales requeridos para la atención de las prestaciones cuando corresponda, entre otras materias”.

En vista de lo anterior, cabe preguntarse si procede una remisión de Administrador a Administrador, ya que por medio de ésta se elude el cumplimiento de exigencias más rigurosas en la dictación de los instrumentos. Como vemos, el mandato contenido en el Decreto se remite al Ministerio de Salud, omitiéndose la exigencia de la suscripción por parte del Ministerio de Hacienda. Además, la resolución se encuentra exenta, lo que significa que no pasa por el control de la Contraloría General de la República.

Por lo tanto, esta resolución excede el ámbito establecido por la Ley N° 19.966, ya que el instrumento que la ley de remisión establece como idóneo para la regulación de esta materia es un Decreto Supremo, no una resolución.

No obstante, atendido a la especificidad y dinamismo de las materias delegadas, podría pensarse que es conveniente una remisión de este tipo, ya que permite una tutela más efectiva del derecho a la protección de la salud.

En suma, podemos decir que la Administración cumplió con el mandato de la Ley AUGE, sin perjuicio de que se atribuyó la facultad de establecer que algunos aspectos se regularan por medio de otros instrumentos, que cuentan con formalidades diversas.

ii) Respecto de las prestaciones no contempladas en las Garantías Explícitas

A la fecha, el Ministerio de Salud no ha dictado las normas relativas a las condiciones de ejercicio de las prestaciones no cubiertas por las Garantías Explícitas en Salud. Esto constituye una omisión del Administrador de la mayor gravedad, ya que como vimos en el Capítulo II, la introducción del artículo 3 fue una respuesta a la preocupación que existía en torno a que a raíz de la reforma, se produjera un menoscabo en la atención de los problemas de salud no- AUGE.

Ahora bien, frente a esta laguna, deberíamos entender que las condiciones de ejercicio de los problemas de salud en cuestión, se rigen por la normativa que se encuentra actualmente vigente. Sin perjuicio de lo anterior, si el legislador constató expresamente la necesidad de dictar nueva normativa relativa a este tema, esto debiera hacerse lo antes posible.

iii) Respecto de la cobertura financiera adicional

## **LA TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A PARTIR DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS**

Esta materia fue regulada por medio del Reglamento “que establece normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966”, el cual fue aprobado por el Decreto N° 136 del Ministerio de Salud y publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 2005.

El referido Reglamento fue dictado por el Ministerio de Salud y suscrito por el Ministerio de Hacienda, conteniendo todos los aspectos que la Ley le encargó regular.

En esta ocasión, la Administración cumplió el mandato contenido en la ley de remisión.

### iv) Respecto de la determinación de las Garantías Explícitas en Salud

La materia relativa al procedimiento para la determinación de las Garantías Explícitas fue regulada por el Reglamento “que establece normas para la elaboración y determinación de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966”, aprobado por el Decreto Supremo N° 121 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 19 de agosto de 2005.

El Decreto en cuestión fue dictado por el Ministro de Salud, concurriendo con su firma el Ministro de Hacienda. Éste se preocupa de detallar cada una de las etapas del procedimiento de elaboración de las Garantías Explícitas, incluyendo normas para la determinación de la prima universal y las variables y mecanismos de priorización.

En consecuencia, podemos concluir que el Ministro de Salud también cumplió con el mandato en este caso.

### v) Respecto del otorgamiento de las Garantías Explícitas en Salud

Esta materia fue recogida en el ya referido Reglamento que “establece normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966” (Decreto Supremo N° 136).

Como dijimos, este Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo emanado del Ministerio de Salud y suscrito por el Ministro de Hacienda, con lo cual se resuelve la duda que expusimos con anterioridad, consistente en quien era el destinatario del presente mandato.

El Reglamento regula los aspectos que la Ley de remisión le delegó, cumpliéndose el mandato.

### vi) Respecto del Consejo Consultivo

El mandato de regulación de la normativa relativa al Consejo Consultivo fue plasmado en el Reglamento que “establece normas para el funcionamiento del Consejo Consultivo a que se refiere la Ley N° 19.966”, aprobado por Decreto Supremo N° 69 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 8 de julio de 2005.

En cumplimiento de lo dispuesto por la ley de remisión, el referido Reglamento fue dictado por el Ministro de Salud y contiene las materias que se le encargó regular.

vii) Respecto de los deberes de información de Fonasa y las Isapres con la Superintendencia de Salud

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley AUGE, el Intendente de

---

Carolina Sofía



Fondos y Seguros Previsionales de Salud de la Superintendencia de Salud, dictó la Circular N° 35 de 1 de julio de 2005, la cual “imparte instrucciones sobre información estadística”. Esta regula la información, la forma y los plazos en que Fonasa y las Isapres deben remitirla a la Superintendencia de Salud.

Como vemos, la Superintendencia cumplió con el mandato contenido en la Ley N° 19.966.

viii) Respecto de los deberes de información del Fonasa y las Isapres con los beneficiarios y su registro

Los deberes de información del Fonasa y las Isapres con los beneficiarios se encuentran regulados en el ya citado Reglamento “que establece normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966” (Decreto Supremo N° 136).

Como ya hemos señalado, el Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo del Ministerio de Salud y suscrito por el Ministro de Hacienda, por lo que finalmente el mandato impreciso de la Ley se encontraba dirigido al primero de estos organismos.

Respecto de los deberes de registro de la información, la Ley dirigió el mandato a la Superintendencia de Salud, la cual por medio de la Circular N° 29 de 29 de julio de 2005, que “imparte instrucciones respecto a la información, para la fiscalización y control de las Garantías Explícitas en Salud (GES) y el Examen de Medicina Preventiva”, dictada por el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud reguló esta materia.

ix) Respecto de los mecanismos para cumplir con la Garantía Explícita de oportunidad

Señalamos con anterioridad que en relación a esta materia, la ley de remisión facultó ampliamente a la Superintendencia de Salud para que regulara los mecanismos para dar cumplimiento con la Garantía Explícita de oportunidad.

Sin embargo, como ya vimos en el Capítulo II, el procedimiento para hacer exigible dicha Garantía Explícita se encuentra regulado en el Decreto N° 170 del Ministerio de Salud, sin perjuicio de que la remisión contenida en el artículo 29 claramente está establecida a favor de la Superintendencia de Salud.

A raíz de lo anterior, cabe preguntarse si el principio de la reserva de ley admite que un órgano de la Administración tome la iniciativa de regular una materia remitida a otro órgano.

Para responder esta pregunta, debemos tener en cuenta lo prescrito en el artículo 7 inciso 2° de la Constitución, el cual establece que nadie puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. La Ley AUGE remite expresamente la regulación de los mecanismos para hacer exigible la garantía de oportunidad a la Superintendencia de Salud, por lo que pareciera que la arrogación de la facultad de regulación por parte del Ministerio de Salud constituye una extralimitación de sus atribuciones.

A diferencia de lo ocurrido en la remisión relativa al registro de la información, respecto de la cual se complementó el mandato vía Reglamento, agregándose

únicamente el requisito de la escrituración, en este caso, el Ministerio de Salud invadió las atribuciones de la Superintendencia de Salud al regular completamente una materia que era de su competencia.

Por tanto, podemos decir que la regulación de los mecanismos para hacer exigible la garantía de oportunidad vulnera el elemento de cobertura legal previa del principio de reserva legal en el nivel de la remisión de ley y el artículo 7 de la Constitución Política, ya que la efectuó un órgano no facultado para ello.

x) Respecto de la cobertura financiera para la modalidad de libre elección

Esta materia se encuentra determinada en el Decreto N° 40 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 18 de abril de 2005.

En cumplimiento de lo prescrito por el artículo 31 de la Ley AUGE, fue dictado conjuntamente por el Ministro de Salud y de Hacienda, por un Decreto Supremo y regulando las materias que allí se señalan.

xi) Respecto de la mediación

La remisión de la Ley al Administrador para que regule la mediación, se tradujo en la dictación del “Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud”, aprobado por el Decreto Supremo N° 47, publicado en el Diario Oficial de 1 de febrero de 2005.

El Reglamento fue dictado por los Ministros de Salud y Hacienda y contiene las materias remitidas por la Ley, cumpliendo el Administrador la obligación de regular.

Como vimos en este acápite, la mayoría de las remisiones efectuadas por la Ley AUGE fueron cumplidas por la Administración, por lo que respecto de ellas, no se configura una omisión de su deber. Sólo tratándose de la remisión del artículo 3 de la Ley, que delega al Ministerio de Salud la regulación de las condiciones de ejercicio de las prestaciones no- AUGE, la normativa correspondiente no ha sido dictada. En este caso, cabe hablar de una omisión del Administrador y específicamente del Ministerio de Salud, lo cual debiera ser subsanado en el menor plazo posible.

Sumado a lo anterior, en algunos casos el Ministerio de Salud en ejercicio de la Potestad Reglamentaria se extralimita de sus atribuciones al invadir el mandato dirigido exclusivamente a la Superintendencia de Salud, lo que es una clara infracción al principio de reserva legal. Si el legislador efectuó una determinada distribución de atribuciones, no es consecuente con el Estado de Derecho que un órgano de la Administración la sobrepase.

c) Norma administrativa subordinada a la ley

En este elemento corresponde analizar el grado de subordinación de la norma administrativa a la ley de remisión. Se debe examinar si la regulación a nivel reglamentario se condice con el mandato de la Ley. En este sentido, cabe recordar que ésta pudo haberse remitido a la colaboración de la Potestad Reglamentaria de una manera reglada o discrecional, por lo que dependiendo de esto dependerá el grado de sujeción a la ley.

### III. ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.966 COMO TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

---

Ahora bien, en el presente acápite haremos una referencia general al grado de discrecionalidad que el legislador le dio al Administrador en cada caso, pero no nos abocaremos al análisis preciso del cumplimiento del mandato en los instrumentos emanados de la Potestad Reglamentaria.

#### i) Respecto del contenido y ejercicio de las Garantías Explícitas en Salud

Se desprende del artículo 1 y del artículo 33 de la Ley que el grado de discrecionalidad otorgado al Administrador para la determinación de los problemas de salud protegidos con Garantías Explícitas y las metas de medicina preventiva es bastante amplio, ya que se lo encarga completamente.

Cabría destacar la importancia de este Decreto, porque desarrolla el contenido preciso de las Garantías Explícitas de acceso, oportunidad y protección financiera. De hecho, la entrada en vigencia de la Ley AUGE, quedó supeditada a la dictación de este Decreto (artículo 3 transitorio).

Con respecto al ejercicio de las mismas garantías, el artículo 4 también lo delega de manera amplia al decir “de la forma y condiciones que determine el Decreto”.

Consideramos que es proporcionada la libertad que le da el legislador al Administrador en la regulación de esta materia, ya que la determinación de los problemas de salud y la forma y condiciones de ejercicio de las Garantías Explícitas son materias que requieren conocimientos médicos específicos y actualizados acerca de la situación epidemiológica del país y del funcionamiento del sistema de salud. De esta manera, el Administrador puede desarrollar de mejor forma los casos cubiertos por las Garantías Explícitas en Salud. Además, si la finalidad de la Ley es darle operatividad al derecho a la protección de la salud a largo plazo, es preciso que los instrumentos que especifican el contenido de las Garantías Explícitas puedan ser modificados cuando así lo requiera la contingencia.

Como señalamos en el Capítulo I, los instrumentos de carácter reglamentario permiten la intervención de personas con conocimientos técnicos más especializados, como por ejemplo en este caso, del Consejo Consultivo. Además, permite una modificación más rápida en el caso de que se necesite.

#### ii) Respecto de las prestaciones no contempladas en las Garantías Explícitas

Tratándose del artículo 3 de la Ley AUGE, el legislador otorga un grado adecuado de discrecionalidad al Administrador, debido a que sin perjuicio de señalar específicamente la materia objeto de regulación, tiene un amplio campo para determinar como ésta será llevada a cabo. Además, le establece el límite consistente en que las normas que el Administrador dicte “no podrán sufrir menoscabo por el establecimiento y las sucesivas modificaciones de las Garantías Explícitas en Salud, sin perjuicio de las modificaciones fundadas en aspectos sanitarios, técnicos y administrativos que correspondan” (inciso 2° artículo 3).

En tanto, si bien el legislador no especificó adecuadamente el tipo de norma reglamentaria que debía regular esta materia, la alusión a que éstas debían ser de público conocimiento, acotan el ámbito de discreción que el Administrador tiene sobre esta materia y constituye una garantía para los beneficiarios.

iii) Respeto de la cobertura financiera adicional

En el caso de la regulación de la cobertura financiera adicional, el ámbito dejado a la regulación reglamentaria es mucho menor, ya que de hecho, en el artículo 5, se señala que dicha materia se somete a los términos y condiciones establecidos tanto en el párrafo que la regula como en el Reglamento correspondiente.

Por lo tanto, vemos que el Legislador se preocupa de regular ciertos aspectos, dejando sólo aquellos dispuestos en el artículo 10 para la regulación administrativa. Más aún, en el referido artículo vemos que se establecen precisamente las materias remitidas a la Potestad Reglamentaria, por lo que podemos afirmar que en este caso el mandato es bastante reglado.

iv) Respeto de la determinación de las Garantías Explícitas en Salud

Tratándose del procedimiento de determinación de las Garantías Explícitas en Salud, al igual que respecto de la cobertura financiera adicional, una parte de la regulación se contempla en la Ley y la otra en un Reglamento. Sin embargo, en este caso, no se especifica mayormente que es lo que debe regular el Reglamento, excepto dos aspectos específicos como son los mecanismos para determinar la prima universal y las variables para la priorización.

En todo caso, en ningún evento debe entenderse la falta de detalle como una cláusula abierta para la regulación administrativa, en cambio, debe considerarse como una complementación en los aspectos más relevantes y sobretodo en aquellos que expresamente remite.

Ahora, en relación a la remisión acerca de la estimación de la prima universal, se establece un mandato un poco más abierto, ya que se dispone que deberá hacerse “sobre la base de los protocolos referenciales que haya definido el Ministerio de Salud y de las **demás normas que establezca un Reglamento** suscrito por los Ministros de Salud y Hacienda (énfasis añadido)”. Podemos observar que en este caso dice “demás normas”, sin señalar las materias que éstas deben contener.

v) Respeto del otorgamiento de las Garantías Explícitas en Salud

El mandato contenido en el artículo 25 acota a un ámbito reducido las materias que deben ser reguladas por el decreto, que de hecho son aspectos particulares respecto del otorgamiento de las Garantías Explícitas en Salud.

vi) Respeto del Consejo Consultivo

La remisión de ley a la colaboración reglamentaria respecto del Consejo Consultivo también es bastante precisa en cuanto a las materias delegadas. La Ley regula algunos aspectos de su funcionamiento y encarga algunos más específicos, pero estrictamente delimitados.

vii) Respeto de los deberes de información de Fonasa y las Isapres con la Superintendencia de Salud

El artículo 19 de la Ley AUGE especifica las materias que el Fonasa y las Isapres deben informar, delegando la forma como debe entregarse a la regulación de la Superintendencia. Como ya expusimos, esto puede explicarse en que la

Superintendencia es el órgano más capacitado para regular la forma como debe remitírsele la información, ya que es la que mejor conoce su propio funcionamiento.

viii) Respecto de los deberes de información de Fonasa y las Isapres con los beneficiarios y su registro

En lo relativo a los deberes de información que debe entregar el Fonasa y las Isapres a los beneficiarios, el legislador sólo especifica que el contenido de la información es la circunstancia de que los beneficiarios tienen derecho a las Garantías Explícitas en Salud, encargando a la Administración la determinación de la forma, oportunidad y condiciones en que debe entregarse, con lo cual se le remite un amplio campo de regulación, pero dentro de un marco.

En relación al registro de la información, la Ley especifica las materias que deben constar, pero delega el establecimiento de los mecanismos e instrumentos que deberán implementar el Fonasa y las Isapres para estos efectos, a la Superintendencia de Salud. En este sentido, le otorga un alto grado de discrecionalidad con respecto a la regulación de aquellos mecanismos o instrumentos, lo cual encuentra su explicación en que la Superintendencia es el órgano que mejor conoce el funcionamiento de los prestadores de salud.

ix) Respecto de los mecanismos para cumplir con la Garantía Explícita de oportunidad

En el caso de este mandato, vemos que el legislador remite pura y simplemente la regulación de los mecanismos para hacer exigible la Garantía Explícita de oportunidad, sin establecer lineamiento alguno para ello. Sin duda este es el mandato más amplio contenido en la Ley, ya que en todos los otros casos se señala que es lo que debe hacer el Administrador en concreto.

La regulación de esta materia es el medio por el cual la Garantía Explícita de oportunidad se hace efectiva, ya que el establecimiento de una garantía sin los medios para hacerla exigible se encuentra supeditada a la buena fe de quienes se encuentran obligados a cumplirla. En este sentido, no parece apropiado que tratándose de un tema tan importante el legislador le haya dejado tan amplio margen de discrecionalidad al Administrador.

Si se considera que por medio de la Potestad Reglamentaria se logrará una mejor regulación de los mecanismos para cumplir con la Garantía Explícita de oportunidad, parece apropiado que ésta sea la encargada de hacerlo, ya que así el derecho a la protección de la salud encontrará una mejor tutela en el ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, como explicamos en el Capítulo I, el Órgano Legislativo es quien desde el punto de vista de la teoría democrática se encuentra en mejores condiciones de desarrollar los derechos fundamentales, por lo que al menos deberíamos esperar que en la remisión a la Administración se fijen directrices básicas de qué es lo que debe ser regulado.

x) Respecto de la cobertura financiera para la modalidad de libre elección

La fijación de la cobertura financiera para la modalidad de libre elección es una materia muy precisa que debe determinar la Administración. No se señala la forma como

debe arribarse a dicha fijación, lo cual ha sido remitido a la colaboración reglamentaria, probablemente por su complejidad técnica e influencias contingentes.

xi) Respecto de la mediación

Si analizamos el mandato referido a la mediación, pareciera que acota el contenido del Reglamento. Sin embargo, con la última frase al remitir a la Administración el establecimiento de “las demás normas que permitan el funcionamiento del sistema establecido en el presente Párrafo”, abre las posibilidades de regulación a todo lo que se considere necesario para el funcionamiento del sistema de mediación.

Si pensamos en que el establecimiento de este mecanismo es una novedad y consideramos la importancia de que funcione bien, parece apropiada una cláusula que le de una mayor discrecionalidad a la Administración para que regule esta materia.

Para finalizar, podemos decir que en general el legislador establece un campo limitado para la intervención de la Administración en la colaboración de la regulación de la Ley en comento. En la mayoría de los casos se enmarca la remisión a aspectos específicos, que por su complejidad, requiere la intervención de órganos técnicos. El único caso en el cual pareciera que el legislador se excedió en el grado de discrecionalidad, es el del establecimiento de los mecanismos para hacer exigible la Garantía Explícita de oportunidad, ya que como señalamos, la única directriz que se estableció es que se trata de una materia que debe ser regulada.

A modo de recapitulación del presente Capítulo, podemos constatar que entre las diversas garantías que existen para tutelar los derechos fundamentales, en el derecho a la protección de la salud es de gran importancia el principio de la reserva de ley, debido a que es un derecho que no cuenta con un desarrollo de los mecanismos procedimentales para hacerlo exigible a nivel constitucional. De esta manera, resulta fundamental el desarrollo del derecho por medio de la vía legislativa, puesto que en ésta se concreta el contenido preciso de éste, lo hace vinculante respecto de organismos determinados y establece los mecanismos para hacerlo exigible. En este sentido, es esencial que el legislador se apegue a los elementos del principio de la reserva legal recién expuestos, con el objeto de que se logre la efectiva tutela del derecho.

En vista de lo anterior, podemos concluir que, en relación a los elementos que deben estar presentes en la remisión que hace la Constitución a la Ley, éstos se encuentran mayoritariamente cumplidos, salvo por el hecho de que el legislador no se refiere a los procedimientos para hacer exigibles las Garantías Explícitas en Salud, sino que dichos mecanismos fueron regulados en definitiva por órganos administrativos. De esta forma, la Ley no se pronuncia sobre todos los aspectos a que estaba obligada en virtud del mandato constitucional.

Respecto de los elementos que deben concurrir en la remisión que hace la Ley AUGE a la normativa reglamentaria, podemos señalar que éstos, en general, también se cumplen. Sin embargo, encontramos diversas falencias.

En primer lugar, pudimos constatar un problema de técnica legislativa en la configuración de los mandatos, ya que la mayoría de ellos se encuentran dispersos en más de una disposición, lo que conlleva a un problema de sistematización en el mandato

---

legal. En segundo lugar, el mandato legal contenido en el artículo 3 referido a la regulación de las prestaciones no- AUGE, no ha sido aún desarrollado por el Ministerio de Salud, por ende, no se ha dado cumplimiento a ley de remisión. En tercer lugar, la regulación del procedimiento para hacer exigible la garantía de oportunidad fue realizada por un organismo distinto al preceptuado por el artículo 29 inciso 2° de la Ley AUGE, de modo que con esto se vulneró la exigencia de la cobertura legal previa. En último lugar, en relación a los mecanismos para hacer exigibles las garantías de acceso, calidad y protección financiera no existe una norma de remisión en la Ley AUGE que delegue la normativa reglamentaria aplicable, en este sentido nos encontramos con una omisión por parte del legislador.

**LA TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A PARTIR DE  
LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS**

---



# CONCLUSIONES

En este trabajo hemos desarrollado cómo el derecho a la protección de la salud ha sido especificado por medio de la dictación de la Ley N° 19.966, en especial si a través de ésta se ha logrado una tutela efectiva del referido derecho constitucional. En las próximas líneas sistematizaremos las principales conclusiones a las que hemos arribado a lo largo de este trabajo.

1. El derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental, debido a que se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política y es un bien jurídico esencial para la sociedad toda, en el sentido de que es presupuesto básico para el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

2. Asimismo, el derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental social, lo que implica que es de carácter programático y, por ende, su cumplimiento se encuentra supeditado a las condiciones económicas, políticas y sociales con las que cuenta el país. La consecuencia de esto es que, sin perjuicio de ser incuestionable su existencia como derecho fundamental, su exigibilidad depende del desarrollo que se efectúe a nivel legal.

3. Por su carácter de derecho fundamental, se encuentra protegido por garantías de diversas especies. Para estos efectos, adherimos a un concepto amplio de garantía, entendiéndose por tal, todos los medios contemplados en el ordenamiento jurídico que contribuyan a la tutela de los derechos fundamentales. Es por esto que cabe constatar que la garantía judicial de los derechos, esto es, los medios jurisdiccionales para hacerlos exigibles, es un tipo de garantía que, sin perjuicio de ser una de las más importantes, no

es la única. También encontramos la garantía de la reserva de ley, que obliga a que la especificación del contenido de los derechos constitucionales se realice por el legislador, sin perjuicio de que en cumplimiento de algunos requisitos, en ciertos casos se permita la colaboración reglamentaria.

4. Atendido a que el derecho a la protección de la salud es un derecho social, la garantía judicial no se encuentra consagrada a nivel constitucional, sino que es necesario que se establezca a nivel legal. Por lo anterior, la garantía de la reserva legal cobra especial relevancia en este caso, ya que es principalmente ésta la encargada de tutelar la esencia del derecho.

5. En el caso del derecho a la protección de la salud, la reserva de ley es de carácter regulatoria y se encuentra consagrada en el inciso 4° del artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República, norma que debe orientar el desarrollo legislativo del referido derecho.

6. El desarrollo legislativo del precepto constitucional en comento, se ha llevado a cabo por medio de una serie de cuerpos legales, que vienen a concretar la garantía de la reserva de ley del derecho a la protección de la salud. Sin embargo, el objeto de nuestro análisis ha sido la Ley N° 19.966, que establece un Régimen General de Garantías en Salud (Plan AUGE), debido a que innova al consagrar explícitamente derechos que pueden hacerse efectivos por los beneficiarios del sistema de salud público y privado.

7. La Ley AUGE introduce las denominadas Garantías Explícitas en Salud, relativas al acceso, oportunidad, calidad y protección financiera con que deben otorgarse las acciones de salud. Cabe señalar que éstas sólo están contempladas para un número acotado de problemas de salud, cuya determinación responde a una priorización que se efectúa tomando en cuenta factores epidemiológicos, sociales y económicos. De esta manera, un número limitado de patologías se encuentran protegidos con estándares explícitos de atención.

8. El hecho de que no todos los problemas de salud presentes en la población se encuentren cubiertos con Garantías Explícitas se condice con el carácter social del derecho a la protección de la salud. En este sentido, sin perjuicio de que la atención de los beneficiarios es desigual, esto se explica en la condición programática de este derecho, en tanto su protección depende de los medios políticos, económicos y sociales que se encuentren disponibles en un momento dado. Por lo tanto, con el establecimiento de las Garantías Explícitas en Salud se avanza en la tutela del referido derecho.

9. Ahora, la novedad de la Ley AUGE es que precisa a qué tienen derecho los beneficiarios de las Garantías Explícitas en Salud y, por ende, qué es lo que pueden exigir. Sin embargo, falla al omitir la remisión de los mecanismos que permiten hacer efectivas dichas garantías, en el evento de incumplimiento por parte de los prestadores de salud. En todo caso, como vimos en el Capítulo II, el sistema de salud contempla procedimientos que permiten reclamar el otorgamiento de las Garantías Explícitas, lo que es fundamental para darle operatividad al derecho a la protección de la salud.

10. Considerando que la Ley AUGE desarrolla el contenido del derecho a la protección de la salud, una tutela efectiva de dicho precepto, debe cumplir con los elementos de la garantía de la reserva de ley, tanto a nivel constitucional, como legal.

11. En relación a los elementos de la reserva de ley a nivel constitucional, el requisito del mandato constitucional se deriva del inciso 4° del artículo 19 N° 9 de la Constitución Política. En éste se determinó felizmente el alcance del mandato, ya que señaló todos los aspectos sobre los cuales debe versar la regulación, específicamente la forma y las condiciones de ejercicio del derecho. Además, de los demás preceptos es posible desprender los lineamientos generales que la orientan. Cabe señalar que la redacción del mandato se condice con el carácter social del derecho a la protección de la salud, debido a que se establece cuál es el objeto de regulación, pero no cómo debe llevarse a cabo. Lo anterior, porque al ser un derecho programático la especificación legislativa depende de las condiciones sociales, políticas y económicas presentes en la sociedad.

12. El legislador cumplió el requisito de la obligación constitucional, porque dictó la Ley N° 19.966, la cual desarrolla el mandato constitucional y en consecuencia no se configura una omisión.

13. Respecto del requisito del contenido material de la ley, en primer lugar, la Ley AUGE desarrolló el contenido preciso que en virtud del mandato constitucional debía contener. En segundo lugar, reguló en términos generales la forma y las condiciones de ejercicio del derecho, remitiendo a la colaboración administrativa la especificación de éstas, lo cual consideramos conveniente en vista del carácter técnico y dinámico de estas materias. En tercer lugar, estableció con claridad los organismos obligados al otorgamiento de las Garantías Explícitas, permitiendo que haya certeza respecto de quienes deben prestarlas. En cuarto lugar, en relación a los mecanismos para hacer exigibles las referidas garantías, el cumplimiento del mandato es defectuoso, debido a que la Ley no contempla dichos mecanismos ni contempla una remisión a la normativa que la regula. Por último, la Ley AUGE manifiesta los principios generales contenidos en la Constitución.

14. El requisito de la cobertura legal previa se encuentra contenido en el inciso 4° del artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República.

15. Tratándose de los elementos de la reserva legal en la colaboración reglamentaria, con respecto al requisito del mandato al legislador, la Ley AUGE contiene once mandatos distintos que se remiten a la Administración, para que ésta complemente la regulación relativa a las Garantías Explícitas en Salud. Podemos constatar a su vez, que algunos mandatos se encuentran dispersos en más de una disposición, lo cual es inconveniente para efectos de una sistematización adecuada de la regulación del derecho a la protección de la salud. Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de los mandatos están bien configurados, debido a que se refieren al objeto de la regulación, al organismo remitido y al tipo de instrumento que debe contenerla. En pocos casos falta alguno de dichos supuestos, pero casi siempre pueden desprenderse del contexto.

16. En relación al requisito de obligación del Administrador, la mayoría de los mandatos plasmaron el contenido que debían regular, en los instrumentos y por los organismos remitidos. No obstante, por una parte, el mandato contenido en el artículo 3 de la Ley AUGE, relativo a las condiciones de ejercicio de las prestaciones no- AUGE no ha sido cumplido aún. Por otra parte, en el caso del procedimiento para hacer exigible la garantía de oportunidad, el Ministerio de Salud se arrogó la facultad de regularlo, la cual

estaba radicada en la Superintendencia de Salud. Lo anterior constituye una infracción al principio de la reserva legal y al artículo 7 de la Constitución Política.

17. En lo relativo al requisito que verifica el grado de discreción concedido por la Ley al Administrador, es preciso señalar que en general, los mandatos acotan un ámbito de regulación al Administrador, señalando las materias específicas que debe contener la normativa reglamentaria. Esto se condice con el principio de reserva legal, ya que el legislador no exagera en la remisión, pero permite un mejor resultado. Sin embargo, consideramos que tratándose de la remisión de los mecanismos para hacer efectiva la garantía de oportunidad, el legislador se excede en el grado de discreción concedido al Administrador, ya que le encarga en términos amplios su regulación, sin contemplar lineamiento alguno.

18. A modo de recapitulación del análisis relativo a la reserva de ley, podemos señalar que, en términos generales, tanto a nivel constitucional como a nivel legal, se cumplen con los elementos de dicha garantía. Lo anterior es de la mayor importancia, debido a que tratándose de los derechos sociales, su tutela está radicada principalmente en la garantía de la reserva legal, ya que es por medio de ésta que se desarrolla el contenido y la exigibilidad del derecho. No obstante, como vimos, la Ley AUGE falla en el desarrollo de los mecanismos para hacer efectivas las Garantías Explícitas en Salud, ya que sólo se remite a la regulación de dichos mecanismos respecto de la garantía de oportunidad y lo hace de una manera excesivamente amplia. Más aún, si consideramos que en los derechos sociales, su exigibilidad se contempla únicamente a nivel legal, esta omisión es de mayor gravedad.

19. La omisión de la regulación de los medios para hacer exigibles las demás garantías o la falta de remisión a otros cuerpos normativos, vulnera el principio de reserva legal, debido a que no queda claro cuál es el derecho que regula todos los aspectos del mandato constitucional. Sin embargo, cabe recalcar que el problema no es que la Ley AUGE no contenga todos los aspectos del referido mandato, sino que no plasme en sus disposiciones en qué normativa ello se encuentra regulado. Es por esto que la Ley AUGE no se basta así misma, ya que sin perjuicio que los beneficiarios saben a qué tienen derecho, no tienen certeza de cómo pueden hacerlo exigible.

20. Finalmente, cabe señalar que sin perjuicio de los defectos de la Ley AUGE, su dictación es beneficiosa para la tutela del derecho a la protección de la salud. Afirmamos lo anterior porque la referida Ley constituye un avance en materia sanitaria, ya que, por primera vez, se establecen derechos con contenido específico que pueden ser exigidos.

---

# BIBLIOGRAFÍA

## LIBROS

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- BOBBIO Norberto. Igualdad y Libertad, Ediciones Paidós, Barcelona, 1993.
- CEA EGAÑA, José Luís. El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica, Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999.
- DE CABO, Antonio- PISARELLO, Gerardo. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo III, 1999.
- FAVOREAU, L. *Doit Constituionnl*, Editorial Dalloz, traducción de Daniela Peña, 1998.
- GIACONI, J. y CONCHA, M. El Sistema de Salud Chileno Reformado, Serie Monografía 2005, Ediciones Universidad Mayor, Facultad de Medicina, Santiago, 2005.

- GÓMEZ Bernales, Gastón. Derechos Fundamentales y Recurso de Protección, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005.
- HESSE, Conrado. El Significado de los Derechos Fundamentales, Manual de Derecho Constitucional, Editorial Evap-Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HUMERES Noguera, Héctor. Derecho del trabajo y de la seguridad social, 16ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- JIMÉNEZ, Campo, Javier. Derechos Fundamentales Concepto y Garantías, Editorial Trotta, Madrid 1999.
- NOGUEIRA, Humberto. Dogmática constitucional, Editorial Universitaria de Talca, Talca, 1997.
- PECES-BARBA, G. y otros. Curso de Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PEREIRA, Antonio. Teoría Constitucional, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998.
- SILVA BASCUÑÁN, Antonio. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.
- SQUELLA Narducci, Agustín. Introducción al derecho. Editorial Jurídica, Santiago, 2000.

## **REVISTAS**

- ALVAREZ, Sergio. Aspectos del derecho a la protección de la salud como garantía fundamental de un estado de derecho. Revista de Derecho Público, (47/48), Santiago, 1990.
- ARRAU Corominas, Fernando. Conceptualización del Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma, Serie de Estudios de Anticipación, (1), Santiago, 2002.
- BULNES, Luz. El derecho a la protección a la salud en la Constitución de 1980. Gaceta Jurídica, (295): 12-29, Santiago, 2005.
- CARMONA, Santander, Carlos. Tendencias del Tribunal Constitucional en relación ley-reglamento, Revista de Derecho Público, (61): 180-193, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1998.
- CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN. Proyecto de Reforma de la Salud en Chile, En: Estudios de la Seguridad Social, (93): 123-137, Buenos Aires, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, P. Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9 (25), Madrid, 1989.
- CASTRO F., Rodrigo, Análisis y Comentarios al Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud –Auge-, Serie Informe Social, (71), Libertad y Desarrollo, Santiago, Octubre de 2002.

- DURAN, Ribera, William. La Protección de los Derechos Fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional, Ius et Praxis: Derecho en la Región, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 8 (2): 177 y s.s., Talca, 2002
- FERMANDOIS, Vöhringer, Arturo. La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que desaparece. Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, (28): 287-298, Santiago, abril/junio 2001.
- GARCÍA, Gonzalo. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo Contra la Administración?, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Derecho, (5): 1-240, Santiago, 2004.
- JORDÁN, Tomás. Ley N° 19.966, que crea un Régimen General de Garantías en Salud. Sinopsis y Análisis desde la perspectiva de los Derechos. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, (1): 99-109, 2005.
- RUIZ-TAGLE, Pablo. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile. Revista de Derecho Público. (63): 183, Santiago, 2002.

## PONENCIAS

- AUTEXIER, Christian, 1997, citado por ALDUNATE, Eduardo. La colisión de derechos fundamentales. En: Ponencia al I Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, Universidad de Chile, Santiago, 2003.

## MEMORIAS

- ALLIENDE Crichton, Fernando. La Reserva de Ley. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2000.
- ROJAS Solari, Andrea Eugenia. La delimitación del concepto de garantía de los derechos fundamentales: la garantía jurisdiccional, sus presupuestos y requisitos. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, 2003.

## INFORMES

- Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 13 de Noviembre de 2002. Presentado en la Sesión 31ª de la Cámara de Diputados de fecha 10 de diciembre de 2002. [en línea] <<http://sil.congreso.cl/docsil/info5290.doc>>

[Consulta el 5 de abril de 2005]

- Segundo Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 8 de enero de 2003. Presentado en la Sesión 43ª de la Cámara de Diputados de fecha 15 de enero de 2003. [en línea] <<http://sil.congreso.cl/docsil/info5780.doc>>

[Consulta el 5 de abril de 2005]

- Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 30 de abril de 2004. Presentado en la Sesión 53ª de la Cámara de Diputados de fecha 4 de mayo de 2004. [en línea] <<http://sil.congreso.cl/docsil/info6386.doc>>

[Consulta el 5 de abril de 2005]

- Informe Complementario de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 17 de mayo de 2004. Presentado en la Sesión 58ª de la Cámara de Diputados de fecha 18 de mayo de 2004. [en línea] <<http://sil.congreso.cl/docsil/info6440.doc>>

[Consulta el 5 de abril de 2005]

- Segundo Informe de la Comisión de Salud sobre el Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud (Boletín N° 2947-11), 21 de julio de 2004. Presentado en la Sesión 17ª del Senado de fecha 4 de agosto de 2004. [en línea] <<http://sil.congreso.cl/docsil/info6695.doc>>

[Consulta el 5 de abril de 2005]

-ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, Información para la Equidad en Salud en Chile, Santiago, Chile, Marzo de 2001.

- RIBERA Teodoro, Informe en derecho: Constitucionalidad del Fondo de Compensación en el Proyecto de Ley que modifica la Ley de Isapre, no publicado, Santiago, septiembre de 2004.

## **HISTORIA LEGISLATIVA**

-Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, 1976.

-Actas Oficiales del Consejo de Estado, versión manuscrita, Sesión 59ª.

-Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario Ley 19.966, Establece Régimen de Garantías de Salud, Santiago, Chile, 2004.



## LEGISLACIÓN

- Constitución Política de la República de Chile de 1980, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2002.
- Ley N° 18.469. CHILE. Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de noviembre de 1985.
- Ley N° 18.933. CHILE. 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 1980. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo de 1990.
- Ley N° 19.937. CHILE. Modifica el D.L. N° 2.763, 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, publicada en el Diario Oficial con fecha 24 de febrero de 2004.
- Ley N° 19.966. CHILE. Establece un régimen de garantías en salud. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de septiembre 2004.
- Ley N° 19.895. CHILE. Establece normas sobre solvencia y protección de personas incorporadas a las Isapres. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de agosto de 2003.
- Ley N° 20.015. CHILE. Modifica la Ley N° 18.933 sobre Instituciones de Salud Provisional. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de mayo de 2005.
- Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Salud. Fija cobertura financiera mínima por aplicación del artículo 31 de la Ley N° 19.966, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2005.
- Decreto Supremo N° 47 del Ministros de Salud. Aprueba Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 1 de febrero de 2005.
- Decreto Supremo N° 69 del Ministerio de Salud. Establece normas para el funcionamiento del Consejo Consultivo a que se refiere la Ley N° 19.966, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 8 de julio de 2005.
- Decreto Supremo N° 121 del Ministerio de Salud. Aprueba Reglamento que establece normas para la elaboración y determinación de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de agosto de 2005.
- Decreto Supremo N° 136 del Ministerio de Salud. Aprueba Reglamento que establece normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las

Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 2 de septiembre de 2005.

- Decreto N° 170 del Ministerio de Salud. Aprueba Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud, Santiago, Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de enero de 2005.
- Resolución N° 344 del Ministerio de Salud. Aprueba normas técnicas, médicas y administrativas para el cumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966 y la aplicación del arancel del Régimen de Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966, publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de junio de 2005.
- Circular N° 4 de la Superintendencia de Salud. Imparte instrucciones sobre tramitación de reclamos ante el Fondo Nacional de Salud e Instituciones de Salud Provisional. 6 de mayo de 2005.
- Circular N° 8 de la Superintendencia de Salud. Imparte instrucciones sobre procedimiento de arbitraje para el conocimiento, tramitación y resolución de controversias que surjan entre las Instituciones de Salud Provisional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios. 8 de julio de 2005.
- Circular N° 29 de la Superintendencia de Salud. Imparte instrucciones respecto a la información, para la fiscalización y control de las Garantías Explícitas en Salud (GES) y el Examen de Medicina Preventiva. 29 de julio de 2005.
- Circular N° 35 de la Superintendencia de Salud. Imparte instrucciones sobre información estadística. 1 de julio de 2005.

## **RECURSOS ELECTRÓNICOS**

- CEA Egaña, José Luis. Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena. Revista de Derecho (Valdivia), [en línea], diciembre, 1998, Vol. 9, No. 1, p. 65-104.

<[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)>

[Consulta el 4 enero de 2006]

- COLEGIO MÉDICO de Chile, Análisis comentado de la propuesta del gobierno sobre reforma a la salud [en línea], III Análisis de Proyectos y Propuestas Legislativas, Julio 2002, < [www.colegiomedico.cl/archivos/Analisisproyecto.pdf](http://www.colegiomedico.cl/archivos/Analisisproyecto.pdf). > [Consulta el 1 de mayo de 2005]
- COLEGIO MÉDICO de Chile, Régimen de Garantías en Salud: Estudio del Mensaje que lo propone al Parlamento, [en línea], III Análisis de Proyectos y Propuestas Legislativas, Junio 2002, < [www.colegiomedico.cl/archivos/Analisisproyecto.pdf](http://www.colegiomedico.cl/archivos/Analisisproyecto.pdf). > [Consulta el 1 de mayo de 2005]
- COLEGIO MÉDICO de Chile, Régimen de Garantías en Salud: Análisis General y Descriptivo, [en línea], III Análisis de Proyectos y Propuestas Legislativas, < [www.colegiomedico.cl/archivos/Analisisproyecto.pdf](http://www.colegiomedico.cl/archivos/Analisisproyecto.pdf). > [Consulta el 1 de mayo de 2005]

2005]

- COLEGIO MÉDICO de Chile, Reforma a la Salud: Sus cinco proyectos de Ley, [en línea], < [http://www.colegiomedico.cl/reforma\\_salud.asp?ids=310](http://www.colegiomedico.cl/reforma_salud.asp?ids=310). > [Consulta el 1 de mayo de 2005]
- MINISTERIO DE SALUD DE CHILE, Documento de trabajo propuesta al país Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE): Eje de la Reforma de la Salud, Santiago, 2002. [en línea] <[http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/detalle\\_noticia.asp?id\\_noticia=53666](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/detalle_noticia.asp?id_noticia=53666)> [Consulta 3 de mayo de 2005]
- MINISTERIO DE SALUD. Documento para la aplicación del Sistema AUGE en las Redes de Atención del Sistema Nacional de Servicios de Salud. Piloto AUGE 2004. [en línea] <[http://www.bcn.cl/pags/home\\_page/ver\\_articulo\\_en\\_profundidad.php?id\\_destaca=240](http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=240)> [Consulta 3 de mayo de 2005]
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El principio de reserva legal en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional. *Ius et Praxis*. [en línea]. 2003, vol.9, no.1, p.541-544. < [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-) > [Consulta el 4 enero de 2006]
- SALUD Y FUTURO, El Impacto del Plan AUGE en el Proceso de Reforma de la Salud, [En línea], Análisis Online, 26 de marzo de 2002, Año 1, N° 5, < [http://www.saludyfuturo.cl/pags/online/cont\\_pag5.htm](http://www.saludyfuturo.cl/pags/online/cont_pag5.htm) > [Consulta el 19 de abril de 2005]

## JURISPRUDENCIA

- Fallo del Tribunal Constitucional, “Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones”. Rol N° 33, 24 de septiembre de 1985, [en línea], < <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 3 de octubre de 2005]
- Fallo del Tribunal Constitucional, “Letreros Camineros I”. Rol N° 146, 21 de abril de 1992, [en línea], < <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 15 de enero de 2006]
- Fallo del Tribunal Constitucional, “Letreros Camineros II”. Rol N° 167, 6 de abril de 1993, [en línea], < <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 15 de enero de 2006]
- Fallo de Corte Suprema, Rol N° 24.360, 12 de enero de 1995, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII (1) sección 5, enero-abril 1995, [en línea], < <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 15 de enero de 2006]
- Fallo del Tribunal Constitucional, “Caso Playas”. Rol N° 245 (246), 2 de diciembre de 1996, [en línea], < <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 15 de enero de 2006]

**LA TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A PARTIR DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍAS**

---

- Fallo del Tribunal Constitucional, “Rechazó el Decreto N° 171 de Vivienda”. Rol N° 253, 15 de abril de 1997, [en línea],  
< <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 25 de septiembre de 2005]
- Fallo del Tribunal Constitucional, “Ley de Presupuestos”. Rol N° 254, 26 de abril de 1997, [en línea],  
< <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 25 de septiembre de 2005]
- Fallo del Tribunal Constitucional, “Remuneraciones MOP”. Rol N° 276, 28 de julio de 1998, [en línea],  
< <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 15 de enero de 2006]
- Fallo del Tribunal Constitucional, “Décimo Protocolo con Bolivia”. Rol N° 282, 28 de enero de 1999, [en línea],  
< <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta el 15 de enero de 2006]
- Fallo del Tribunal Constitucional, “Reserva Legal y Potestad Reglamentaria”. Rol N° 370, 9 de abril de 2003, [en línea],  
< <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> > [Consulta de 25 de septiembre de 2005]