

Santiago, veintinueve de enero de dos mil nueve.

**VISTOS:**

Con fecha 29 de octubre de 2008, la abogada Flor Gómez Lobos, en representación del señor Bernardo Salvi Fernández, ha interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del N° 8 del artículo 33 bis de la Ley N° 18.933 -que actualmente corresponde al N° 8 del artículo 190 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado, entre otras, de la referida ley-. Se solicita a esta Magistratura Constitucional efectuar la declaración de inaplicabilidad del citado precepto legal en la causa sobre recurso de protección interpuesto en contra de la Isapre Banmédica S.A., ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso N° 6590-2008, caratulado "Salvi Fernández, Bernardo, con Isapre Banmédica S.A.".

La norma legal impugnada dispone:

*"Artículo 33 bis.- No podrá estipularse un plan complementario en el que se pacten beneficios para alguna prestación específica por un valor inferior al 25% de la cobertura que ese mismo plan le confiera a la prestación genérica correspondiente. Asimismo, las prestaciones no podrán tener una bonificación inferior a la cobertura financiera que el Fondo Nacional de Salud asegura, en la modalidad de libre elección, a todas las prestaciones contempladas en el arancel a que se refiere el artículo 31 de la ley que establece el Régimen General de Garantías en Salud. Las cláusulas que contravengan esta norma se tendrán por no escritas.*

*Asimismo, no podrá convenirse exclusión de prestaciones, salvo las siguientes:*

(...)

8.- *Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel a que se refiere la letra d) del artículo 33 (arancel del Fondo Nacional de Salud). 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.*

*No podrán existir períodos de espera durante los cuales no sean exigibles las prestaciones y beneficios pactados, excepto las correspondientes al embarazo y a enfermedades preexistentes, en los términos señalados en el artículo 33, letra f).".*

En cuanto a los hechos de la causa *sub lite*, el actor ha acompañado a los autos antecedentes que sirven para acreditar que a él se le diagnosticó un cáncer prostático de bajo riesgo, como asimismo que el tratamiento recomendado por su médico sería la braquiterapia -que utiliza semillas de yodo radioactivo como insumo- y que existe opinión tanto de éste como de otros médicos especialistas en el sentido de que como este procedimiento no tiene código en las Isapres, podría homologarse al que tiene asignado, en el Arancel FONASA, el denominado como "prostatectomía radical".

En el requerimiento se hace hincapié, además, en que el aludido tratamiento sería el indicado y de menor

riesgo para el señor Salvi, considerando su especial condición de paciente que padece, además, de obesidad, que tiene falencias respiratorias y una capacidad funcional limitada.

Por otra parte, consta en autos que en el recurso de protección en que incide la acción de inaplicabilidad deducida ante esta Magistratura Constitucional, el señor Bernardo Salvi reclama, precisamente, en contra de la negativa de la Isapre Banmédica a otorgarle cobertura para el tratamiento de braquiterapia que le han recomendado los médicos especialistas que han conocido su situación, la cual se ha fundado en la aplicación de la norma legal que se impugna en estos autos.

En cuanto a las garantías constitucionales que eventualmente se verían vulneradas a consecuencia de la aplicación de la norma legal impugnada al caso concreto, la requirente invoca las siguientes:

1) Derecho a la vida (artículo 19 N° 1):

Básicamente se indica que, al autorizar a las Isapres para excluir de sus planes de salud las prestaciones no contempladas en el arancel de FONASA, la norma legal de que se trata impediría al afiliado acceder al uso de nuevas tecnologías que, en casos graves como el del señor Bernardo Salvi, constituyen el único recurso médico que le permitirá restablecer su salud y mantener su vida.

Añade la requirente que, a su juicio, resulta un contrasentido que la ley permita a las instituciones de salud previsional limitar el otorgamiento de cobertura y beneficios a los que se encuentren vigentes en el sistema público de salud, ya que el financiamiento de ambos sistemas es diferente y las expectativas de quienes contratan con el sistema privado también serían diversas. Señala, en este mismo aspecto, que los que contratan con el sistema privado esperan que, por su mayor costo en comparación con el sistema público, se les entreguen todas las prestaciones que requieran para el

mantenimiento de su vida y su salud, lo que no se cumpliría en el caso concreto invocado, precisamente por disposición de la ley que se pide inaplicar.

Agrega que la misma norma legal impugnada pone de cargo de la parte dominante de la relación contractual la posibilidad de homologar una prestación a otra, prescindiendo para ello de la prescripción del médico tratante del afiliado, lo que también resultaría contrario al derecho a la vida reconocido por la Ley Fundamental.

Finalmente, la requirente señala que si bien la norma legal impugnada permite recurrir a la Superintendencia de Salud para solicitar la homologación de prestaciones, esta posibilidad anularía "la inmediatez" con la que se debe actuar para brindar el tratamiento adecuado al paciente y, de esta forma, la aplicación de tal disposición legal podría conculcar el derecho a la vida de aquél.

- 2) Por otra parte, la actora considera eventualmente violentado el Derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9):

Según se expone en el requerimiento, por aplicación del N° 8 del artículo 33 bis de la Ley N° 18.933, en el caso concreto del señor Bernardo Salvi Fernández, éste quedaría desprovisto del uso de la tecnología que le serviría para proteger su salud, y ese es el efecto de la aplicación de la norma que sería contrario a la aludida garantía constitucional.

La requirente agrega que ha sido esta misma Magistratura Constitucional, en su sentencia Rol N° 976 (Considerando 43°), la que ha manifestado que sería contraria a la Constitución cualquier cláusula del contrato de salud que desconozca o aminore los derechos fundamentales y eso es lo que ocurriría en el caso particular del señor Salvi Fernández, si se permite la aplicación de la ley que se impugna en estos autos.

3) Por último, se invoca como eventualmente vulnerado el Derecho de propiedad (artículo 19 N° 24):

Según expresa la requirente, la falta de cobertura de la Isapre Banmédica respecto del procedimiento que se le ha recomendado a su cliente por el médico tratante, importaría que no se le bonifique un procedimiento de alto costo económico que difícilmente aquél podrá asumir, y sería esta situación la que genera, a entender del actor, un menoscabo en su patrimonio, que resultaría inconstitucional.

Por resolución de fecha 4 de noviembre de 2008 -fojas 54 a 56-, la Primera Sala del Tribunal declaró admisible la acción deducida y, por resolución del día 11 del mismo mes y año -fojas 62-, dispuso la suspensión del procedimiento de protección en que incide. Pasados los autos al Pleno, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Isapre Banmédica S.A.

La última entidad antes aludida, representada por el abogado Germán Concha Zavala, en su presentación de fecha 9 de diciembre del año 2008 -fojas 84 a 127- formuló las siguientes observaciones respecto del requerimiento de inaplicabilidad deducido, solicitando que éste sea rechazado en todas sus partes:

- 1) Como consideraciones de carácter general, la referida entidad aduce:
  - a) Que el requerimiento debe ser rechazado, en primer lugar, pues se sustentaría en un supuesto erróneo que consiste en considerar que por el solo hecho de que una norma legal establezca, acepte o admita la existencia de una limitación o restricción en el ejercicio de un derecho fundamental, como sucede con aquella que ha sido impugnada en este caso por el señor Salvi, ésta deviene en contraria al texto constitucional.

En el mismo sentido, añade que tal planteamiento del requirente se opondría "al esquema de soberanía asumido

por nuestro ordenamiento institucional”, según lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política, así como también a la “vigencia efectiva del Estado de Derecho”, según lo preceptuado en los artículos 6° y 7° de la misma Carta. Agrega, en este mismo aspecto, que al reclamar para sí la titularidad de facultades ilimitadas, el señor Bernardo Salvi, por una parte, ha decidido ponerse “por encima del soberano mismo” y, por otra, pretendería desconocer la obligatoriedad de la Constitución y del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Hace presente, en este último punto, que tanto esta Magistratura Constitucional como la doctrina publicista nacional (citando al efecto a los señores Alejandro Silva Bascuñán, José Luis Cea Egaña y Eugenio Valenzuela Somarriva) han afirmado que entender el ejercicio de los derechos fundamentales como carente de todo límite sería propio de una visión despótica que no se condice con la que ha adoptado la Constitución Política vigente en el país, y que “lo que está prohibido, en otras palabras, no es que exista una limitación o regulación (como parece creer el requirente), sino que ella sea excesiva o afecte gravemente los derechos fundamentales”, como se encarga de establecer el numeral 26° del artículo 19 de la Carta.

Por otra parte, se argumenta que el razonamiento que adopta el requerimiento resultaría de mucha gravedad, desde una perspectiva económica, ya que partiría de la base, también equivocada a juicio de la entidad, de que los recursos no serían escasos y que, en consecuencia, bastaría con sólo pedirlos, en este caso a la Isapre Banmédica, para poder contar con ellos de inmediato y en la cantidad solicitada.

- b) Un segundo aspecto de carácter general que, según la aludida Isapre, podría derivar en el rechazo de la acción de inaplicabilidad interpuesta, es que en ésta se estaría intentando plantear una discusión “de mérito” acerca del modelo regulatorio que el

legislador nacional ha decidido establecer en el sector salud, que no le compete resolver a esta Magistratura Constitucional, por aplicación del principio de "Autonomía del Legislador", denominado por alguna doctrina también como "Deferencia Razonada", y que constituiría, a juicio de la entidad, un límite de la función de control de constitucionalidad encomendada a este Tribunal.

Luego de formular tal afirmación, la misma entidad se refiere a la regulación legal vigente en la materia, señalando, en síntesis, que el sistema escogido por el legislador "supone que, en principio, todas las personas se encuentran cubiertas por el esquema de financiamiento público a través del Fondo Nacional de Salud, FONASA", y que "el traspaso a una Isapre constituye una opción libre que le permite a quien la realiza elegir (dentro del marco fijado por la propia ley) la institución privada y la cobertura que le parezca más apropiada a su situación y necesidades, todo ello con la seguridad adicional de que en caso de quedar sin efecto dicha opción, la persona queda nuevamente bajo la cobertura de FONASA". Asimismo, hace notar que la legislación se ha encargado de establecer gran parte del contenido de los contratos de salud que las Isapres pueden ofrecer a los interesados, haciendo hincapié en lo relativo a las coberturas que dicha convención debe contener. Respecto de esto último, conforme lo dispone el artículo 189 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, la Isapre Banmédica sostiene que "todo contrato de salud previsional debe incluir las **Garantías Explícitas en Salud** contempladas en el Régimen (...) establecido mediante la Ley N° 19.966, y un **Plan de Salud Complementario** (conocido habitualmente como plan de salud), cuya cobertura debe corresponder, al menos, a la contemplada en el esquema de Libre Elección que se aplica en FONASA. A ello se agrega una cobertura especial que fue creada por las propias Isapres y que en general ellas ofrecen a sus afiliados: la **Cobertura**

**Adicional para Enfermedades Catastróficas**, conocida habitualmente como CAEC”.

Señala, a continuación, que la normativa legal vigente también contempla limitaciones frente a la posibilidad de seleccionar a los prestadores - considerando redes cerradas de prestadores o, bien, prestadores preferentes-. Ello, afirma la misma Isapre, no sería un esquema arbitrario ni mucho menos injustificado, sino que, por el contrario, respondería a la “búsqueda de herramientas” que permiten controlar y hacer más eficiente el gasto en salud, “de manera que el sistema pueda servir al conjunto de la población y no sólo a unas pocas personas”. Se expresa, además, que “en la práctica, el **Arancel FONASA** constituye un listado de prestaciones al que va asociado un determinado valor monetario (en términos técnicos, se trata de una nómina valorizada de prestaciones). El actúa como mecanismo de control de costos, tanto por la vía de establecer un límite a lo que se gasta respecto de cada una de ellas (el valor que se indica en cada caso), como al determinar qué es susceptible de cobertura (sólo aquello que está incluido en el arancel)”. Puntualiza también que la exclusión de cobertura para las prestaciones ajenas al mencionado “Arancel” intentaría solucionar “el problema económico que supone la cobertura de nuevos procedimientos, tratamientos o medicamentos, que inicialmente suelen ser más caros que las alternativas disponibles y, en muchos casos, de una efectividad aún desconocida o, al menos, incierta. Es por ello que se los deja fuera de cobertura, en el entendido que los respectivos recursos resultarán socialmente más útiles si se destinan a los procedimientos, tratamientos o medicamentos conocidos o probados en el sistema”. Por consiguiente, señala la Isapre Banmédica, “la norma sobre exclusión de las prestaciones no incluidas en el Arancel FONASA, que se impugna en el requerimiento de autos, no constituye una regla abusiva” que ella o cualquier otra

institución de su clase intente aplicar, sino que, a su entender, representaría una pieza básica del esquema regulatorio empleado por el legislador nacional, que ha adoptado un "esquema de seguro en los contratos de salud previsional" y que, a su vez, tiende a la búsqueda de mecanismos que controlen y hagan más eficiente el gasto en salud.

La entidad hace notar que es la misma norma legal impugnada la que posibilita a la persona afiliada al sistema para requerir a la Superintendencia de Salud que la prestación excluida del contrato sea homologada con otra que esté contenida en el respectivo arancel, para efectos de obtener la respectiva cobertura, pero ello operará siempre que se cumplan los siguientes supuestos: a) que no exista el consentimiento de la Isapre, b) que se esté frente a "un caso excepcional", c) que exista "evidencia científica de la efectividad de las prestaciones de que se trate", y d) "sin que el costo de la prestación que se homologa para la Isapre pueda ser superior al que le correspondía por la prestación respecto a la cual se produce la homologación".

Atendido lo anterior, la Isapre manifiesta que si se admitiera la pretensión del requirente, en el sentido de que la homologación de prestaciones opera de un modo amplio, esto es, sin que se cumpla el requisito de obtener el consentimiento del asegurador o el pronunciamiento de la Superintendencia, "no sólo se estaría alterando indebidamente el esquema de determinación del riesgo que permitió la celebración del contrato de salud que invoca el señor Salvi Fernández, sino que se estaría abriendo la puerta a que ellos se alteraran de manera general, al punto de hacer imposible a las Isapres cumplir con su contenido, lo que redundaría en perjuicio de la sociedad entera, incluido el requirente".

- 2) En cuanto a los derechos fundamentales invocados en la acción deducida para solicitar la declaración de

inaplicabilidad de la norma legal de que se trata, la Isapre Banmédica observa, en síntesis:

Que, a su juicio, lo que perseguiría el señor Bernardo Salvi, en cuanto a obtener cobertura para la braquiterapia que le recomendó su médico, entendiendo que ésta puede homologarse con el procedimiento denominado prostatectomía radical, sería un error, ya que ambos procedimientos no guardarían relación ni en cuanto a su complejidad, ni respecto del uso de recursos, ni en relación con su duración en el tiempo. Explica que el primero supone la instalación de semillas de yodo en la zona prostática y que el otro "consiste en la extirpación de la glándula en cuestión y de los ganglios linfáticos de la zona".

Por otra parte, insiste en señalar que no correspondería al prestador, sino que a la respectiva Isapre o, en su caso, a la Superintendencia de Salud, determinar la homologación para efectos de otorgar la cobertura para una prestación no incluida en el arancel FONASA, y que ello tiene su fundamento en el esquema de determinación de riesgo que permitió la celebración del contrato de salud suscrito por el requirente.

En seguida, la misma institución niega que la aplicación del precepto legal de que se trata pueda implicar afectar la vida del señor Salvi, por cuanto afirma que el contrato de salud previsional suscrito en este, como en cualquier otro caso, no implicaría para la Isapre el deber de asumir la obligación de asegurarle al cotizante y beneficiario "una suerte de inmunidad frente a cualquier enfermedad" que éste pueda adquirir o sufrir, y ello, simplemente, "porque tal obligación es imposible de cumplir". La entidad hace notar que, según la doctrina, el derecho a la vida implica para la persona no ser privada injustamente de ella y no un derecho a ser mantenida en ella por los demás. A mayor abundamiento, indica que la existencia de diversos tratamientos médicos no implica, necesariamente, que todas las personas puedan

tener acceso a ellos, y tal circunstancia, a su juicio, no podría llevar a sostener que afecta el derecho a la vida de quienes carezcan de acceso por cualquier razón, como, por ejemplo, su alto costo, el hecho de que sea un tratamiento de carácter experimental o que sólo se practique en el extranjero, etc.

La Isapre Banmédica agrega que si se admitiera la tesis expuesta en el requerimiento, se podría incluso acusar al Estado de Chile de atentar en contra del derecho a la vida "de todas las personas que se encuentran en una situación similar a la del señor Salvi y están afiliados a FONASA", puesto que en el respectivo arancel no se contempla el tratamiento braquiterapia entre las prestaciones que se otorgan en los establecimientos públicos".

Por otra parte, la misma Isapre aduce que tampoco se ha acreditado en autos que el tratamiento denominado "braquiterapia" sea la única forma de combatir el cáncer de próstata que sufre el requirente y, de esta manera, evitarle una muerte segura por dicha causa.

Finalmente, puntualiza que la norma que se impugna en este caso no impediría al señor Bernardo Salvi recurrir al tratamiento a que se ha hecho alusión, esto es, no genera una eventual vulneración del derecho a la vida de ser aplicada en el caso *sub lite*, sino que el efecto de su aplicación se traduce en que rija el contrato celebrado, en términos que sea aquél quien financie dicho tratamiento de una manera que no involucre un costo para la Isapre Banmédica, que no está obligada a soportar.

En cuanto a la posible afectación del derecho a la protección de la salud, la entidad reitera que la norma que se intenta inaplicar en este caso concreto respondería "a la naturaleza del diseño regulatorio elegido" por el legislador y que, conforme con la Carta Fundamental, fijaría "la forma y condiciones en que han de desarrollarse las actividades de los privados en el

ámbito de la salud". De acuerdo con esto, la Isapre Banmédica sostiene que la norma sobre exclusión de cobertura que se impugna jugaría un papel importante en la delimitación de riesgos que asumen las partes del contrato de salud y, por ende, es clave para mantener los equilibrios, tanto jurídicos como económicos, que se tuvieron en vista al diseñar las coberturas ofrecidas por las instituciones de salud previsional. Indica, en este mismo aspecto, que se emplean "esquemas que agrupen los riesgos de distintas personas y permitan, de esa manera, ampliar las coberturas reduciendo los precios". Este sistema permitiría, además, evitar que la situación de un afiliado deje sin cobertura a los demás.

Indica también la Institución de Salud Previsional que la limitación contenida en la norma que se impugna no se opondría al ordenamiento constitucional, ya que, a su juicio, por una parte, persigue un fin lícito, que sería permitir la existencia de cobertura de salud por parte de las Isapres para todos sus afiliados y, por otra parte, sería un medio idóneo para alcanzar tal fin; además, generaría un menoscabo proporcional al beneficio que se obtiene, en el sentido de que, si bien restringe la cobertura del señor Salvi, le garantiza la mantención de su contrato de salud en el tiempo y con las coberturas que se incluyen en él.

En cuanto a la posible contravención del derecho de propiedad, la Institución de Salud Previsional manifiesta que el requirente parece haber olvidado que si celebró un contrato de salud fue "para alcanzar una cierta cobertura que le permitiera reducir los costos asociados a los riesgos de salud". Por otra parte, indica que el hecho de que esa entidad le haya denegado la cobertura para un determinado tratamiento, tal decisión no supone una afectación de su derecho, sino que ello sería "la consecuencia de la aplicación de un contrato libremente celebrado", lo cual incluye toda la normativa aplicable

al mismo y, dentro de ella, la que establece la posibilidad de negar ciertas coberturas.

Por último, la Isapre Banmédica plantea que el requerimiento debe rechazarse porque, de lo contrario, se verían afectados sus derechos a la libre iniciativa en materia económica, de igualdad ante la ley y de propiedad, consagrados en los numerales 21º, 2º y 24º del artículo 19 de la Constitución Política, respectivamente. En este punto aduce que “si el juez constitucional interviene en cada caso para determinar cuál es la cobertura que corresponde dar a los usuarios”, se daría el efecto de reemplazar “la regulación general de condiciones establecida en la ley, por una particular” y diferenciada en cada caso, lo que, a su juicio, “haría imposible para los particulares que prestan los servicios” en este rubro “estimar, proyectar o calcular las ganancias o beneficios que pueden obtener por su participación, las que constituyen el legítimo incentivo a su intervención”. Acoger el requerimiento constituiría, además, según argumenta la misma Isapre, afectar la igualdad ante la ley, porque en su caso particular se dejaría sin aplicación una disposición legal cuya lógica resulta fundamental para la operación de todo el sistema y generaría un serio perjuicio, también, a la libre competencia con el FONASA. Se afectaría, asimismo, su derecho de propiedad a que se mantenga el equilibrio en las prestaciones derivadas del contrato de salud celebrado con el señor Bernardo Salvi.

A fojas 137 y 138, se ha agregado el informe evacuado por la Superintendencia de Salud –contenido en Oficio Ord. S.S. N° 3822, de 22 de diciembre de 2008-, en cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal a fojas 129. En este instrumento, refiriéndose al sentido y alcance de la norma impugnada en estos autos, el organismo afirma que “la ley no impone las exclusiones de cobertura”, sino que “ha autorizado a las partes a pactarlas en los contratos de salud”, agregando que “las exclusiones en

cuestión suelen estar incorporadas en los contratos de salud, sin perjuicio de lo cual, en ocasiones, las isapres bonifican prestaciones que están excluidas de cobertura”.

En seguida, informa que, al igual que las Isapres, y conforme a lo que establecen los artículos 159 y 161 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, el FONASA no bonifica, en la modalidad de libre elección, las prestaciones que no están incluidas en dicho arancel.

Mediante presentación de fecha 24 de diciembre de 2008 -fojas 141 a 273-, la abogada Flor Gómez Lobos, por el requirente, ha solicitado a este Tribunal Constitucional tener por acompañados documentos y tener presente, en la vista de la causa, consideraciones adicionales a las ya contenidas en el requerimiento, las que se refieren a los siguientes temas:

- a) El origen político y legal de las Isapres, dentro del Sistema de Salud chileno;
- b) Las diferencias que existen entre el sistema de salud privado y el público;
- c) Las principales dificultades que enfrenta el sistema de salud en Chile, según el “Informe de la Sociedad Civil sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Chile”, redactado por los Dres. Andrei N. Tchernitchin y Carlos Villarroel, en el mes de diciembre del año 2003;
- d) El rol subsidiario del Estado en materia de salud y su obligación de control a fin de garantizar la calidad e idoneidad de las prestaciones que entreguen tanto el sector público como las Isapres, en la materia;
- e) El contrato de salud y la manera en que las Isapres enfrentan los riesgos previstos y los imprevistos al momento de contratar. En este punto la Isapre Banmédica destaca que conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 18.933, las instituciones del rubro pueden hacer frente a los riesgos imprevistos

que afecten a su actividad, a través de la revisión del precio base de los respectivos planes;

- f) La facultad de las Isapres de excluir de cobertura prestaciones de salud versus la facultad de las mismas para otorgar cobertura a prestaciones no incluidas en el arancel del FONASA. En este aspecto se indica, en síntesis, que la facultad de excluir prestaciones por parte de una Isapre "no puede ser considerada como una limitación general a la inclusión de nuevas prestaciones no contempladas para el sector público, puesto que de ser así pierde sentido" la "dicotomía público-privado inserta en un sistema de libre mercado en donde la salud no conforma un bien estatalizado sino que se ha dejado a una suerte de mejor opción, ejercitable por todos, o por lo menos por todos aquellos que económicamente puedan ejercerla";
- g) También la parte requirente argumenta sobre la aplicación obligatoria en nuestro país del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 12, párrafo 2º, reconoce "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Ello, según lo establece el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental. En este aspecto, se insiste en afirmar que el Estado de Chile "cumple un rol subsidiario en el sistema de salud" y que, por ende, a las Isapres se les ha entregado el rol principal en la materia. Tal circunstancia, a juicio de la parte requirente, implicaría sostener que las Isapres constituyen "la base del sistema de salud" y por ello, atendido lo dispuesto en el mencionado tratado internacional vigente y aplicable en nuestro país, tendrían que asumir la obligación de "adoptar las medidas que sean necesarias para que sus beneficiarios puedan tener acceso a los establecimientos, bienes y

servicios de salud”; en fin, que “puedan gozar cuanto antes del más alto nivel posible de salud física y mental”. De esta forma, se encontraría en pugna con la Constitución Política y el referido Pacto Internacional, cualquier disposición, como la impugnada, que faculte al ente que opera en el sistema de salud base -Isapre- para excluir prestaciones que requiera uno de sus afiliados “para conservar su vida y por ende proteger su salud”;

- h) Se alude en esta presentación, además, al proyecto de Acuerdo N° 662-A, aprobado por la Cámara de Diputados en su sesión 89ª, de fecha 15 de octubre del año 2008, que tiene por objetivo “solicitar a S.E. la Presidenta de la República”, entre otros, “que ordene la codificación de la braquiterapia” en la Lista Maestra del Fondo Nacional de Salud (FONASA), como tratamiento del cáncer de próstata, que constituye la tercera causa de muerte entre los hombres con cáncer en nuestro país”, además del “estudio de mecanismos y fórmulas para que todas las modalidades de tratamiento del cáncer de próstata puedan estar al alcance de los beneficiarios del sistema de salud”. En el mismo proyecto, según indica la parte requirente, se ha señalado que la “braquiterapia”, que es el tratamiento que se le ha recomendado al señor Salvi, estaría reconocida por la “Guía Clínica del Ministerio de Salud para el Cáncer de Próstata en personas de 15 años y más”, como “la mejor alternativa de tratamiento, estimando que sus resultados oncológicos son similares a la cirugía y con una menor morbilidad, sin embargo es desaconsejada por su alto costo”;

Ahora bien, en cuanto atañe concretamente al conflicto de constitucionalidad que eventualmente podría causar la aplicación del precepto legal impugnado, la

parte requirente sostiene, en síntesis, que, en su concepto, el FONASA, como sistema público de salud, sería "subsidiario" de la labor que realiza el sector privado, "en tanto la evolución económica y social de toda la población del país no alcance un nivel favorable de recursos" y, en tal sentido, el sistema público de salud estaría "pensado y creado para dar protección a la salud de toda aquella parte de la población que por carecer de recursos económicos" o por no contar con los suficientes, se ven impedidos de integrarse al sistema de salud base, es decir, al sistema de Isapres. Se acota que el Arancel del FONASA constituiría un listado de prestaciones que para el sector privado determinaría "el mínimo" de lo que debe otorgar a sus cotizantes y beneficiarios. Por su parte, "el máximo de prestaciones que deben ser otorgadas por el sector privado", esto es, por las Isapres, quedaría determinado, a su juicio, "por el derecho fundamental de la protección a la salud dentro del cual se les dio origen y participación" a dichas entidades "y para cuyo ejercicio fueron creadas". En otros términos, la parte requirente afirma que existiría una "máxima obligación *supra legal*" que se impondría al sistema de Isapres, cual es la de proteger la salud de la población que se encuentra afiliada al mismo; por consiguiente, en el caso particular del señor Salvi, sería la Isapre Banmédica, dada tal obligación y su capacidad económica, la que debiera concurrir al financiamiento de la prestación que le sirve a éste para conservar su vida y, por ende, proteger su salud.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 6 de enero de 2009 se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de la abogada Flor Gómez Lobos, por el requirente, y del abogado Germán Concha Zavala, por la Isapre Banmédica S.A.

**CONSIDERANDO:**

**I. El problema constitucional sometido a la decisión de este Tribunal y su competencia en esta materia.**

**PRIMERO.** Que, tal como ha quedado referido en la parte expositiva, el requirente ha solicitado se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del número 8 del artículo 33 bis de la Ley N° 18.933, que actualmente corresponde al mismo numeral del artículo 190 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, para que así no pueda aplicarse en la gestión judicial que se iniciara en su favor por medio de una acción de protección de que actualmente conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos rol 6590, caratulados "Salvi Fernández, Bernardo, con Isapre Banmédica S.A. A juicio de esa parte, la aplicación del precepto impugnado infringe, en la especie, los derechos a la vida, a la salud y a la propiedad, de los que es titular.

**SEGUNDO.** Que en la acción de protección se atribuye carácter arbitrario e ilegal a la negativa de la ISAPRE Banmédica (en adelante, la Isapre), a otorgar cobertura al tratamiento de "braquiterapia" y ciertos suministros que éste conlleva, los que resultan, dadas sus características físicas y de salud, de las que padece y detalla, el tratamiento más favorable y de menor riesgo para enfrentar un cáncer de próstata que lo afecta, conforme a una serie de opiniones médicas que esa parte ha acompañado. Debe anotarse que, tanto en la gestión pendiente como ante este Tribunal, las partes están contestes en que el tratamiento que pretende la actora no se encuentra incluido en el plan de salud pactado entre ellas y tampoco se halla contemplado en el arancel de Fonasa. Para justificar su negativa a financiar ese tratamiento, la parte requerida ha invocado en esa gestión, entre otras alegaciones, precisamente el precepto legal impugnado, el que, no obstante haberse transcrito ya en la parte expositiva, conviene recordar

que, en su inciso segundo, establece que en los planes complementarios de salud que se pacten entre una Isapre y un afiliado "no podrá convenirse exclusión de prestaciones", salvo las que el mismo precepto establece a continuación. Entre las exclusiones que la ley permite, el numeral 8º, materia de esta acción, incluye "todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel..." [alude al que se conoce como Arancel Fonasa]. Agrega el precepto que sin consentimiento de la Isapre, "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.". Termina el numeral aludiendo a los costos máximos de las prestaciones homologadas.

**TERCERO.** Que, como puede apreciarse, en la especie, a juicio de la requirente, lo que precisamente infringe los derechos constitucionales referidos es que el precepto legal permita a la Isapre negarse a cubrir el tratamiento de braquiterapia y sus suministros anexos, los que aparecen recomendados por sus médicos tratantes, no efectuando la homologación que la misma norma legal contempla. Así lo dice en su presentación al argumentar que de esa forma "... y para el caso particular del Sr. Bernardo Salvi, resulta inconstitucional el precepto que faculta a las Isapres para no otorgar cobertura a aquellas prestaciones no contempladas en el arancel del Fondo Nacional de Salud, toda vez que ante la necesidad imperiosa del uso de nuevas tecnologías para el tratamiento de un grave problema de salud que afecta la vida y la integridad física y psíquica de una persona, se autoriza a la empresa privada a eximirse de acatar los deberes inherentes a la supremacía constitucional, al prescindir de la importante obligación de respetar (sic) y proteger un derecho individual.". Más adelante alega como inconstitucional la norma pues "pone de cargo de la

parte dominante de la relación contractual, esto es, de la aseguradora la posibilidad de homologar una prestación a otra prescindiendo para ello de la prescripción del médico tratante del afiliado...". Su presentación hace referencia luego a cada uno de los derechos constitucionales que alega infringidos, los que serán tratados a continuación.

**CUARTO.** Que la Isapre requerida, sin perjuicio de argumentar respecto de cada derecho constitucional invocado, se ha opuesto en términos generales al requerimiento, aduciendo que las alegaciones del requirente sólo pueden compatibilizarse con una concepción ilimitada de los derechos, lo que repugna al orden constitucional que nos rige; que el sistema de salud consagrado en la legislación, cuyos principios y características explica extensamente, incluido el mecanismo de homologaciones que se cuestiona, no sólo persigue fines lícitos, sino que es adecuado para permitir el máximo goce de un bien escaso y costoso, como son las prestaciones de salud, y permite la existencia de seguros privados, que funcionan sobre la base de estimar siniestros relativamente pronosticables sobre la base de cálculos actuariales. Termina su presentación haciendo ver que, contrario a lo sostenido por la requirente, acoger y no rechazar este requerimiento infringiría la Carta Fundamental, por cuanto se afectarían, más allá de lo que ella permite, sus derechos a la libre iniciativa en materia económica, de propiedad sobre cláusulas contractuales y el principio de igualdad, pues ya no sería la ley general, sino la litigiosidad de los afiliados y el criterio judicial los que determinarían las prestaciones que se deben en materia de salud.

**QUINTO.** Que la competencia de este Tribunal para decidir esta materia se encuentra regulada en el numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental, que lo habilita para resolver "... la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que

se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución". Del precepto recién transcrito fluye con entera claridad que nuestra tarea se circunscribe a precisar si la aplicación del precepto legal impugnado a la resolución del recurso de protección interpuesto puede traer consigo efectos contrarios a las normas constitucionales que el actor pretende transgredidas y no, en cambio, a juzgar si la conducta misma de la Isapre al rehusarse a homologar el tratamiento de braquiterapia al de prostatectomía radical vulnera la Carta Fundamental, pues este último examen del actuar de la Isapre es objeto precisamente del recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución, el que habilita no sólo para impugnar actos u omisiones **ilegales** que lesionen tales garantías, sino también aquellos o aquellas que, aun siendo legales, entrañen un proceder **arbitrario**, es decir, contrario a la razón o la justicia y dictado por el mero capricho o voluntad antojadiza del transgresor.

**SEXO.** De ese modo y obrando dentro de la competencia referida en el considerando anterior, este Tribunal respeta la clara diferenciación entre el recurso de protección (que envuelve un enjuiciamiento de la constitucionalidad del **acto u omisión** reprochado) y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, misma que, en su esencia, entraña un juicio de conformidad o disconformidad entre los efectos que produciría la aplicación de la **norma legal** denunciada en la gestión pendiente y la preceptiva constitucional correspondiente.

**II. Análisis de si la aplicación de la norma al caso infringe el derecho a la vida o a la integridad física o psíquica.**

**SÉPTIMO.** Alega la requirente en este sentido que el derecho a la vida incluye "... el derecho a mantenerla o conservarla frente a los demás hombres, o si se quiere, es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no puede

suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto." Agrega que el derecho a la vida comprende el derecho a la integridad física y psíquica y, en base a ello y a los antecedentes médicos que analiza, alega que el precepto legal impugnado, "...al autorizar a las Isapres para excluir todas aquellas prestaciones no contempladas en el arancel del Fondo Nacional de Salud, impide con ello al afiliado acceder al uso de nuevas tecnologías, las que en casos graves como el presentado por el señor Salvi, constituyen el único recurso médico que le permitirá mantener la vida y reestablecer su salud."

**OCTAVO.** Que, por su parte, y tal como ha sido referido en los vistos, la Isapre alega que no se ha acreditado en autos que el tratamiento que pretende el requirente sea la única manera de evitarle la muerte, que la negativa a cubrir la prestación no le impide al requirente someterse al tratamiento que pretende y que, a todo evento, el derecho a la vida de los afiliados no implica para la Isapre el deber de cubrir cualquier tratamiento, al margen de las normas contractuales y jurídicas vigentes, pretensión que impediría el funcionamiento de seguros privados de salud.

**NOVENO.** Que, en el marco de su competencia, explicada en los considerandos 5º y 6º que anteceden, y sin entrar a determinar si el tratamiento pretendido por la requirente es o no el más adecuado y apto para la mantención de su vida y de su integridad física y psíquica, debe tenerse presente que estos derechos que la Constitución reconoce y asegura en el numeral 1º de su artículo 19 no imponen, desde luego, un deber a todo el resto de los habitantes a aportar ilimitadamente recursos para que el titular los proteja del modo que él mismo elija. No es ésta la pretensión del requirente, ni podría estimarse que la Isapre sea respecto del afiliado un tercero cualquiera, sino precisamente su asegurador previsional en materias de salud, y tampoco podría decirse, con los antecedentes aportados, que el

tratamiento preferido por el señor Salvi responda a su mero capricho. Con todo, la afirmación hecha respecto al alcance del derecho a la vida y a la integridad, conduce a considerar que la infracción constitucional sólo se verificaría si la norma legal permitiera la negativa de la Isapre a cubrir una prestación a la que, por algún título legítimo, el afiliado tiene derecho. De igual modo, atentaría en contra del derecho a la vida si el precepto autorizara a la Isapre a eximirse de cubrir un tratamiento necesario para su conservación o para la integridad física o psíquica a la que, por algún motivo, esta entidad se encontrare obligada. Por el contrario, no puede estimarse que atente ilegítimamente en contra del derecho a la vida una norma que, con justificación razonable, permita a la Isapre negarse a cubrir un tratamiento si esa obligación no existe bajo ningún título legítimo.

**DÉCIMO.** Consecuente con lo razonado en el considerando anterior, para resolver si la norma impugnada atenta o no en contra del derecho a la vida o a la integridad física o psíquica de la persona, resulta necesario dilucidar si el afiliado requirente tiene o no algún título legítimo para exigir que su asegurador previsional le cubra el específico tratamiento conocido como braquiterapia, que se encuentra prescrito por su médico tratante.

**UNDÉCIMO.** Que, desde luego, ese título legítimo para reclamar la obligación correlativa no se encuentra, en el caso sub lite, en el contrato de prestación de salud que vincula a las partes, cuestión no controvertida en estos autos.

**DUODÉCIMO.** Tampoco se encuentra controvertido en autos que el tratamiento en cuestión, cuyo costo la Isapre se niega a solventar, no forma parte del arancel del Fondo Nacional de Salud, conocido como "arancel FONASA", caso en el cual el requirente tendría derecho al

mismo y la Isapre no podría negarse a cubrirlo, en conformidad a la misma norma impugnada.

**DECIMOTERCERO.** Que, a juzgar por los argumentos de la requirente, el título que ella invoca para el derecho que pretende es el de la necesidad de someterse a ese y no a otro tratamiento, pues a juicio de su médico tratante y de otros especialistas, es ese el camino más adecuado y menos riesgoso para enfrentar la dolencia que le aqueja. A juicio de la requirente, y como se ha visto, la norma legal, al permitir que la Isapre se niegue a cubrir nuevas tecnologías, prescritas, en su caso, como las más adecuadas por especialistas de su confianza, atenta en contra del derecho a mantener su vida y su integridad psíquica y físicas. Corresponde entonces examinar si existe algún fundamento razonable para que el legislador haya limitado de ese modo las prestaciones que debe cubrir un asegurador previsional de salud.

**DECIMOCUARTO.** Que la norma legal no habilita a la Isapre a negarse caprichosamente y sin razón a los tratamientos que pretende uno de sus afiliados. Además de la obligación de cubrir todo lo pactado y lo que se establezca en el arancel FONASA, la Isapre debe -de un modo que resulte adecuado a su naturaleza de ente que ofrece al público proveer un bien tan esencial como el de cubrir costos adicionales de salud, contra un precio que en parte proviene de una cotización obligatoria- considerar, tal como establece el precepto impugnado, la homologación de un tratamiento que, como aparentemente reúne el de la especie, se funde en nuevas tecnologías y aparezca recomendado por un especialista. Refuerza lo anterior la regla del artículo 1546 del Código Civil, en cuanto dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que por ley pertenecen a la obligación. Si la negativa de la Isapre fue o no justificada en este caso, no corresponde juzgarlo a este Tribunal, pues como ya se razonó en los

considerandos 5° y 6°, a éste sólo le compete juzgar si la norma legal impugnada, que permite la negativa de la Isapre, vulnera la Carta Fundamental.

**DECIMOQUINTO.** Que la norma legal cuestionada no establece como definitiva la negativa de la Isapre a cubrir los costos de un tratamiento médico. Por el contrario, el tenor de la norma legal es claro al establecer que no procederá la homologación de prestaciones sin consentimiento de la Isapre, "... **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 consecuencia, la norma cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se examina, prevé precisamente la posibilidad de que surjan nuevos saberes o tecnologías médicas que aparezcan como científicamente recomendables para tratar casos determinados y que el arancel Fonasa no los haya contemplado. En tales casos, permite a la Isapre negarse, pero esta negativa no es definitiva, pues establece precisamente que la Superintendencia de Salud puede obligar a la Isapre a cubrir los costos de ese tratamiento, a condición de que exista evidencia científica de su efectividad. A este respecto, resulta de interés destacar que, en la vista de la causa, la Isapre requerida aludió y dejó a la vista del Tribunal la resolución N° 7097, de 15 de octubre de 2008, suscrita por el señor Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, en la que, a petición de un afiliado, instruye a Isapre Vida Tres S.A. a homologar un tratamiento de braquiterapia.

**DECIMOSEXTO.** Que no resulta irracional la fórmula del precepto legal que se impugna. Desde luego, la alternativa de permitir siempre la homologación de tratamientos a simple petición del afiliado implicaría, como extensamente ha alegado la requerida, introducir un elemento de alta incerteza para una entidad aseguradora; pero, lo que es más importante, resultaría problemático

desde el punto de vista de la equidad, pues tal opción no garantiza que los costos en que se incurra estén respaldados por evidencia científica acerca de su efectividad. La norma habilita a una entidad pública, como es la Superintendencia de Salud, para zanjar el desacuerdo entre la Isapre y un afiliado acerca de si procede o no una homologación y la habilita a ordenar, en casos excepcionales y contra la voluntad de la aseguradora, que se verifique la homologación y ésta, en contra de su voluntad y de las normas contractuales, cubra los costos del tratamiento no contemplado, a condición de que exista evidencia científica acerca de la efectividad del tratamiento.

**DECIMOSÉPTIMO.** Que el requirente ha alegado que este mecanismo no legitima la norma, pues si bien ésta "... permite acudir a la Superintendencia de Salud para solicitar esta homologación de prestaciones, esta posibilidad anula la inmediatez con la que se debe proceder a tratar médicamente a un paciente...". La parte requirente no ha aportado antecedente alguno para acreditar estos dichos. Preguntada en la audiencia de la vista de la causa por esta gestión, insistió en su descalificación sobre la base de su demora y de su costo, señalando que ella implicaba que el afiliado aportara la evidencia científica que demostrara su efectividad. Sin embargo, tampoco en esa oportunidad aportó mayores argumentos o evidencias acerca de la demora de ese trámite o para demostrar que los propios antecedentes que convencían de ese tratamiento al médico respectivo no fueran suficientes para iniciar el trámite. Desde luego, ni la eventual demora, ni la carga de la prueba se encuentran en la norma legal y, por ende, no resultan corregibles por la vía de la acción interpuesta ante este Tribunal.

**DECIMOCTAVO.** Que la decisión que eventualmente pueda adoptar la Superintendencia de Salud para ordenar la homologación de un tratamiento no incluido en el arancel

de Fonasa se encuentra sometida legalmente, como todo acto administrativo, a las obligaciones de gratuidad, celeridad, que incluye la sencillez y eficacia en sus procedimientos, imparcialidad, inexcusabilidad y a la obligación de decisiones fundadas. Si estos deberes, consagrados como principios por la Ley 19.880, no se cumplieren por la Superintendencia al resolver una homologación, quedaría sujeta a controles, incluyendo heterónomos ante tribunales de justicia, por la vía de la protección.

**DECIMONOVENO.** Que, en consecuencia, no es posible estimar que la norma legal, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, infrinja el derecho a la vida o a la integridad física o psíquica que la Carta Fundamental asegura al requirente.

**III. Análisis de si la aplicación de la norma al caso infringe el derecho a la protección de la salud.**

**VIGÉSIMO.** Invocando el derecho a la protección de la salud, la requirente alega que el precepto legal, en cuanto autoriza a las Isapres para excluir prestaciones que no se contemplen en el arancel del Fondo Nacional de Salud, resulta contrario al numeral 9º del artículo 19 de la Carta Fundamental, "... por cuanto la aseguradora, en una manifestación del principio de subsidiariedad articulado en el Código Político, debe dar satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales", agregando que "... estipulaciones que impidan al afiliado acceder a la cobertura por el plan de salud a nuevas tecnologías que [en] el caso particular del señor Salvi, resultan imprescindibles para mantener la vida y reestablecer su salud, por no encontrarse contempladas en el arancel del Fondo Nacional de Salud, consecuentemente tendrían que devenir en cláusulas inválidas por ser contrarias a la Constitución, puesto que la existencia de éstas significa, en la práctica, que la contraparte más débil de la convención quede impedida de ejercer la plenitud de

todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados por la Carta Fundamental.”.

**VIGESIMOPRIMERO.** Que los mismos motivos que han servido para demostrar que la aplicación de la norma al caso no resulta contraria al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, aplicados ahora al derecho a la protección de la salud, convencen acerca de la necesidad de rechazar también el requerimiento por este motivo. A diferencia de lo afirmado por la requirente y citado en el considerando anterior, la ley no faculta a la parte poderosa del vínculo contractual a impedir que el afiliado se someta a un tratamiento que satisface sus derechos. El impedimento no es tal, sino una negativa que puede ser superada por resolución en contrario de una autoridad pública especializada, que está sometida a una serie de deberes legales y a controles, incluidos los judiciales.

**VIGESIMOSEGUNDO.** Del modo señalado en el considerando anterior, y tal como ya ha quedado razonado a propósito del derecho a la vida, el derecho a la protección de la salud del paciente, por la vía de un tratamiento alternativo, supuestamente más eficaz y menos riesgoso que la cirugía convencional, no es conculcado por la norma en examen, ya que ella encomienda al dictamen de un organismo técnico e imparcial la determinación de la procedencia de la equiparación entre ambos tipos de prestaciones. Este mecanismo de solución para esta controversia, que el legislador ha previsto, por los motivos ya expuestos, no es arbitrario, toda vez que la autorización definitiva de la homologación no dependerá de la propia Isapre sino de un tercero institucionalmente capacitado para efectuar la pertinente evaluación de eficacia terapéutica del tratamiento alternativo, cuestión de medular trascendencia a los efectos de ponderar la equivalencia entre ambos tipos de prestaciones. La referida intervención que la norma legal asigna a la Superintendencia de Salud tiene, además, la

virtud de que, determinada por ella la efectividad terapéutica del tratamiento alternativo no codificado, se reduce la posibilidad de que la Isapre deba incurrir en nuevos costos si dicho procedimiento no resulta eficaz, que es, a nuestro entender, el motivo atendible por el cual la institución previsional puede negar su consentimiento a la homologación.

**VIGESIMOTERCERO.** Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que el derecho a la protección de la salud que la requirente invoca establece, en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19, que “[e]s 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...”. De la sola lectura de este precepto resulta claro que el derecho a las acciones de salud no es ilimitado, sino que debe ejercerse en la “forma y condiciones que determine la ley”. Naturalmente que la ley no puede regularlo de manera irracional, caprichosa o de un modo que afecte los derechos en su esencia o les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, pero nada de eso ocurre con la norma en cuestión, como se ha razonado a propósito de la invocación del derecho a la vida y a la integridad.

**VIGESIMOCUARTO.** Que la norma constitucional que se dice infringida declara también que “[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.”. Tampoco puede considerarse infringido este precepto por la norma legal impugnada, pues el acceso libre e igualitario no es lo mismo que un acceso ilimitado, y los límites establecidos por la norma legal en cuestión, conforme a lo razonado, no resultan irracionales, caprichosos o contrarios a la Carta Fundamental por algún otro motivo.

**VIGESIMOQUINTO.** Que, en consecuencia, tampoco es posible acoger el requerimiento interpuesto en cuanto se funda en supuestas infracciones al numeral 9º del artículo 19 de la Carta Fundamental.

**VIGESIMOSEXTO.** Que en nada obsta a lo que se ha razonado y concluido, lo resuelto por este Tribunal, por mayoría de votos, en sentencia de fecha 26 de junio de 2008, en acción interpuesta por doña Silvia Peña, rol 976-2007, invocada por la requirente, pues esta causa es enteramente diversa a aquélla, salvo en cuanto en ambas se invoca como infringido el derecho a la salud y en ambas es parte requerida una Isapre. Desde luego, debe tenerse presente que esa acción se acogió "... sólo en cuanto la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente celebrado por ella y la Isapre ING Salud S.A., para determinar el costo de su plan de salud, es inaplicable en la causa rol de ingreso Nº 4972-2007", de la Corte de Apelaciones de Santiago. El precepto legal inaplicado en esa causa no tiene incumbencia alguna en ésta.

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que el requirente recuerda que en esa causa este Tribunal razonó que "... el derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, Nº 9, de la Carta Fundamental, es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, *de facto*, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esa disposición suprema". Como puede

apreciarse de la cita en que se apoya la requirente, en esa causa, a diferencia de ésta, se trataba de examinar la constitucionalidad de aplicar, en una gestión pendiente, un precepto que autorizaba a la Isapre a variar un elemento esencial del contrato, como es el precio, nada de lo cual ocurre en la especie.

**IV. Análisis de si la aplicación de la norma al caso infringe el derecho de propiedad.**

**VIGESIMOCTAVO.** Que, por último, la parte requirente ha argumentado también que la aplicación del precepto legal al caso pendiente infringiría el derecho de propiedad asegurado en el numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Su argumentación a este respecto se limita a un párrafo, en el que alega que la norma cuestionada produce tal vulneración, pues ella "... importa una no bonificación estas (sic) prestaciones las cuales tienen un alto costo económico, el cual difícilmente podrá ser asumido y financiado por el señor Salvi, lo cual importa un menoscabo o detrimento de su patrimonio."

**VIGESIMONOVENO.** Que para desestimar esta alegación del requirente bastaría con tener presente que los menoscabos o detrimentos en el patrimonio no bastan para dar por establecida la infracción constitucional alegada.

**TRIGÉSIMO.** Que, a mayor abundamiento, el derecho de propiedad sólo puede infringirse cuando alguien es titular del mismo. En la especie el requirente no sostiene haber adquirido el derecho a reembolso, ni en virtud del contrato, que es la fuente de tal derecho sobre las prestaciones pactadas, ni sobre la base de la ley, pues ella precisamente regula -en la forma ya examinada- la posibilidad de homologar tratamientos. Mal podría sostenerse que el derecho de propiedad al reembolso o cobertura de salud se adquirió en virtud de la ley, cuando ella establece requisitos al efecto que no se han verificado y que son precisamente los que el

requiriente impugna como contrarios a la Carta Fundamental.

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

**SE DECLARA:**

**QUE SE RECHAZA LA ACCION DE INAPLICABILIDAD INTENTADA EN ESTA CAUSA Y SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS, OFICIANDOSE AL EFECTO AL TRIBUNAL RESPECTIVO.**

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre al fallo, pero sin compartir su considerando Decimosexto.

**Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros Señores Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios**, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, teniendo presente para ello los motivos siguientes:

**1º.** Que, como lo señalara este mismo Tribunal en sentencia de 26 de junio de 2008 (Rol 976), *“en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y privados, en ejercicio de la competencia y facultades, respectivamente, que les han conferido la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”* (considerando 24º);

**2º.** Que, en la sentencia citada (considerando 32º), también se enfatizó que el derecho a la protección de la salud, asegurado por el inciso primero del N° 9 del

artículo 19 de la Constitución, *“se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida. Ilustra este sentido de contexto y espíritu lo dispuesto en el considerando 9º de la sentencia Rol N° 220:*

*‘El Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19, N° 9º, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas.’”;*

**3º.** Que, como lo observara la Profesora y ex Ministro de este Tribunal señora Luz Bulnes Aldunate, la estrecha vinculación entre el derecho a la protección de la salud con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona estuvo presente desde la génesis del actual Capítulo III de la Constitución.

Dice sobre el particular la nombrada profesora:

*“Hay una relación evidente [del derecho a la protección de la salud] con otros derechos y específicamente con el derecho a la vida, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y con la seguridad social.*

*En un principio la Comisión de Estudio tuvo la intención de tratar a continuación del derecho a la vida los demás derechos que se relacionan con una vida digna, como eran el derecho a la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente y el derecho a la seguridad social.*

*Después, por razones principalmente metodológicas, se abandonó esa idea que tenía su lógica en que todos esos derechos se refieren a una buena calidad de vida, que es el derecho que se quiso asegurar en el artículo 19 N° 1 al hablar de derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.*

*Si señalamos esta intención es porque en el derecho a la vida se asegura también la 'integridad física y psíquica de las personas', concepto que tiene una íntima relación con la salud y que nuestros tribunales han destacado. Es indudable que no puede haber salud si no hay integridad física y psíquica."* ("El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980". Gaceta Jurídica, año 2004, N° 294, diciembre. Pág. 14);

4°. Que el seguimiento del *iter* en la causa *sublite* da cuenta de una indicación médica con sustento profesional objetivo, más allá de las preferencias de los especialistas, en abono de la aplicación de una determinada terapia para afrontar un cáncer a la próstata. Dicho tratamiento, denominado *braquiterapia*, no se encuentra en el arancel del Fondo Nacional de Salud y, por lo tanto, se encuentra dentro de las excepciones comprendidas en el precepto legal impugnado;

5°. Que, tal como lo reconoce la sentencia de la mayoría, el aludido tratamiento no es algo experimental y carente de sustento técnico, pues la resolución 7097, de 15 de octubre de 2008, del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, citada en el considerando decimoquinto de la sentencia, expresa respecto de él lo siguiente:

*"... ésta Autoridad ha constatado que un número cada vez mayor de pacientes tienen indicación clínica de ser tratados con Braquiterapia de Próstata. En efecto, la evidencia disponible respecto de una de las técnicas de radioterapia que ha tenido mayor desarrollo en los últimos años es precisamente la braquiterapia con semillas radioactivas de Yodo 125 o Paladio 103, a modo de ejemplo, cabe señalar que el National Comprehensive Cancer Network, que reúne a 17 importantes centros oncológicos norteamericanos así lo destaca en sus guías para el manejo del cáncer de próstata. A mayor abundamiento, actualmente se realizan más de 50.000*

*braquiterapias de próstatas anuales en USA, confirmadas por la American Urology Association.*

*Lo expuesto precedentemente, a juicio de este Organismo, permite concluir que existe suficiente evidencia científica de la efectividad de la Braquiterapia Prostática.”;*

6°. Que la evolución de los trámites que posibilitarían la homologación forzada de la terapia presenta resultados negativos o evidencia probabilidades de igual índole para obtener la cobertura para ella y la consecuente aplicación en el paciente según sus médicos tratantes. Todo ello significa transcurrir del tiempo, el que en el tratamiento de cáncer constituye siempre una variable significativa, lo que la parte requerida no dimensiona, aun cuando gran parte de sus argumentos técnicos son de corte cuantitativo y financiero. Parte de esta dilatación corresponde a la responsabilidad que se atribuye al aparato burocrático del sector salud por la lentitud para actualizar el señalado arancel y la consiguiente incorporación de nuevas terapias de acelerada evolución en la ciencia médica;

7°. Que, en suma, la aplicación del artículo 33 bis, número 8, de la Ley 18.933, correspondiente hoy al número 8 del artículo 190 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, al caso concreto que nos ocupa, resulta, a juicio de estos disidentes, contrario a la Constitución, pues deja en la práctica sin aplicación efectiva para una persona concreta, don Bernardo Salvi, el derecho a la protección de la salud, que en estrecha conexión con el derecho a la integridad física y psíquica la Constitución asegura a todas las personas. Más bien, por el contrario, la aplicación del precepto cuestionado anula la eficacia de tales derechos al dejar al afectado en una situación de vulnerabilidad, si no en peligro inminente de sufrir un daño en su integridad física y psíquica y, consiguientemente, a su salud, por los efectos de postergarse o hacerse

impracticable el tratamiento de la grave enfermedad de la que padece, que bajo una indicación médica sería tratable de inmediato por una terapia que el sistema de salud no financia. Todo ello como consecuencia de la aplicación del texto impugnado, que faculta la negativa legal de la Isapre a homologarlo, como lo indican los médicos tratantes, sin que el mismo u otro precepto legal obligue a justificar dicha negativa y, aún más, existiendo un pronunciamiento claro y directo de la autoridad que, de acuerdo a la misma norma, podría eventualmente forzar la homologación;

**8°.** Que el N° 6 del inciso primero del artículo 93 de la Constitución ordena que este Tribunal Constitucional y no otra magistratura, requerido legalmente, decida si, en el caso concreto que se le expone y de acuerdo al mérito de los antecedentes, la aplicación de un precepto legal resulta o no contraria a la Constitución;

**9°.** Que, como lo ha señalado antes esta Magistratura (roles 608, 609, 610, entre otros), una de las características de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es su efecto exclusivamente inhibitorio, que se traduce en que, declarado por el Tribunal Constitucional que un precepto legal es inaplicable en determinada gestión judicial, queda prohibido al tribunal ordinario o especial que conoce de ella aplicarlo, debiendo resolver el conflicto sometido a su decisión como si ese precepto no existiese; pero desechada por este Tribunal Constitucional la acción de inaplicabilidad intentada, el juez de la instancia recupera en plenitud su independencia para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto del que conoce, incluido el precepto impugnado sin éxito, sin que la sentencia de este Tribunal deba orientar su decisión;

**10°.** Que, en consecuencia, siendo estos disidentes del parecer que, para velar por la vigencia efectiva de garantías constitucionales que puedan verse amagadas en

un caso concreto por la –aún hipotética– aplicación del precepto legal que ha sido regularmente impugnado, no basta con formular declaraciones doctrinarias en la expectativa de que sean consideradas por el tribunal *a quo* en su decisión, sino que debe, derechamente, declararse su inaplicabilidad, y bastándoles por lo demás los motivos expuestos para estimar que la eventual aplicación del precepto legal impugnado en la causa *sublite* resultaría contraria a la Constitución, votan por acoger el requerimiento y declararlo inaplicable.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes; la prevención y la disidencia, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**ROL 1266-08-INA.**

Se certifica que los Ministros señores Mario Fernández Baeza y Enrique Navarro Beltrán concurrieron a la vista y al acuerdo de esta causa, pero no firman por encontrarse haciendo uso de permiso el primero y de su feriado legal el segundo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Juan Colombo Campbell (Presidente), José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen

Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.