

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 23 de diciembre de 2013 – Sesión Extraordinaria 188

I.- ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

Con fecha 20 de diciembre de 2011 el Ejecutivo ingresó un proyecto de ley que “Modifica el Sector Privado de Salud, incorporando un Plan Garantizado” (Boletín N° 8105-11). El proyecto se funda en la necesidad de abordar *“una reforma integral al financiamiento del Sistema de Salud Privado de Salud”*^{1/2}, que tuvo como antecedente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular la Sentencia Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010, que declaró inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933.

Como lo indica el Mensaje, la Sentencia del Tribunal Constitucional estableció que *“las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable”* (c. 145°); y que parte de las reglas contenidas en el artículo 38 ter no cumplían con dichos requisitos, siendo contrarias a la igualdad ante la ley al no instituir *“límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables”* (c. 145°). Además, dicha sede señaló que *“nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes”* (c. 134°)³.

Así, el Proyecto tiene por objeto *“recoger los aportes y cuestionamientos precedentemente reseñados”*, pretendiendo con la creación del Plan Garantizado de Salud dar cumplimiento a las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional en orden a ofrecer *“un conjunto uniforme de prestaciones, respecto de las cuales cada institución establecerá un precio único, cumpliendo de esta forma con el deber de garantizar el acceso a prestaciones básicas y uniformes”*⁴.

¹ Mensaje del Proyecto de Ley, p. 2.

² El Proyecto tuvo como antecedente inmediato el Proyecto de Ley Boletín N° 7539-11, el cual fue reemplazado por el Proyecto que se encuentra actualmente en tramitación.

³ Mensaje del Proyecto de Ley, p. 5.

⁴ Mensaje del Proyecto de Ley, p. 5.

Sintéticamente, los contenidos del Proyecto de Ley original eran los siguientes:

- **La creación de un Plan Garantizado de Salud (PGS).** Éste incluye: **1.** Las Garantías Explícitas en Salud (GES); **2.** La Cobertura para Gastos Catastróficos en salud; **3.** La cobertura ante eventos de emergencia vital; **4.** El Examen de Medicina Preventiva incluido en el régimen GES, y **5.** Las prestaciones curativas y la cobertura financiera que se fijen conforme al procedimiento señalado al efecto.
- **La no inclusión en el Plan Garantizado del subsidio de incapacidad laboral.** Éste deberá ser cobrado adicionalmente respecto de los/las trabajadores/as dependientes e independientes que correspondan.
- **La creación de un fondo de compensación.** El objetivo es permitir la solidaridad de riesgos sanitarios entre todos quienes integran el sistema privado de salud. Los factores de riesgo que se compensarán se determinarán sobre la base de los costos efectivos registrados por el Plan Garantizado de Salud, para todos los beneficiarios del Sistema de Isapre, incorporando, al menos, sexo y edad.
- **El establecimiento de Beneficios complementarios.** Las Isapre podrán ofrecer tales beneficios que consistan en aumentos de cobertura para prestaciones específicas o que estén estructurados como un conjunto de beneficios de salud ambulatorios u hospitalarios, mejorando la cobertura del Plan Garantizado de Salud.
- **Establecimiento de Indicadores elaborados por el INE para el alza de los Planes.** El proyecto faculta a las Isapre a subir el precio del PGS y del plan complementario, pero establece ciertos indicadores para su procedencia. Los indicadores serán aquellos que permitan ajustar la variación de los precios de las prestaciones de salud, la variación experimentada en la frecuencia de uso de las mismas y la variación del gasto en subsidios por incapacidad laboral.
- **Existencia de índices elaborados por un Panel de Expertos.** Calculará anualmente índices referenciales de variación porcentual de los precios del PGS y de la cobertura de los subsidios por incapacidad laboral. Dichos índices se basarán en los indicadores elaborados por el INE.

Con fecha 15 de enero de 2013 el Proyecto de Ley fue aprobado por la Cámara de Diputados, pasando a su segundo trámite constitucional ante el Senado. El proyecto aprobado no comprendía la creación del un Plan Garantizado de Salud, por lo que fue objeto de una indicación sustitutiva del Ejecutivo con fecha 20 de marzo de 2013. Los principales aspectos de la Indicación son los siguientes:

- **El reestablecimiento del “Plan Garantizado de Salud** y la obligación de entregarlo a los beneficiarios del sistema privado de salud (el mismo para todos).
- **La no inclusión en el Plan Garantizado del subsidio de incapacidad laboral.**
- **La obligación de las Isapre de proporcionar información.** Ésta debe ser suficiente y oportuna a sus afiliados y al público en general respecto de las materias fundamentales de los contratos que ofrecen. Junto con ello, la obligación de las Isapre de remitir anualmente una tabla comparativa a los beneficiarios con los precios cobrados por cada Isapre.
- El derecho de las Isapre a comercializar planes o beneficios complementarios.
- El derecho del cotizante a desahuciar su contrato una vez transcurrido un año de su vigencia.

- **Reajuste de planes de Isapre.** Se establece el derecho de las Isapre para modificar el precio que cobran por el Plan Garantizado de Salud, el precio correspondiente a la cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral y modificar los precios de los Beneficios Complementarios.
Para estos efectos el Instituto Nacional de Estadísticas deberá calcular indicadores de la variación de los precios de las prestaciones de salud, de la variación experimentada en la frecuencia de uso de las mismas y de la variación del gasto en subsidios por incapacidad laboral.
Junto con lo anterior, se consagra un Panel de Expertos (asesor) que calculará anualmente índices referenciales de variación de los precios del Plan Garantizado de Salud, de la cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral, basados en los indicadores elaborados por el Instituto Nacional de Estadísticas.
- La incorporación de la facultad al Ministerio de Salud para revisar los montos de protección financiera y las prestaciones del arancel del Plan Garantizado de Salud junto a la prima comunitaria.
- **La creación de un Fondo de Compensación del Plan Garantizado de Salud entre Isapre.** Su finalidad será solidarizar los riesgos en salud entre los beneficiarios de éstas, en relación con las coberturas, prestaciones y condiciones de salud contenidas en el Plan Garantizado de Salud.

II.- ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NACIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU IRRADIACIÓN A LA ESFERA DE LOS SEGUROS PRIVADOS DE SALUD

II.1.- Los estándares internacionales del derecho a la salud

El derecho a la protección de la salud ha sido establecido normativamente en diversos convenios internacionales. Su consagración y aplicabilidad se funda en la indivisibilidad y exigibilidad de los derechos humanos, entendiéndose que el pleno goce de los derechos civiles y políticos está ligado al goce de los derechos económicos, sociales y culturales⁵. A partir de ahí, su examen exige observar los distintos documentos que lo disponen y cómo se

⁵ El Protocolo de San Salvador (1988), en su Preámbulo señala: "Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros". La Declaración de Quito (1998) en sus Principios General afirma en sus numerales 14 y 15: "Los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, y los DESC tienen el mismo estatuto legal, importancia y urgencia que los derechos civiles y políticos (...)"El goce de los derechos económicos, sociales y culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos. Asegurar el goce de los derechos civiles y políticos sin considerar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza y reproducen las inequidades sociales.". Sobre la indivisibilidad de los derechos humanos, ver a nivel doctrinal: London. Leslie, "What is human Rights-based approach to Elath and does it matter?", Critical Concep, ver: http://api.ning.com/files/jc-mhw3cbqba0ctUEVZ1U2OPwcOwPuQ0rPFC8y982KVsQF7I7U6TAFewDoQ3CIn5IAG-mndwU2h*0yAUIhLAvL-m2husMcZ2/leslielondonhumanrightsapproach.pdf

configura, en cada caso, su significación y obligatoriedad para los Estados. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 25.1 establece que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC de 1966), la norma más importante en la materia que consagra el derecho a la salud, disponiendo en su artículo 12.1 que: *“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”*⁶. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) afirma en su artículo 10 letra h) el derecho al **Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia**; y en su artículo 11.1 letra f) la no discriminación en materia de derecho a la protección de la salud, indicando que se tutela el **“derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”**.

La Convención de Derechos del Niño (1989) al reconocer la importancia de los medios de comunicación social exige a los Estados partes que los niños y niñas tengan acceso a información y material que tenga por *“finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental”*; y su artículo 24.1 se dispone como un derecho particular del derecho a la protección de la salud de los niños y niñas, reconociendo el derecho de éstos al **“disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”**⁷.

⁶ El numeral 2 del artículo 12 consagra las obligaciones para el Estado: *2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*

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

⁷ En particular el Convenio exige a los Estado: *2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:*

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;*
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;*
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;*
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;*
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el*

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador -1988-), en su artículo 19 estableció el derecho a la salud. En particular el numeral 1° de dicho artículo dispone “1. Toda persona **tiene derecho a la salud**, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” y como obligación de los Estados “**reconocer la salud como un bien público** y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho”⁸.

Así, y primariamente, podemos convenir que el derecho a la salud se sostiene internacionalmente con base a los siguientes elementos: i) la existencia del derecho a la salud (o a la protección de la salud, utilizados como nomenclaturas indistintas); ii) la ligazón del derecho con la exigencia que las personas tenga un nivel de vida adecuado; iii) que su definición mínima está referida al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; iv) que el acceso a medios informativos que permitan contribuir a asegurar la salud, es consustancial al derecho; v) la relevancia de la promoción la salud física y mental; y vi) el reconocimiento de la salud como un bien público.

Para este informe, especial relevancia tienen las normas del PIDESC, cuyos contenidos han sido interpretados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por medio de observaciones generales, de carácter no vinculante para los Estados, particularmente la Observación General N° 14 de 2000 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, artículo nuclear del derecho a la salud. Junto con ello, concurren al análisis otras observaciones generales que permiten complementar y configurar el derecho, en particular la Observación General N° 3 de 1990 (La índole de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC), N° 5 sobre “Las personas con discapacidad” (1994), N° 6 de 1995 (Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores), N° 16 de 2005 (La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales) y N° 19 de 2007 (El derecho a la seguridad social). Junto con ello, acompaña este examen el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud de los años 2003, 2006 y 2008. Se hará referencia cuando corresponda a

saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

⁸ Entre esas medidas el artículo 10 señala: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

lo señalado en el Informe Anual de Derechos Humanos del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2011.

En lo que sigue se realizará un examen explicativo de los principales componentes del derecho a la salud con miras a configurar el contenido del derecho y cómo éstos se ordenan como parámetro de comparación para la normativa nacional que regula el sub-sistema privado de salud, por medio de seguros. Para ello se partirá afirmando la salud como un derecho humano; estableceremos la definición básica del derecho a la salud, la configuración de sus elementos conformadores, las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento que la norma internacional exige a los Estados junto a la obligación de no discriminación e igualdad de trato, especialmente con relación a las mujeres, la importancia de la adopción de medidas legislativas para dar efectividad al derecho y la proporcionalidad del límite a los derechos.

1.- La afirmación de la salud como derecho humano. El Comité PIDESC inicia su análisis sosteniendo que el derecho a la salud es *“un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios”*⁹. Lo anterior lo presenta como un **derecho relacional**, inmerso en el sistema de derechos, donde éste se configura e interactúa. No es posible entender el derecho a la salud como un derecho aislado, sino junto con otros.

En segundo término es un **derecho presupuesto**. El ejercicio de otros derechos está vinculado a la realización de la protección de la salud. En breve, sin derecho a la protección de la salud no es posible ejercer los demás derechos. De igual manera se indica que esa vinculación es bidireccional, pues también su ejercicio depende de los otros derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación¹⁰.

De esta manera, se ha definido como un **derecho inclusivo** que no sólo se extiende a la atención oportuna y apropiada, sino que incluye los principales factores determinantes de la salud (acceso a agua potable limpia y condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos etc...); como también la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con la salud en el nivel comunitario, nacional e internacional¹¹.

2.- La definición básica del derecho a la salud. El Comité le reconoce a todo ser humano el *“derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir*

⁹ Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, numeral 1.

¹⁰ Observación General N° 14 Numeral 2.

¹¹ Observación General N° 14, numeral 11 y 17. Informe Anual de Derechos Humanos para el año 2011 p. 153.

dignamente”, lo que no se entiende como un “*derecho a estar sano*”¹². El derecho está constituido por una concurrencia múltiple de elementos que determinan ese estado máximo posible de salud, entre ellos factores socioeconómicos, la alimentación, la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano¹³. El derecho incorpora en su contenido derecho y libertades, tales como la libertad de controlar la propia salud y el cuerpo, la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias. Desde la perspectiva del modelo de derechos, concurre el derecho a “*un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud*”^{14/15}. Así, se ha indicado que el derecho a la salud se puede interpretar como “*un derecho a un sistema de salud eficaz e integrado, que abarque la atención de la salud y los determinantes subyacentes de la salud, que responde a las prioridades nacionales y locales y es accesible para todos*”¹⁶.

Esta definición se ha particularizado con relación a las **personas mayores** señalándose que tienen derecho a exigir políticas sanitarias dirigidas a conservar la salud física y mental, y que comprende “*una visión integradora, desde la prevención y la rehabilitación, hasta la asistencia a los enfermos terminales*”¹⁷; conllevando inversión estatal en **promoción** de estilos de vida saludables; en **prevención** de enfermedades y **rehabilitación**, conservando la funcionalidad de las personas mayores, con la consiguiente disminución de costos en las inversiones dedicadas a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales¹⁸.

Con relación a la parte de la definición referida a obtener el “*más alto nivel posible de salud*”, podemos sostener que se expande a 2 elementos. Primeramente está referido al “*derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud*”, considerando condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de las personas como también los recursos de los que cuenta el Estado¹⁹. En segundo término, a la **progresividad de su realización**, recayendo en los Estados la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12²⁰; reconociendo que no se logrará en un periodo breve de tiempo. Esto último no lo priva de contenido, sino que impone dos obligaciones. Primero, la de contemplar la flexibilidad necesaria para adecuarse a las realidades y dificultades de cada país y, segundo, interpretar el derecho considerando el objetivo de dar plena efectividad a los derechos, estableciendo la obligación de proceder

¹² Observación General N° 14, numeral 8. Informe Anual de Derechos Humanos para el año 2011 p. 153.

¹³ Observación General N° 14, numeral 1 y 4.

¹⁴ Observación General N° 14, numeral 8.

¹⁵ Ver también: HUNT, Paul (2003), “The un special rapporteur on the right to health: key objectives, themes and interventions”, p. 3.

¹⁶ HUNT, Paul (2006), “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, numeral 4.

¹⁷ Observación General N° 6 “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores”, numeral 34.

¹⁸ Observación General N° 6, numeral 35.

¹⁹ Observación General N° 14, numeral 9.

²⁰ Observación General N° 14, numeral 31. Ver también: HUNT, Paul (2003), “The un special rapporteur on the right to health: key objectives, themes and interventions”, p. 3 y 4

“lo más expedita y eficazmente posible”²¹. El sistema de salud también debe ser eficaz e integrado; debe ser más que un conjunto de intervenciones verticales poco coordinadas para las diversas enfermedades. Como indicó el relator Paul Hunt en 2006: “Básicamente, esto es lo que constituye el derecho a la salud: un sistema de salud eficaz, integrado y con capacidad de respuesta, que abarque la atención de la salud y los factores determinantes subyacentes de la salud, accesible para todos”²².

3.- Elementos conformadores del derecho a la salud. El Comité ha expresado que el derecho se conforma por 4 elementos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad²³.

La **disponibilidad** está referida a que los Estados debe contar con un número suficiente de establecimientos de salud, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud, dependiendo del nivel de desarrollo de cada Estado parte.

La **accesibilidad** se vincula a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación. Esta accesibilidad es de 4 tipos: sin discriminación, física, económica y de información. Particularmente, y para los fines de este informe, es importante señalar que la accesibilidad económica se refiere a que la salud sea asequible a todas las personas, independiente del sistema de salud sea público o privado. Es así que los “pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos”. En concreto, “La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”.

El carácter relacional del derecho a la salud nos liga al examen del derecho a la seguridad social, donde los componentes sanitarios conforman su contenido mínimo, en especial la accesibilidad. Se ha sostenido que éste busca permitir el acceso a la salud (pública, privada o mixta) y que las personas no tengan gastos excesivos en la atención de salud. Abarca el “derecho a la atención de salud” y la obligación de garantizar que “se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud. En los casos en que el sistema de salud prevé planes privados o mixtos, estos planes deben ser asequibles de conformidad con los elementos esenciales enunciados en la presente observación general”²⁴.

La **aceptabilidad** se vincula a que todos los establecimientos, bienes y servicios deben ser respetuosos de la ética médica y de las realidades culturales (personas, minorías, pueblos, género, comunidades, ciclo de la vida).

²¹ Observación General N° 3, numeral 9.

²² HUNT, Paul (2006), “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, numerales 8 y 10.

²³ Observación General N° 14, numeral 12.

²⁴ Observación N° 19 “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”, numeral 2 y 13.

La **calidad** se relaciona con la existencia de personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente probado y buen estado del agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

4.- Las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento²⁵. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de *respetar*, *proteger* y *cumplir*.

La obligación de **respetar** exige que los Estados se abstengan de entorpecer directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud, y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer²⁶.

La obligación de **proteger** requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención en salud, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología²⁷.

La obligación de **cumplir** comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover, requiriendo a los Estados adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud²⁸. Requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Conlleva un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición²⁹.

5.- La obligación de no discriminación e igualdad de trato, especialmente con relación a las mujeres, personas de edad avanzada y personas con discapacidad. El PIDESC prohíbe toda discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, **estado de salud**, orientación sexual, situación política, social o de otra índole que “*tenga por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de*

²⁵ Ver: Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1986), Parte I; Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (1997) numeral 6. Para la aplicación en casos concretos de estas obligaciones ver: HUNT, Paul, “Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”, numerales 77-86. En la doctrina ver: GIALDINO, Rolando (2003), “Obligaciones del Estado ante el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr6.pdf> .

²⁶ Observación General N° 14, numeral 34.

²⁷ Observación General N° 14, numeral 35.

²⁸ Observación General N° 14, numeral 34.

²⁹ Observación General N° 14, numeral 37.

goce o el ejercicio del derecho a la salud”^{30/31}. En este sentido, el Relator Paul Hunt en su Informe de 2008 expresó: *“La igualdad y la no discriminación son dos de los elementos más fundamentales de los derechos humanos en el plano internacional, incluido el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Todo Estado tiene impuesta por ley la obligación de velar por que todos puedan tener acceso al sistema de salud sin discriminación (...) La igualdad y la no discriminación están íntimamente relacionadas con el concepto sanitario decisivo de la equidad. No existe una definición de equidad de aceptación general, pero una definición válida puede ser “la igualdad de acceso a la atención sanitaria de acuerdo con la necesidad”*³².

Los Estados partes tienen una doble obligación de garantía. Primero, garantizar que el derecho será ejercido *“sin discriminación alguna y la adopción de medidas en aras de la plena realización del artículo 12”* y, segundo, *“Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados”*³³.

5.1.- No discriminación a mujeres en el ejercicio del derecho a la salud. La norma internacional profundiza un tipo de discriminación prohibida, y es la referente a evitar toda discriminación en contra de las mujeres en el ejercicio del derecho. Los Estados deben elaborar estrategias nacionales que permitan promover el derecho a la salud de la mujer durante toda su vida; tutelar el ejercicio del derecho suprimiendo todas las barreras que se opongan al acceso a los servicios de salud y *“adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”*³⁴. Además, se agrega que *“Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar”*.

En este punto es necesario tener presente lo dispuesto en la Observación General N° 16 sobre “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”, la cual en su numeral 11 y 12 define que se entiende por este tipo de discriminación: *“Constituye discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera (...) Se produce discriminación directa cuando la diferencia de trato se funda*

³⁰ Observación General N° 14, numeral 18 y 19.

³¹ HUNT, Paul (2003), “The un special rapporteur on the right to health: key objectives, themes and interventions”, p. 10-12.

³² HUNT, Paul (2003), “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, numeral 42 y 43. Ver también numeral 51 sobre obligaciones básicas de los Estados.

³³ Observación General N° 14, numerales 30 y 43 letra a).

³⁴ Observación General N° 14, numeral 21.

*directa y expresamente en distinciones basadas de manera exclusiva en el sexo y en características del hombre y de la mujer que no pueden justificarse objetivamente*³⁵.

5.2.- La Obligación de no discriminación a las personas de edad avanzada. El PIDESC no señala expresamente en derecho a la no discriminación por edad, pero el Comité ha entendido que está contemplado al prohibir las discriminaciones con base en *“cualquier condición social”*, indicando que las formas aceptadas de discriminación por edad son muy restringidas, tales como la edad para jubilar o el acceso a la educación terciaria, siendo la tendencia el eliminar dichas barreras y deber de los Estados de *“acelerar esta tendencia en la medida de lo posible”*³⁶ y estando obligados a *“prestar especial atención al fomento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad”*³⁷.

5.3.- La obligación de no discriminación a las personas con discapacidades. La Observación General N° 5 sobre “Las personas con discapacidad” (1994), dispuso que los Estados están obligados a garantizar que las personas con discapacidad reciban *“atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad”*, imperativo que se extiende al derecho al acceso a los servicios médicos y sociales, y a beneficiarse de dichos servicios³⁸. La Observación General N° 14, guiada por la anterior, señaló que la atención en salud de estas personas debe realizarse sin discriminación de ningún tipo, independiente que sean atendidas en el sector público o privado. Expresó el Comité: *“la necesidad de velar por que no sólo el sector de la salud pública, sino también los establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades”*³⁹.

6.- La adopción de medidas legislativas para dar efectividad al derecho. Según lo establecido por la Observación General N° 3 (numeral 3) sobre “La índole de las obligaciones de los Estados Partes” dentro de las medidas que los Estados deben adoptar para dar cumplimiento a la obligación dispuesta en el PIDESC (párrafo 1 del artículo 2), las medidas legislativas son *“muy deseables y en algunos casos pueden ser incluso indispensables. Por ejemplo, puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias”*⁴⁰. La misma observación agrega en su N° 2 que *“aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato”*.

Ligado a ello, la Observación General N° 14 sostiene que se considerará como violación del derecho a la salud la adopción de *“cualesquiera medidas regresivas”* que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud”. Entre ellas se encuentra la *“revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el*

³⁵ Observación General N° 16, numerales 11 y 12.

³⁶ Observación General N° 6, numeral 12.

³⁷ *Ibíd*, numeral 13.

³⁸ Observación General N° 5 “Las personas con discapacidad”, numeral 34.

³⁹ Observación General N° 14, numeral 26.

⁴⁰ Observación General N° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, numeral 3.

continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud”⁴¹.

7.- La proporcionalidad del límite a los derechos. Finalmente podemos señalar que concurre como estándar internacional del derecho a la protección de la salud el que toda medida que restrinja el derecho debe ser proporcional. El límite debe ser la solución *“menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos. Aun cuando se permiten básicamente esas limitaciones por motivos de protección de la salud pública, su duración deberá ser limitada y estar sujeta a revisión”⁴².*

II.2.- Los estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos y su aplicación a las empresas de seguros privados de salud

Parece relevante hacer referencia en este informe a los estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos y su aplicación a los seguros privados de salud. Ellos han sido desarrollados en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de esta entidad el 2011⁴³.

El principio general aplicable es que las empresas deben respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Principios 11 y 12). De acuerdo a estos principios *“eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”* (Principio 11).

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige a las empresas que *“:a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”* (Principio 13).

Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, estas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, las que deben incluir, entre otros aspectos: *“b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su*

⁴¹ Observación General N° 14, numeral 48.

⁴² Observación General N° 14, numeral 29.

⁴³ Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Consejo de Derechos Humanos por resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar” (Principio 15).

II.3.- El estándar nacional derecho a la salud: el derecho a la protección de la salud en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política

La Constitución consagra el derecho a la protección de la salud en el numeral 9° del artículo 19⁴⁴. Es un derecho fundamental social⁴⁵, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional⁴⁶ y un derecho constitucional instituido como un servicio público según la Corte Suprema⁴⁷. La Constitución ordena el derecho como un derecho complejo, componiéndose su contenido constitucional por esferas de libertad y de prestación (autodeterminación de las personas/inacción estatal y rol activo del Estado en el otorgamiento de determinados bienes y servicios). Así, como elementos explicativos de la conformación del derecho podemos sostener que se ordena bajo una confluencia entre libertades y un rol del Estado cada vez más activo, la ordenación como un derecho-relación con una definición mínimas de bienestar físico, mental y social, el carácter mixto del sistema de salud, las 3 libertades básicas que lo configuran ligado a los concurrentes imperativos estatales y la cotización facultativa como elemento determinante del sub-sistema público y privado.

1.- La configuración del derecho en la confluencia entre libertades y rol del Estado. El derecho consagra libertades personales y deberes del Estado⁴⁸, prescribiéndose la relación persona/Estado desde dos perspectivas. Las personas que pueden otorgarse el bien salud

⁴⁴ Establece el artículo 19 N° 9: “*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*”.

⁴⁵ Ver: JORDÁN DÍAZ, Tomás, “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución Chilena”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 5, N° 2).pp. 194-202.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 410-2004-INA, de 14 de junio de 2004, considerando 2 y siguientes; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 977-2007-INA, de 8 de enero de 2008, considerando 12; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 22 y siguientes; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA, de 8 de septiembre de 2009, considerando 23.

⁴⁷ Sentencia Corte Suprema Rol N° 566-2011, de 17 de febrero de 2011, considerando 11°; Sentencia Corte Suprema Rol N° 10137-2010, de 28 de febrero de 2011, considerando 6 y 7; Sentencia Corte Suprema Rol N° 10094-2010, de 28 de febrero de 2011, considerando 5-7.

⁴⁸ Para otras miradas de doble entrada de los derechos sociales como derechos de prestación y de libertad ver también: BALDASARRE, Antonio (2004): *Los derechos sociales* (Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 92-94; ABRAMOVIC, Víctor y COURTIS, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Editorial Trotta), Capítulo I.

por sí mismas, tienen el derecho-libertad de acceder a él y se les reconoce a los privados la facultad de constituirse como prestadores o aseguradores de las acciones de salud. En estos casos el Estado tiene un rol regulador-fiscalizador, garantizando la ejecución del derecho por medio de la dictación de normas legales y administrativas, y el control de la actividad. En segundo término, y con relación a las personas que no pueden conferirse el bien, el Estado asume un rol activo y prestacional confiriéndolo, junto con el rol regulador-fiscalizador de este sub-sistema público⁴⁹. No se debe olvidar que subyace en los derechos sociales un fundamento igualitario, con miras a la corrección de las desigualdades por medio de la adopción de acciones que permitan la realización material de las personas⁵⁰.

La Constitución establece el derecho a la protección de la salud y no el derecho a la salud, debido a que el constituyente originario partió de la premisa que el Estado no está en condiciones de garantizar el pleno otorgamiento de los contenidos de la salud, y la plena ausencia de enfermedades⁵¹, por lo que se obliga a realizar acciones de tutela pero limitada a sus posibilidades.

2.- **El derecho a la protección de la salud como derecho relacional y su definición mínima de bienestar físico, mental y social.** Al igual que la normativa internacional, el derecho a la protección de la salud se vincula a otros derechos, tales como la vida e integridad física, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la seguridad social, el principio de igualdad. Especialmente se le enlaza con la vida, pues se ha entendido que por medio de la tutela de la salud las personas preservan su vida⁵². La jurisprudencia constitucional lo ha entendido como el derecho al “*máximo bienestar físico, mental y social unido al pleno desarrollo de las potencialidades personales y sociales*”⁵³. Esta relación en el sistema de derechos, no obsta a la construcción constitucional de su propio contenido esencial que el legislador debe ejecutar y respetar.

3.- **El sistema de salud chileno como modelo mixto.** En este contexto se ordena constitucionalmente el modelo de salud chileno. Se instituyó un modelo mixto en la Constitución Política de la República actualmente vigente. Existe un sistema de salud general compuesto por dos sub-sistemas, uno público y uno privado, que funcionan bajo lógicas diferentes. El primero es de carácter solidario y redistributivo. El segundo ha girado en torno a una razón individual-contractual y de seguro privado. Esta mixtura sistémica

⁴⁹ He clasificado los derechos sociales a dos grandes grupos: a) derechos sociales de libertad y, b) derechos sociales a la acción estatal. Se puede sub-catalogar esta clasificación de acuerdo a tres roles estatales: 1) derechos sociales de acción-prestación (derechos a la acción estatal), 2) derechos sociales de regulación (para los derechos de libertad y de acción estatal) y, 3) derechos sociales de fiscalización (para los derechos de libertad y de acción estatal). Ver: JORDÁN (2008), pp. 44 y 45.

⁵⁰ Para un fundamento de los derechos sociales con base en el principio de igualdad, ver: PRIETO, Luis (1995), Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (septiembre-diciembre), p. 17; AÑON, María José (2002), “*La contribución de los derechos sociales al vínculo social*”, en AA. VV, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 299; JORDÁN (2008), pp. 47-49 y 52-54.

⁵¹ CEA EGAÑA, José Luis (2003): *Derecho Constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica), tomo II, pp. 308 y 309.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA, de 8 de septiembre de 2009, considerando 32.

⁵³ Sentencia Corte Suprema Rol N° 1316-2010, de 25 de febrero de 2010, considerando 2.

tiene un origen constitucional. El inciso 4° del numeral 9° expresa que las prestaciones de salud pueden ser otorgadas por entidades públicas o privadas, y en el inciso siguiente consagra la libertad de las personas para elegir el sistema de salud que deseen acogerse, sea público o privado. Este punto es el que hoy está en el centro del examen constitucional y ha sido la jurisprudencia constitucional -y no la sede política constituyente- la que le ha otorgado una significación diferente que examinaremos en este trabajo.

Al fundar el sistema en la ejecución de las acciones por entes públicos o privados, el constituyente originario no radicó exclusivamente el ejercicio del derecho en el Estado prestacional. Cada persona puede optar, de acuerdo a la Constitución, ingresar al sub-sistema público o sub-sistema privado. Esto al menos es en teoría, pues el acceso al sub-sistema privado está condicionado al pago de una prima de salud, la cual se determina por los riesgos asociados a la persona o sus cargas. Ambos sub-sistemas funcionan bajo un sistema de cotizaciones obligatorias del 7% de las remuneraciones imponibles dispuestas por el legislador que pueden ser enteradas a la entidad estatal, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) o a una administradora privada, llamadas Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE)⁵⁴.

4.- La configuración del derecho con base a 3 libertades personales. Las libertades se expresan en el derecho de las personas de acceder “libre e igualitariamente” a las acciones de salud (promoción, protección, recuperación y rehabilitación). Ubican a la persona en una posición jurídica de autodeterminación y al Estado en un deber de inhibición con miras a impedir el entorpecimiento de tal ejercicio, pero también debiendo garantizarlo. Este acceso libre e igualitario se refiere a las prestaciones de salud, sea que se presten por instituciones públicas o privadas. La libertad consagrada en el inciso final de numeral 9° instala el derecho a elegir el sistema de salud, sea público o privado (entidades de aseguramiento). La libertad excluye las regulaciones sanitarias que sitúen a las personas en una posición de tener que dejar el sistema privado, vedando la concurrencia de cambios unilateralmente pactados que impidan al cotizante perseverar en el sub-sistema privado⁵⁵. En breve, tenemos 3 libertades nucleares: de acceso a las acciones de salud; de acceso a las prestaciones por medio de entidades públicas o privadas y el derecho a elegir el sub-sistema de salud.

5.- Los imperativos del Estado. El Estado, tiene un rol relevante, debiendo garantizar el acceso libre e igualitario a las acciones de salud y de la ejecución de ellas⁵⁶. La entidad estatal otorga las prestaciones por medio de políticas y está encargada de la administración de los recursos financieros del sistema. El Tribunal Constitucional ha afirmado la relevancia de 3 deberes del Estado: a) el deber de garantizar el acceso libre e igualitario a las acciones de salud; b) el deber de supervigilar el sistema de salud (control de las acciones) y c) el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud⁵⁷.

⁵⁴ El sub-sistema privado de salud nació a partir del Decreto Ley N° 3.500 de 1980 que dispuso la cotización obligatoria del 7% (artículos 84 y 92).

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1213-2008-INA, de 16 de septiembre de 2008, considerando 58; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 65.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010, considerando 114-119.

⁵⁷ *Ibíd*, considerando 120-122.

Los deberes ubican a la entidad estatal en una posición de sujeto pasivo del derecho (imperativo de cumplimiento del objeto del derecho) pero de manera genérica, no fijándole en el enunciado normativo los contenidos concretos de la o las acciones a realizar o de los imperativos de omisión. Estos deberes son «preferentes». El Estado es el principal responsable, teniendo un imperativo prioritario y preeminente. No puede dejar de ejecutarlos ni poner en riesgo la factura de tales acciones. Se le establece, además, el deber de «garantizar», debiendo conceder la seguridad o certeza que las acciones se realizarán, de modo que el titular del derecho pueda gozar de las prestaciones de salud⁵⁸.

6.- La cotización facultativa para el legislador. La cotización en salud también es un rasgo particular del modelo de salud. Es una exacción pecuniaria de origen constitucional, que habilita al legislador para disponerla (“*la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias*”). El legislador, puede o no fijar la cotización y su porcentaje, afirmando que ésta no es por mandato constitucional obligatoria, sino voluntaria. La cotización la ordena el legislador, pero a diferencia de un tributo que va a fondos generales de la nación o un gravamen especial⁵⁹ que puede ser impuesto a un particular para beneficio del Estado o de un particular, la cotización se extrae del privado, facultándolo al mismo tiempo para destinarla a un fondo público (FONASA) o privado (ISAPRE), cambiando su contenido jurídico según sea su destino. La destinación al sub-sistema público le otorga el carácter de cotización “tradicional”, yendo a un fondo común de carácter redistributivo y solidario, pero si se orienta al sub-sistema privado, ésta se instituye como una prima de seguro, rigiéndose por criterios de compensación de riesgos y no de redistribución según necesidad.

III.- EXAMEN DEL PROYECTO DE LEY A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NACIONALES

El Análisis del Proyecto de Ley se abocará al examen de tres partes de su contenido que son relevantes desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos internacionales y nacionales abordados precedentemente: i) el Plan Garantizado de Salud y beneficios complementarios, ii) la creación de un Fondo de Compensación *inter Isapre* en el PGS y iii) la regla de reajuste anual de los planes de salud. Sobre el primer punto se observará su adecuación al estándar de acceso a la protección de la salud sin discriminaciones con miras al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En lo referente a la creación del Fondo de Compensación, se cotejará conforme al principio de solidaridad, propio de la salud como derecho partícipe del derecho a la seguridad social, de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Constitucional y la normativa internacional, con miras a evitar las discriminaciones en razón de sexo y edad. Se hace necesario testear ésta medida legislativa a la luz del principio de proporcionalidad. En lo pertinente al alza permitida por el proyecto, se examinará su procedencia en razón de los estándares dados por el juicio de razonabilidad exigido por la Corte Suprema para el alza anual de los planes de salud.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ La Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1295-2008-INA, de 6 de octubre de 2009, considerando 91, definió un gravamen especial como “*cualquier medida desfavorable impuesta por el legislador, directamente o autorizando a la Administración a hacerlo, que deba soportar todo particular que se desenvuelve en un sector económico determinado, a favor del Estado o de otro particular, sin que conlleve una indemnización*”.

III.1.- La creación de un Plan Garantizado de Salud, la posibilidad de contratar beneficios complementarios y el principio de no discriminación.

El Informe Anual del Instituto de Derechos Humanos para el año 2011 afirmó que “*la desigualdad en el ejercicio del derecho a la salud sigue apareciendo sistemáticamente como una de las principales preocupaciones para la ciudadanía*”⁶⁰. El establecimiento de un PGS viene a tratar de dar respuesta al requerimiento del Tribunal Constitucional (STC Rol N° 1710/2010-INC) con relación a la veda de toda discriminación en razón de sexo y edad en materia de salud. El TC derogó los primeros 4 numerales del artículo 38 TER de la Ley N° 18.933 (art. 199 DFL N° 1/2005) que habilitaba a la Superintendencia de Salud a establecer una tabla de factores de riesgos por tales condiciones). El TC razonó en torno a la igualdad dispuesta en el artículo 19 N° 2 de la Constitución (principio de igualdad) para concretizar la igualdad en el imperativo estatal de garantizar el acceso igualitario a las acciones de salud, criterio de no discriminación que permitiría proteger a las personas de los estados de necesidad provenientes de sus contingencias vitales. El **juicio de igualdad** del Tribunal Constitucional se configuró bajo el siguiente razonamiento: i) personas situadas en posiciones de igualdad (hombre y mujeres), ii) obliga al Estado a no establecer diferenciaciones arbitrarias (no justificadas) y iii) que permitan el acceso sin discriminación a las acciones de salud.

El proyecto crea el Plan Garantizado de Salud^{61/62}, debiendo las Isapre otorgarlo obligatoriamente para todos sus afiliados. El precio del PGS será establecido por cada Isapre, conformándose un “*arancel de prestaciones del Plan Garantizado de Salud*”, que estará compuesto por el conjunto de prestaciones y sus respectivos precios, que serán otorgadas por las Isapre (por prestadores en convenio o en libre elección) conforme al referido plan⁶³. Junto con ello, los afiliados pueden convenir beneficios complementarios (plan complementario), debiendo suscribir un contrato diferente.

Cada Isapre determinará el precio que cobrará por el PGS, el que, en todo caso, deberá ser único y el mismo para todos sus beneficiarios. Las Isapre no podrán establecer exclusiones o periodos de carencia respecto de antecedentes de salud preexistentes, salvo las excepciones que la propia ley establece, dentro de las cuales el Proyecto propone la derogación de la conocida exclusión por enfermedades preexistentes no declaradas^{64/65}.

⁶⁰ Informe Anual de Derechos Humanos para el año 2011 p. 155.

⁶¹ Como se indicó en este Informe, el proyecto de ley crea este Plan conformado por las Garantías Explícitas en Salud (GES); la Cobertura para Gastos Catastróficos en salud; la cobertura ante eventos de emergencia vital; el Examen de Medicina Preventiva incluido en el régimen GES, y las prestaciones curativas y la cobertura financiera que se fijen conforme al procedimiento señalado al efecto. No contempla, en cambio, el subsidio de incapacidad laboral.

⁶² Indicación que modifica el art. 170 del DFL N° 1/2005.

⁶³ Indicación que modifica el art. 107 del DFL N° 1/2005.

⁶⁴ Indicación que agrega un nuevo art. 188 Bis al DFL N° 1/2005. Las causales de exclusión son prácticamente las mismas que existen actualmente, a diferencia de la derogación del actual numeral 6 y la reordenación numérica. De acuerdo a las modificaciones que el proyecto de ley establece (indicación que modifica el artículo 190 del DFL N° 1/2005), las causales de exclusión son las siguientes: 1.- Cirugía plástica con fines de embellecimiento u otras prestaciones con el mismo fin. Para los efectos de lo dispuesto en este numeral no se considerará que tienen fines de embellecimiento la cirugía plástica destinada a corregir

Para efectos de transparencia del sistema, las Isapre deberán dar información “suficiente y oportuna” a sus afiliados y al público en general respecto de los precios del PGS, debiendo acompañar anualmente una tabla comparativa, elaborada por la Superintendencia de Salud, que incluya los precios cobrados por cada Isapre por el PGS^{66/67}.

Se estima que la institución del PGS bajo los principios de uniformidad de aplicación del plan (plan único y el mismo para todos) y de no exclusión como regla general, se ajusta a los estándares internacionales y nacionales sobre no discriminación en materia de salud y, en consecuencia, cumple con la exigencia requerida por la jurisprudencia del TC y por los estándares internacionales de no discriminación.

La **normativa internacional** obliga a los Estados a no discriminar en materia de salud, específicamente con relación a las mujeres. Como se indicó, no es posible discriminar en razón de estados de salud y están prohibidas todas las acciones u omisiones que tengan por objeto “invalidar” o menoscabar” la igualdad en el goce o en el ejercicio del derecho a la salud. Existe, en consecuencia, una doble garantía: de no discriminación y de la igualdad de acceso.

Se ordena como una prohibición de discriminación en el ejercicio del derecho, debiendo los Estados, con relación a las mujeres, desarrollar estrategias generales que permitan promover este derecho, entre ellas adoptar medidas “*preventivas, promocionales y correctivas*” que miren a la tutela de la mujer.

malformaciones o deformaciones sufridas por la criatura durante el embarazo o el nacimiento, ni la destinada a reparar deformaciones sufridas en un accidente, ni la que tenga una finalidad estrictamente curativa o reparadora; 2.- Atención particular de enfermería, salvo que se trate de prestaciones que se encuentren en el arancel de prestaciones de la Modalidad de Libre Elección a que se refiere el Libro II de esta Ley; 3.- Hospitalización con fines de reposo; 4.- Prestaciones cubiertas por otras leyes hasta el monto de lo cubierto. A solicitud del afiliado, la Institución de Salud Previsional deberá cobrar el seguro de accidentes del tránsito a que se refiere la Ley N° 18.490 directamente en la Compañía de Seguros correspondiente; 5.- Las que requiera un beneficiario como consecuencia de su participación en actos de guerra; 6.- Prestaciones otorgadas fuera del territorio nacional; 7.- Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel a que se refiere la letra e) del artículo 189. Sin consentimiento de la Institución de Salud Previsional no procederá la homologación de prestaciones, salvo que la Superintendencia lo ordene en casos excepcionales y siempre que se trate de prestaciones en que exista evidencia científica de su efectividad. En tales casos, el costo de la prestación para la Institución no podrá ser superior al que habría correspondido por la prestación a la cual se homologa.

⁶⁵ El PGS puede cambiar de precio por las modificaciones de cobertura o de prestaciones que se incorporen al arancel respectivo, y anualmente, en la oportunidad que determine el reglamento, las Instituciones podrán modificar el precio que cobran por el Plan Garantizado de Salud. El examen de alza de precio se analizará en otro apartado de este Informe.

⁶⁶ Indicación que modifica el art. 172 del DFL N° 1/2005.

⁶⁷ Un reglamento establecerá el procedimiento para determinar las prestaciones cubiertas por el Plan Garantizado de Salud; indicando por decreto supremo expedido a través del Ministerio de Salud se revisarán los montos de protección financiera y las prestaciones del arancel del Plan Garantizado de Salud junto a la prima comunitaria (Indicación que sustituye el art. 205 del DFL N° 1/2005). Junto con ello, El proyecto crea un Fondo de Compensación del Plan Garantizado de Salud entre Instituciones de Salud Previsional que será examinado más adelante (Indicación que sustituye el art. 210 del DFL N° 1/2005). Corresponderá a la Superintendencia de Salud velar por el cumplimiento de las obligaciones que dispone la ley con relación al PGS (Indicación que modifica el art. 107 del DFL N° 1/2005).

El PGS igual para todos los afiliados y a un precio único viene a configurarse como una medida correctiva del Estado que busca corregir la posición de desigualdad que la anterior norma derogada establecía. El PGS viene a afirmar una igualdad por equiparación entre hombres y mujeres, independiente de la edad, al no existir, para efectos del derecho a la salud, diferencias entre hombre y mujeres. La corrección se produce por el paso desde una regla que disponía la diferencia por sexo o edad (tratamiento diferente a situaciones diferentes) a una equiparación en el estatus jurídico y su regulación (tratamiento igual a personas en estatus equivalente).

Este imperativo de no discriminación está refrendado en la Constitución Política. El artículo 19 N° 2 y en el propio numeral 9 del mismo artículo que consagra el deber del Estado de proteger el *“libre e igualitario acceso a las acciones de salud”*. El TC afirmó que la igualdad entre hombres y mujeres es una *“categoría estándar”* en la normativa nacional e internacional, *“según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre”*⁶⁸. La medida de equiparación es el impedir todo menoscabo de la mujer con relación al hombre en la *“consagración y el goce de los derechos”*⁶⁹. Esta igualdad no es absoluta, por lo que se permiten diferencias justificadas, es decir, deben existir diferencias efectivas y reales que discriminen a algún sexo en *“ámbitos concretos de la realidad”*⁷⁰. El TC sostuvo que los hombres y mujeres están en posición de igualdad jurídica, siendo una expresión concreta de esa igualdad el goce de los derechos sociales, particularmente el otorgamiento de prestaciones de salud por medio de seguros de salud como concretización del derecho a la salud⁷¹.

La propuesta busca cumplir con la exigencia internacional de evitar acciones invalidatorias o que menoscaben el ejercicio legítimo del derecho a la igualdad y adoptar medidas correctivas. De igual manera, tiene por finalidad ajustarse al estándar constitucional fijado por el TC. Así, se puede afirmar que lo exigible al PGS es si permite el acceso igualitario a los beneficios a los bienes y servicios con relación al derecho a la salud. Bajo este parámetro de igualdad, el PGS no vulnera el libre e igualitario acceso de la requirente a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud ni el derecho que le asiste a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, derechos amparados en la jurisprudencia constitucional. Al no establecer diferencias en razón de sexo ni edad, no concurre el examen de test de razonabilidad que realizó el TC con relación al artículo 38 TER, sino que aplica la regla primaria del principio de igualdad, esto es, que el legislador trate a todos los destinatarios de la norma de manera igual, y en este caso concurre tal imperativo.

Ahora bien, se puede sostener que se puede producir un efecto de **“discriminación por sexo o edad aplazada a los beneficios complementarios”**. La norma en enjuiciamiento dispone un PGS pero también permite la existencia de beneficios complementarios que se ejecutan por medio de la suscripción de otro contrato de salud específico (con la misma

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010, considerando 104

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*, considerando 105.

⁷¹ *Ibíd.*, considerando 107. Ver también: Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA de 27, de abril de 2010, considerando 46 y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1273-2009-INA, de 20 de abril de 2010, considerando 60.

Isapre u otra diferente). En él los/las afiliados/as (plan que también se extiende a sus beneficiarios/as) podrán pactar otro tipo de beneficios “por sobre” el PGS, pero el proyecto de ley no establece que éstos deben ser únicos y los mismos para todos los afiliados, sino que serán pactados con el afiliado en cada caso concreto⁷².

El problema que se visualiza son las facultades que el Proyecto dispone en favor de las Isapre para la suscripción de tales beneficios, pues les otorga facultades que podrían conllevar a una discriminación por sexo y edad en el caso que afecte lo constitucionalmente prohibido. Es decir, existiría cumplimiento de los estándares en el PGS pero las diferenciaciones se podrían configurar en los beneficios complementarios. Estas complejidades son 3: la facultad de las Isapre de evaluar los riesgos individuales del cotizante y beneficiarios, la potestad de restringir los beneficios complementarios por un periodo de tiempo derivado de la concurrencia de preexistencias y los diferentes precios que es posible cobrar con relación a la mujer en condición o no de embarazo.

Primeramente el proyecto habilita a las Isapre, al momento de suscribir un beneficio complementario, a *“evaluar el riesgo individual de salud del cotizante y sus beneficiarios, pudiendo requerir para ello una Declaración de Salud en los términos del artículo 190, en lo que corresponda, y sólo podrán negar la contratación del beneficio basadas en dicha evaluación”*⁷³.

De igual manera, las Isapre pueden restringir los beneficios por la concurrencia de preexistencias declaradas por el plazo de 18 meses, estableciéndose una regla de amortización de los costos en este espacio temporal.

Con relación a la mujer embarazada, el beneficio complementario también podría conllevar una diferencia por condiciones de salud, en razón que el Proyecto permite *“mejorar”* la cobertura del PGS con relación a las *“prestaciones relacionadas con el embarazo y parto”* bajo una regla de proporcionalidad *“al periodo que reste para que ocurra el nacimiento”*⁷⁴.

Lo anterior puede conllevar que la igualdad dispuesta en el PGS se desplace hacia una diferenciación, no siempre justificada, con relación a los beneficios complementarios, estableciendo diferencias en razón por sexo o edad en estos planes de segundo nivel, lo cual podría vulnerar la exigencia de razonabilidad exigida por el TC y al normas internacionales en razón de la necesaria justificación de las diferencias.

El proyecto sólo establece que los beneficios complementarios deben ser los mismos a todos aquellos afiliados adscritos a los mismos beneficios complementarios alternativos, lo cual podría conllevar a que se les aplique el mismo plan complementario a personas en condiciones diferentes (mujeres en edad fértil, personas en edad avanzada versus personas jóvenes varones). Ello, vendría a replicar lo establecido actualmente y que puede establecer una diferencia no justificada sanitariamente, instituyendo una discriminación en los términos acá explicados.

⁷² Indicación que modifica el art. 192 del DFL N° 1/2005.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*

Para el Tribunal Constitucional no se cumple con el test de razonabilidad cuando existe falta de «fundación razonable». Ha explicado en el caso de la diferenciación por sexo que frente a igualdades esenciales (hombre y mujer), la fundación razonable se conforma por el reconocimiento de la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen; la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional; la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer y la igualdad de acceso a las acciones de salud⁷⁵. Para el Tribunal, el legislador al vulnerar el canon de igualdad por sexo, carece de razonabilidad; y por ende su accionar es inconstitucional. En el proyecto, si las Isapre no dan justificación de las diferencias que les permite el Proyecto podrían incurrir en discriminación en perjuicio de las mujeres y personas de edad avanzada.

De igual manera, se estaría contrariando el estándar internacional de no discriminación en particular respecto de mujeres y personas de edad avanzada. Concorre como deber primario de los Estados el de respetar el derecho, lo cual exige no entorpecer directa o indirectamente en su disfrute, y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el “estado de salud”. Mujeres y personas de edad avanzada son las más “riesgosas” desde la perspectiva de los seguros privados (utilizan más el sistema privado), y la obligación de no discriminar se incumple al habilitar a la Isapre a evaluar los riesgos de salud del cotizante y sus beneficiarios, y suscribir un contrato complementario (o negar a suscribirlo) con bases a esos antecedentes. Lo anterior, necesariamente, conlleva la transgresión del imperativo de no menoscabo en el ejercicio del derecho a la salud; y la adopción de una medida correctiva como lo es la creación del PGS se ve aminorada por el desplazamiento de las posibilidades de discriminación en los beneficios complementarios, que puede afectar tanto a mujeres o como personas en edad avanzada.

III.2.- La creación de un Fondo de Compensación entre Isapre en el PGS

Ligado al punto anterior y complemento de éste, en lo relativo al objeto general del Proyecto a evitar las discriminaciones en razón de sexo y edad y ajustar la actual normativa a los mandatos de la normativa internacional y del Tribunal Constitucional, el texto crea un Fondo de Compensación entre Isapre en el PGS. El objetivo del Fondo es solidarizar los riesgos entre los beneficiarios de tales Instituciones, con relación a las “coberturas, prestaciones y condiciones de salud contenidas en el Plan Garantizado de Salud”⁷⁶. En el cálculo de la prima ajustada por riesgos, se considerarán las variables de sexo, edad, diagnóstico y cualquiera otra que permita mejorar el modelo de ajuste de riesgos en salud, en la forma y oportunidad⁷⁷.

El Fondo viene a dar respuesta a la crítica al sistema privado de salud que se ordena clásicamente como un seguro individual de salud, donde la cotización como exacción

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010, considerando 145-149. Ver también: Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 27 de abril de 2010, considerando 46 y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1273-2010-INA, de 20 de abril de 2010, considerando 60.

⁷⁶ Indicación que sustituye el inciso primero del artículo 210 del DFL N° 1/2005.

⁷⁷ Indicación que sustituye el inciso primero del artículo 210 del DFL N° 1/2005.

habilitada por la Constitución al legislador, permite a las personas destinarlas a costear su salud de manera individual por medio de un sistema de compensación de riesgos.

El Tribunal Constitucional estableció un estándar especialísimo en esta materia. Exigió a las Isapre pasar de un sistema de mera compensación de riesgos a un sistema de solidaridad entre Isapre. Para ello el TC afirmó que el derecho a la protección de la salud es parte del sistema de seguridad social, por lo que junto con el deber del Estado de “*garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones*”, la seguridad social “*obliga al Estado a asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho*”⁷⁸. Este derecho tiene ciertos principios esenciales, que, desde el razonamiento del constitucional, conformarán parte del contenido esencial del 19 N° 9. Estos son los principios de universalidad, uniformidad, integralidad, **solidaridad** y suficiencia, que conforman parte fundamental del sistema de seguridad social al configurarse conjuntamente con el derecho a la protección de la salud⁷⁹. Junto con ello se está dando cumplimiento a las exigencias de establecer “*un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud*”^{80/81}; ordenando “*un derecho a un sistema de salud eficaz e integrado, que abarque la atención de la salud y los determinantes subyacentes de la salud, que responde a las prioridades nacionales y locales y es accesible para todos*”⁸².

En la creación del Fondo es relevante el rol del Estado en la ordenación del principio de solidaridad exigido para el sistema privado. El TC afirmó que le atañe el “*control de las acciones relacionadas con la salud*” y, tratándose del derecho a la seguridad social, debe supervigilar “*el adecuado ejercicio del derecho*”. Concurre el deber del Estado de garantizar preferentemente las acciones de salud, ya sean que se otorguen por instituciones públicas o privadas⁸³, y en materia de seguridad social le compete “*supervigilar*” el sistema (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto)⁸⁴.

Para el Tribunal, es central el deber «preferente» y el de «garantía», donde el Estado no es el único obligado a asegurar la ejecución de las acciones, pero sí tiene un rol «preeminente», respecto del cual no puede hacer dejación y debe, en consecuencia, asegurarlo⁸⁵. Estimó que la existencia de la tabla de factores que discriminara por sexo y edad conlleva el incumplimiento del Estado de su deber “*de acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*”⁸⁶.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 agosto de 2010, considerando 125 y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA, de 8 de septiembre de 2009, considerando 17.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC de 6 agosto de 2010, considerando 131-134.

⁸⁰ Observación General N° 14, numeral 8.

⁸¹ Ver también: HUNT, Paul (2003), “The un special rapporteur on the right to health: key objectives, themes and interventions”, p. 3.

⁸² HUNT, Paul (2006), “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, numeral 4.

⁸³ *Ibíd*, considerando 116 y 118.

⁸⁴ *Ibíd*, considerando 135.

⁸⁵ *Ibíd*, considerando 121 y 122.

⁸⁶ *Ibíd*, considerando 160.

Cumpliendo este mandato es que se ordena el Fondo de Compensación y que permite evitar, al conformar este fondo de redistribución de riesgos sanitarios, las diferenciaciones por sexo y edad en el PGS.

Ahora bien, bajo la premisa inicial de que la cotización se transforma en una prima de seguro privado, podría vulnerar los derechos de los demás afiliados y beneficiarios al sistema privado, en razón que afectaría parte de su cotización, por lo cual es procedente aplicar el test de proporcionalidad a la medida legislativa. Recordemos que la medida legislativa actúa como límite y ésta debe ser la solución “*menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos*”⁸⁷.

La **Corte Interamericana** en diversas sentencias ha determinado la necesidad de proporcionalidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, exigiendo la concurrencia y aplicación del *test* antes descrito, donde debe observarse si la restricción del derecho es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto⁸⁸.

El principio de proporcionalidad exige la existencia de una adecuación entre la medida adoptada y el objetivo buscado (constitucionalmente legítimo). El objetivo es establecer una regla de no discriminación en razón de las condiciones particulares de los afiliados y beneficiarios del sistema privado (cumpliendo con las exigencia establecida en el PIDESC de no discriminación y la de no transgredir el artículo 19 N° 2 (principio de igualdad), 9 (salud) y 18 (seguridad social), en particular, por sexo y edad. La medida adoptada para el logro de ese fin es la creación del un Fondo de Compensación de Riesgos entre éstos. Cabe recordar que los riesgos en materia sanitaria no están ligados al estado de salud de las personas, sino a la frecuencia de uso del sistema privado. Serán más riesgosas aquellas personas que utilizan más el seguro privado (mujeres en edad fértil y personas de edad avanzada –mujeres y hombres-).

La creación del Fondo cumple con el sub-juicio de *idoneidad*, por cuanto es una medida adecuada para lograr el fin buscado. Cabe tener presente que el Fondo es un complemento necesario de la creación del PGS, pues éste es único y el mismo para todos los/as afiliados/as y beneficiarios/as de una Isapre y prohíbe, como regla general, todo tipo de exclusiones. Sólo es posible establecer un plan para todos/as si las personas que son más riesgosas desde la perspectiva sanitaria “solidarizan” sus riesgos con aquellos/as que lo son menos, por cuanto éstos/as concurren a aportar (por medio de operaciones de redistribución) a los y las más riesgosos/as, evitando lo que se denomina el “descreme”, que es la desafiliación táctica del sistema privado en razón del alza exorbitante del valor del plan lo que obliga a migrar al sistema público de salud⁸⁹.

⁸⁷ Observación General N° 14, numeral 29.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Usón Ramírez vs. Venezuela”, Sentencia de 20 de noviembre de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Kimel vs. Argentina”, Sentencia de 2 de mayo de 2008; Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004; Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Ricardo Canese Vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

⁸⁹ Un trabajo sobre el impacto de un Fondo de Compensación Solidario con el objeto de evitar el descreme, ver: DRAGO, Marcelo (2006), “La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos”, CEPAL, Serie Políticas Sociales N° 121, pp. 43 y 60.

La medida es al mismo tiempo *necesaria*, cumpliendo con el segundo sub-juicio. El establecimiento del Fondo impone limitaciones a los afiliados/as y beneficiarios/as del sistema que son las menos restrictivas posibles con miras al fin buscado, en razón que son algunos/as de los beneficiados/as en un tiempo presente (por ejemplo, mujeres en edad fértil) o lo serán en el futuro (personas de edad avanzada), por lo que la regla de distribución del riesgo sólo produciría un límite temporal (mientras no se esté en la situación de beneficiario del Fondo). Se considera que la medida es estrictamente necesaria, sin afectar mayormente los derechos de las demás personas más allá de lo requerido para compensar los riesgos.

Finalmente, la medida es *proporcional en sentido estricto*, por cuanto permite directamente cumplir el fin buscado y a su vez limitada, pues sólo se extiende a lo justo y necesario para el cumplimiento del objetivo perseguido.

III.3.- La regla de reajuste anual de los planes de salud

El segundo gran objetivo del Proyecto de ley el Ejecutivo busca terminar con el proceso de judicialización de la salud privada. Desde el año 2007 deviene una creciente litigación constitucional con relación al reajuste del plan base de salud⁹⁰. En breve, la legislación permite a la Isapre reajustar el plan cada año en razón de las variaciones de las condiciones generales del sistema privado de salud⁹¹ y la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y

⁹⁰ El incremento de la judicialización se puede observar en la siguiente Tabla:

Año	Total ingresos Rec. de protección	Rec. De protección Isapre
2007	2.277	737
2008	6.958	5.193
2009	7.792	6.244
2010	9.070	7.368
2011	25.767	21.497
2012	54.966	42.000

Fuente: Corte de Apelaciones de Santiago.

⁹¹ Expresa el art. 197 inciso 3° del DFL N° 1/2005: “Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los letra b) contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan (...)”.

Corte Suprema ha afirmado la interdicción de la arbitrariedad ante la habilitación legal para alzar los planes de salud privados.

Las Cortes sostienen que el contrato privado sólo puede realizarse con sujeción al estándar constitucional de no arbitrariedad, considerando la protección de la salud como «servicio público» que puede ser desarrollado por los privados y que, no obstante estar las Isapre habilitadas legalmente para reajustar los planes, se exige la no arbitrariedad en el alza de los planes, de modo que, al no estar justificado el alza anual, deviene en arbitraria afectando el derecho de propiedad incorporal (art. 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución) que nace de los contratos de salud al producirse una disminución patrimonial por tener que pagar un precio más caro.

Frente a esto, el Proyecto dispone de una serie de reglas para el reajuste de planes de Isapre⁹². Se establece el derecho de las Isapre para modificar el precio que cobran por el Plan Garantizado de Salud, el precio correspondiente a la cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral y modificar los precios de los Beneficios Complementarios. Para estos efectos el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) deberá calcular los indicadores de la variación de los precios de las prestaciones de salud, de la variación experimentada en la frecuencia de uso de las mismas y de la variación del gasto en subsidios por incapacidad laboral. Junto con lo anterior, se consagra un Panel de Expertos (asesor) que calculará anualmente índices referenciales de variación de los precios del Plan Garantizado de Salud, de la cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral, basados en los indicadores elaborados por el Instituto Nacional de Estadísticas.

Se estima que a modo general la propuesta del Ejecutivo cumple con el estándar constitucional exigido por los tribunales superiores de justicia. La Corte Suprema⁹³ ha indicado, al analizar si las Isapre cumplen o no el parámetro constitucional de no arbitrariedad, que la facultad de revisión anual en el precio base, no obstante ser una facultad legal, no es discrecional. Requiere de razones que la sustenten, las cuales se sostienen en la concurrencia de ciertos elementos que permiten concluir que es procedente la modificación (juicio de razonabilidad).

La Corte realiza una operación de examinación de las motivos, efectivos y verificables, que deben explicitar detalladamente las ISAPRE para que el reajuste anual en el plan particular, sea procedente y no considerado arbitrario; y la constatación de la concurrencia de los nuevos cambios en los tratamientos o en las tecnologías aplicadas que *“modifiquen efectiva y sustancialmente las respectivas prestaciones”*⁹⁴. Se exige que las modificaciones contractuales relativas al plan base deben tener en consideración que el contrato de salud

⁹² Ver indicación que agrega un nuevo artículo 197 bis. DFL N° 1/2005.

⁹³ Ver entre otras sentencia de la Corte Suprema: Sentencias Roles N° 824-2010, 6915-2010, 6400-2008, 6317-2010, 6271-2010, 7799-2010, 4404-2010, 6264-2010, 7686-2010, 7486-2010, 8480-2010, 8421-2010, 9444-2010, 9844-2010, 10001-2010, 305-2011, 12.699-2011, 705-2012, 1361-2012, 1196-2012, 1787-2012, 1556-2012, 1809-2012, 1493-2012, 1818-2012, 1453-2012, 1878-2012, 1877-2012, 1826-2012, 1813, entre otras.

⁹⁴ Sentencia Corte Suprema Rol N° 6400-2008, de 21 de octubre de 2008, considerando 3°.

contiene normas de “orden público y jerarquía constitucional las prestaciones de un bien como la salud” y, que tales alteraciones sean «excepcionales»⁹⁵.

La Corte exige, además, que la modificación del plan base sea «excepcional», debiendo entenderse el ejercicio de las facultades modificatorias de manera «restrictiva». Concibe que el carácter de excepción de la facultad es consecuencia de las posiciones diferenciadas en que se encuentra la ISAPRE y el/la afiliado/a. Ha afirmando que es “*extraordinario el carácter de esta facultad de la recurrida, por lo que ella ha de ser aplicada restringidamente, a fin de evitar su abuso, atendida la especial situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la ISAPRE*”⁹⁶. De igual manera, las alzas deben ser «objetiva y esencial» de las prestaciones que puedan afectar a todo un sector de afiliados, o al menos a todos los que contrataron un mismo plan, sin perjuicio del derecho de los y las particulares de modificaciones de las condiciones particulares, si así lo convienen⁹⁷.

La Corte Suprema ha considerado también que el cambio será justificado cuando la variación responda a cambios reales, efectivos y verificables⁹⁸ y que se demuestre la procedencia del cambio de “manera cabal, pormenorizada y racional”⁹⁹.

Bajo este estándar constitucional, se considera que la regla dispuesta en el Proyecto va, inicialmente, en la dirección correcta, en razón que pretende dar respuesta a las exigencias dispuestas por la Cortes en el sentido de objetivizar el alza y dar razones que lo funden de una manera detallada y real. Lo anterior permitiría cumplir con el contenido del derecho a la salud que a nivel internacional exige permitir el acceso a la salud privada donde las personas no tengan gastos excesivos en la atención. El imperativo es tener planes privados “asequibles”¹⁰⁰, lo cual se concilia con la exigencia nacional de no arbitrariedad en el alza.

Es el INE quien fijará los indicadores, no las Isapre, que permitirá dar las razones con base a las cuáles estas instituciones podrán reajustar anualmente el Plan. El Instituto determinará los determinará con relación a la variación de precios de las prestaciones, de la frecuencia de uso y de los gastos vinculados al subsidio de incapacidad laboral. De igual manera y específicamente en lo referente al PGS, existirá un panel de expertos que establecerán los índices de variación de los precios de éste.

Ahora bien, el reparo que se puede realizar a este mecanismo, tiene que ver con la forma en que los planes se reajustan. Los planes de salud se reajustan siempre, pues son pactados en

⁹⁵ Sentencia Corte Suprema Rol N° 824-2010, de 4 de febrero de 2010, considerando 1; Sentencia Corte Suprema Rol N° 6915-2010, de 4 de octubre de 2010, considerando 4.

⁹⁶ Sentencia Corte Suprema Rol N° 6400-2008, de 21 de octubre de 2008, considerando 4.

⁹⁷ Sentencia Corte Suprema Rol 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 3; Sentencia Corte Suprema Rol N° 6400-2008 de 21, de octubre de 2008, considerando 4, Sentencia Corte Suprema Rol N° 6915-2010, de 16 de septiembre de 2010, considerando 5.

⁹⁸ Sentencia Corte Suprema Rol N° 6915-2009, de 16 de septiembre de 2010, considerando 3°; Sentencia Corte Suprema Rol N° 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 1°.

⁹⁹ Sentencia Corte Suprema Rol N° 6915-2009, de 16 de septiembre de 2010, considerando 4°; Sentencia Corte Suprema Rol N° 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 2°.

¹⁰⁰ Observación N° 19, numeral 2 y 13.

Unidades de Fomento (U.F.), de modo que todo plan tiene incorporado este sistema que se calcula de acuerdo a la inflación. Como se sabe, la UF se reajusta en forma diaria, a la tasa promedio geométrica correspondiente a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor (IPC) que determina el Instituto Nacional de Estadísticas, en el mes calendario inmediatamente anterior al período para el cual dicha unidad se calcule.

A partir de ello, es posible advertir que la U.F. se basa en el IPC, el cual es determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas con el objeto de calcular la inflación, representando, en términos simples, el costo de la vida de las personas. Incorpora las variaciones de cada mes de los precios de los bienes y servicios consumidos por los hogares. Según la información del propio Instituto Nacional de Estadísticas¹⁰¹ uno de los 12 subgrupos en que se divide es “salud”. Así, el cobro en U.F. del plan privado de salud conlleva su propio costo y, si los Indicadores que elaborará el mismo Instituto en materia de salud incorporan las variaciones de precios de las prestaciones de salud, la frecuencia de las mismas y la variación de los gastos en subsidios, podríamos estar reajustando el plan base teniendo como fundamento los costos de salud que ya van incorporados en el valor en U.F. del plan¹⁰². Es posible que se produzca un reajuste del plan privado 2 veces por costos de salud. Lo anterior encarece no justificadamente el precio del plan afectando el acceso libre e igualitario a las acciones de salud, vulnerando el deber preferente del Estado de garantizar tales acciones, sea que se presten por instituciones públicas o privadas.

Lo anterior tiene una arista compleja en razón que los indicadores que se elaborarán son de orden sistémico, no particulares de la personas cuyo precio es alzado, lo que se confronta con la afirmación del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema que los contratos de salud contienen normas de orden público al vincularse a un bien jurídico de orden constitucional como la salud y que han exigido que para cada caso concreto se den las justificaciones del alza de los planes.

El contrato opera como un instrumento de seguro frente al riesgo (en este caso el uso de prestaciones médicas), por lo que se podría afirmar que no puede invocarse como argumento de modificación del precio elementos que primariamente las Isapre debieron tener en cuenta al momento de ofrecer planes de salud.

La idea de un seguro privado de salud es que éste puede prever el aumento de los riesgos, sino no funciona como seguro y, por lo mismo, no es posible imputar a sus afiliados/as y beneficiarios/as, anualmente, determinadas variaciones que pudieron ser previstas e imputadas al valor del contrato.

Sería recomendable evaluar que en los contratos de salud privada, las Isapre efectúen un examen de previsibilidad de costos de funcionamiento, y no que ajuste los contratos frente a alzas concretas posteriores a la suscripción. Concorre un deber de representación por parte de las Isapre de un potencial aumento de gastos que deben ser incorporados a los

¹⁰¹ Ver: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_precios/ipc/nuevo_ipc/nuevo_ipc.php

¹⁰² Ver:

http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_precios/ipc/metodologia/pdf/Manual%20Metodologico%20NIPC%20BASE%20ANUAL%202009.pdf

contratos, sino, la certeza jurídica (contrato como ley para las partes pero irradiada por un derecho fundamental como es la salud) y la buena fe concurrente se ven vulneradas.

Un/a afiliado/a cuando contrata un plan de salud lo hace en consideración al precio que puede pagar, pero también con relación a la cobertura que desea obtener, por lo que necesariamente requiere hacer un juicio de representación de escenarios sanitarios futuros, cuestión que obviamente puede verse alterado por las circunstancias fácticas que la Isapre invocará a la luz de los indicadores que fije el Instituto Nacional de Estadísticas, privando al contrato y a la relación de salud privada de toda certeza jurídica, y el acceso a las prestaciones de salud.

IV.- Conclusiones

- El proyecto de ley se considera un avance en la búsqueda de cumplir los estándares internacionales y nacionales sobre el derecho a la salud, en particular la adopción de medidas que tengan por objeto evitar las discriminaciones por sexo y edad en el acceso a las prestaciones de salud, como la arbitrariedad en el alza de los planes de salud. También permite avanzar en el cumplimiento de la obligación de disponer de una salud privada accesible, con miras a evitar los gastos excesivos y permitir el disfrute del derecho.
- La creación del Plan Garantizado de Salud (un plan único y bajo una regla de no exclusión) permite el cumplimiento del parámetro de no discriminación de mujeres y personas de edad avanzada.
- No obstante, se considera que puede producirse un efecto de “discriminación por sexo o edad aplazada a los beneficios complementarios”, al permitir la existencia de beneficios complementarios que se ejecuta por medio de la suscripción de otro contrato de salud específico, en los cuales se puede diferenciar por riesgos sanitarios (sexo y edad).
- Con el Fondo de Compensación Solidario se propone dar respuesta a la crítica al sistema privado de salud sobre el incumplimiento del parámetro de solidaridad exigido por la justicia constitucional, permitiendo a las personas destinarlas a costear su salud de manera individual por medio de un sistema de compensación de riesgos sanitarios. En la creación del Fondo es relevante el rol del Estado en la ordenación del principio de solidaridad. Igualmente, se estima que como medida legislativa cumple con el test de proporcionalidad exigido por la Corte Interamericana, estimando que es una medida que busca tutelar un bien jurídico de relevancia constitucional (permitir el acceso a la salud sin discriminaciones), instituyéndose como una medida idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, permitiendo cumplir el objeto con el menor menoscabo a otros derechos.
- La elaboración, por parte del Instituto Nacional de Estadísticas, de los indicadores de la variación de los precios de las prestaciones de salud, de la variación experimentada en la frecuencia de uso de las mismas y de la variación del gasto en

subsidios por incapacidad laboral; permitirá objetivizar el alza anual de los planes de salud y dar razones que lo funden de una manera detallada y real dicho aumento, permitiendo también, ajustarse al canon internacional de garantizar el acceso a la salud privada sin gastos excesivos, que en este caso es sin arbitrariedades.

- Sin perjuicio de lo anterior, se considera que el Proyecto no resuelve el problema de fondo que dice relación con el reajuste de los planes, en razón que no sólo se reajustaran éstos en Unidades de Fomento, sino también por estos indicadores que fije el INE, los cuales recogen parte de las variables que también considera la UF, siendo recomendable que, en los contratos de salud privada, las Isapre efectúen un examen de previsibilidad de costos de funcionamiento y no sólo que ajuste los contratos frente a alzas concretas posteriores a la suscripción.