

UNIVERSIDAD CATOLICA DE TEMUCO

ESCUELA DE DERECHO

TESIS

**SALUD PRIVADA, MUJERES EN EDAD FÉRTIL Y
SU DERECHO A LA IGUALDAD.**



Autoras: Romina Paz Carmona Toro.

Claudia Andrea Morales Araneda.

Profesor Guía: Sr. Luis Iván Díaz García.

Fecha de Entrega: 29 de Octubre de 2004.

ÍNDICE.	Página.
ABREVIATURAS.	5
INTRODUCCIÓN	6
1. PLANTEAMIENTO DEL CASO O RELATO DE LOS HECHOS.	6
2. HECHOS JURÍDICOS RELEVANTES	8
3. PROBLEMAS JURÍDICOS GENERADOS.	8
4. METODOLOGÍA.	9
CAPÍTULO PRIMERO	
“LAS ISAPRES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS	
PRESTACIONES OTORGADAS A LAS MUJERES”.	
	10
SECCIÓN 1	
EL DERECHO A LA IGUALDAD.	
	10
1. CONCEPTO DE IGUALDAD Y DE DISCRIMINACIÓN ANTE LA	
LEY.	10
2. HOMBRES Y MUJERES EN EL COSTO DE LA SALUD PRIVADA	
¿IGUALES O DISTINTOS?	14
2.1 Argumentos de las ISAPREs	15
2.2 Argumentaciones propuestas por las autoras, como críticas a las	
razones esgrimidas por las ISAPREs:	18
SECCIÓN 2	
EL EFECTO HORIZONTAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD.	
	23

CAPÍTULO SEGUNDO

DISMINUCIÓN Y DEVOLUCIÓN DE LAS SOBRECOTIZACIONES.	32
--	----

SECCIÓN 1

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA NUEVA LPDC AL CASO DE XIMENA Y LAS 50 MUJERES DE NUEVA IMPERIAL	33
1. ARTÍCULO 53 A) “DECLARAR LA FORMA EN QUE TALES HECHOS HAN AFECTADO EL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES”.	34
2. ARTÍCULO 53 B) “DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DEL O LOS PROVEEDORES DEMANDADOS EN LOS HECHOS DENUNCIADOS Y LA APLICACIÓN DE LA MULTA O SANCIÓN QUE FUERE PROCEDENTE”.	35
3. ARTÍCULO 53 C) “DECLARAR LA PROCEDENCIA DE LAS CORRESPONDIENTES INDEMNIZACIONES O REPARACIONES Y EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN O LA REPARACIÓN A FAVOR DEL GRUPO O CADA UNO DE LOS SUBGRUPOS CUANDO CORRESPONDA”.	36
4. ARTÍCULO 53 D) “DISPONER LA DEVOLUCIÓN DE LO PAGADO EN EXCESO Y LA FORMA EN QUE SE HARÁ EFECTIVA EN CASO DE TRATARSE PROCEDIMIENTOS INICIADOS EN VIRTUD DE UN COBRO INDEBIDO DE DETERMINADAS SUMAS DE DINERO.	37

Condiciones materiales o económicas para ejercer esta acción.	38
Enriquecimiento en el demandado.	38
Empobrecimiento en el actor.	39
Indivisibilidad de Origen entre el Enriquecimiento y el Empobrecimiento.	39
Condiciones Jurídicas	40
Falta de causa o justificación jurídica.	40
Ausencia de otra acción útil en el empobrecido.	41
5. ARTÍCULO 53 E) “DISPONER LA PUBLICACIÓN DE LOS AVISOS A QUE SE REFIERE EL INCISO TERCERO DEL ARTICULO 54, CON CARGO AL O A LOS INFRACTORES”.	41

SECCIÓN 2

.APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES A LAS DOCE MUJERES DE

CARAHUE. 42

CONCLUSIÓN	45
BIBLIOGRAFÍA	47
Libros.	47
Artículos.	48
Jurisprudencia.	49
Documentos.	50
Sitios Web.	51

ABREVIATURAS.

Art: Artículo.

CA: Corte de Apelaciones.

CC: Código Civil.

CEDAW: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

CPC: Código de Procedimiento Civil.

CPR: Constitución Política de la Republica.

CS: Corte Suprema de Chile.

Inc: Inciso.

ISAPRE: Institución de Salud Previsional.

LPDC: Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

N °: Número.

OPS: Organización Panamericana de la Salud.

P: Página.

TC: Tribunal Constitucional.

INTRODUCCIÓN.

1. TRANSCRIPCIÓN DEL CASO.

Recibido su título de abogado, Ximena Briones Palacios tardó poco tiempo en encontrar trabajo en la Municipalidad de Nueva Imperial. En virtud de la ley, dentro del primer mes de trabajo debía informar al departamento de personal de la Municipalidad a qué AFP y a qué subsistema de salud deseaba afiliarse. Si optaba por el subsistema de salud privado, debía especificar también el nombre de la ISAPRE en que debían realizarse las respectivas cotizaciones.

En virtud de la publicidad que la atiborro sus primeros días de trabajo, Ximena estimó que el mejor servicio de salud lo entregarían las ISAPRES. En el mercado sólo subsistían tres de estas entidades, llamadas MASALUD, PANAL y HECSALUD.

Aunque en principio las tres ISAPRES parecían ofrecer beneficios inmejorables, Ximena descubrió que en todas ellas debía pagar casi el triple que un varón de su misma edad por similares prestaciones, debido a que se encontraba en edad fértil. Frente a este escenario, Ximena se encontró en la disyuntiva de afiliarse al sistema público de salud, del que sólo tenía malas referencias, o al privado, pero pagando casi el triple.

En definitiva Ximena optó por la ISAPRE MASALUD y suscribió el respectivo contrato de salud, pagando el equivalente a un 20% de su remuneración imponible a la entidad previsional. Lo que excedía del 7% constituía una sobrecotización tendiente a que Ximena contara con las mismas prestaciones de salud que un varón de su misma edad.

Sin embargo, pocos días después de suscribir el contrato de salud Ximena decidió demandar a la institución por estimar que se le gravaba de manera discriminatoria en virtud de su sexo y de su edad, vulnerándose con ello el artículo 19, número 2, de la Constitución chilena. Decidió que exigiría se le rebajara el monto de la cotización hasta el 7% de sus remuneraciones imponibles, conservándosele las mismas prestaciones contratadas. En otras palabras, exigiría recibir un tratamiento similar al que recibía un varón por parte de la ISAPRE.

Para dar más fuerza a su pretensión, Ximena invitó a sumarse a la demanda que presentaría a otras mujeres que se encontraban en similar situación frente a MASALUD. Cincuenta de las mujeres de Nueva Imperial afiliadas a la referida institución se sumaron. Pero en este caso accionaron no sólo para pedir la rebaja en el monto de la cotización, sino también para demandar la restitución de los montos pagados en exceso desde la fecha en que habían suscrito el contrato de salud con esta entidad. Así, 36 de esas mujeres habían sobrecotizado durante 12 meses, mientras las otras 14 lo habían hecho sólo por tres meses.

En el resto del país sólo doce mujeres se encontraban afiliadas a MASALUD, pues ésta había sido creada apenas un año atrás. Todas ellas, domiciliadas en Carahue, siendo informadas por un abogado de la ciudad de la imposibilidad de demandar la restitución de las supuestas sobrecotizaciones pasadas. Por otra parte, estimaban que el costo de litigar, que incluía contratar abogados y otros gastos judiciales, sería superior al probable beneficio derivado de una disminución en el monto de las cotizaciones de salud. Por ello declinaron hacerse parte en el proceso que Ximena iniciaría próximamente contra la ISAPRE.

Antes de presentar la demanda, Ximena decidió solicitar un informe en derecho en apoyo de su posición, contratando al efecto dos estudiantes de Quinto Año de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Éste debía justificar cada una de las tres pretensiones de Yayita y, además, anticiparse a las eventuales objeciones y argumentos que opondría el abogado de la ISAPRE MASALUD, don Florentino Araneda.

2. HECHOS JURÍDICOS RELEVANTES.

2.1. Todas las ISAPRES cobran a las mujeres en edad fértil casi el triple que a un varón de su misma edad, por las mismas prestaciones en sus planes de salud.

2.2. Ximena junto a 50 mujeres de Nueva Imperial demandan a su ISAPRE, por las diferencias en el costo de los planes entre hombres y mujeres.

2.3. En el resto de Chile, solo existen en total otras 12 mujeres afiliadas, todas de Carahue, las que no se hicieron parte en el proceso iniciado por Ximena.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS GENERADOS.

En relación a los hechos recién relatados:

3.1. ¿Es justificable la diferencia que hacen las ISAPRES, en el costo de los planes de salud entre las mujeres en edad fértil y los varones en el mismo tramo etéreo? ¿Existen razones fundadas para tal diferenciación?

3.2. En la alternativa, que la conducta de la ISAPRE, sea arbitrariamente discriminatoria.

- 3.2.1. ¿Es posible obtener por las 50 mujeres de Nueva Imperial la devolución del excedente en sus cotizaciones respecto a las consignadas por los varones?
- 3.2.2. ¿Es viable demandar la disminución en el monto de las cotizaciones futuras a pagar por aquellas mujeres hasta el valor que se establece en los contratos de salud suscritos por varones en similar situación etárea?
- 3.2.3.** Estudio de la posibilidad de la disminución del monto de las futuras cotizaciones de las doce mujeres de Carahue que no se hicieron parte en la demanda, hasta un monto equivalente al de varones de la misma edad.

4. METODOLOGÍA.

En la presente tesis, utilizaremos el método lógico-deductivo o de contrastación, a partir del cual analizaremos libros, doctrina, jurisprudencia, documentos de organizaciones internacionales especializadas extraídos de Internet, entrevistas con abogados expertos en el tema ISAPRE y legislación relativa a la protección de los consumidores para finalmente arribar a las soluciones de los problemas jurídicos planteados en el punto anterior.

CAPÍTULO PRIMERO

“LAS ISAPRES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS PRESTACIONES OTORGADAS A LAS MUJERES”.

SECCIÓN 1

EL DERECHO A LA IGUALDAD.

1. CONCEPTO DE IGUALDAD Y DE DISCRIMINACIÓN ANTE LA LEY.

Al respecto, como primera cosa, nos referiremos a qué establece nuestra CPR en este punto. El Art. 19 N°2 señala:

“La Constitución asegura a todas las personas: 2° L a igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Respecto de cual sería el alcance de esta disposición podemos citar a los autores Verdugo, Pfeffer y Nogueira, quienes en su texto “Derecho Constitucional” citan el debate consignado en actas al redactar dicha disposición:

“Siguiendo al desarrollo del debate consignado en actas, puede llegarse al siguiente esquema medular:

- 1) En la práctica, tanto el legislador como la autoridad se ven en la necesidad de establecer en el ámbito jurídico múltiples diferencias: entre chilenos y extranjeros, entre mayores y menores de edad, hombre o mujer, entre civiles y militares, entre empleados públicos y particulares, etc. Estas

distinciones en algunas oportunidades son producto de la naturaleza, en otras de la convivencia social. Al efectuarlas no se erosiona el principio de la generalidad que caracteriza a la ley, y

- 2) Lo que se proscriben son las distinciones arbitrarias y serán tales las que no se funden en la razón, en la justicia o no propendan al bien común. En síntesis, las que solo representan un mero capricho y carecen de una motivación o fundamento racional¹.

Si bien no compartimos la opinión de los autores en su totalidad, específicamente respecto a las distinciones producto de la naturaleza o de la convivencia social, si la compartimos en sus aspectos esenciales.

En suma, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias específicas².

Respecto a esta materia el TC se ha pronunciado en varias sentencias, adoptando la siguiente postura: "72: Que el artículo 19, N°2, de la CPR, consagra el principio general de la igualdad ante la ley, disponiendo: "La Constitución asegura a todas las personas: "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni

¹ VERDUGO M., Mario, PFEFFER U., Emilio y NOGUEIRA A., Humberto. *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2° Reimpresión. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 215: "Comisión Constituyente, Sesión N°93, pp. 20 a 22"

²VERDUGO M., Mario, PFEFFER U., Emilio y NOGUEIRA A., Humberto. *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2° Reimpresión. Editorial Jurídica de Chile, S antiago, 1999, p. 215.

grupo privilegiados. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias." De esta manera la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. "No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a la diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición³".

A la luz de lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia⁴ podemos decir que **igualdad ante la ley** significa que las normas jurídicas deben conferir el mismo trato a todas las personas que se encuentren en las mismas condiciones. La ley debe ser igual para todos en aquello que los equipara.

Igualdad ante la ley no significa, por lo tanto, igualdad absoluta, no debe entenderse como algo limitativo, al contrario, ella permite que la legislación

³ (LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, tomo 4º, Pág. 263)". Sentencia 53 de 5 de abril de 1988, considerando 72. En idéntico sentido sentencia 203 de 1994, considerando 11; y sentencia 219 de 1995, considerando 17.

⁴ La Corte Suprema por su parte se ha pronunciado en numerosos fallos sobre qué debe entenderse por igualdad ante la ley. Es así como ha señalado:

"La igualdad ante la ley significa que toda persona que habite en el territorio nacional está sujeta, en identidad de condiciones, a unas mismas normas jurídicas, para disfrutar de unos mismos derechos y acatar idénticas obligaciones, pero la consagración de esta igualdad jurídica y legal no significa que la legislación no pueda dictar normas de excepción que, no obstante alterar la regla general fijada para una determinada situación, no transgrede el principio de la igualdad ante la ley, si tal legislación diferente está llamada a que esas disposiciones de excepción sean aplicables a todos aquellos que se encuentran en condiciones similares, sea frente al Derecho Público como al Derecho Privado. (Corte Suprema, 30 marzo 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 67; 26 enero 1978. Revista Fallos Mes N° 230, p. 398; 3 diciembre 1986. Revista de Derecho y Jurisprudencia (N° 39, p. 16)
http://www.microjuris.com/common/frames/softframe.cfm?navbarpath=/mjch/jurisprudencia/jurisprudencia.cfm&Link=http://mjch.microjuris.com/cgi-bin/om_isapi.dll?&infobase=CH_0420_Const.nfo&jump=&advquery=&softpage=FSP_Browse_Frame_Index&depth=& .4 de Octubre de 2004.

contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que se aplique en la misma forma a todas las personas que se encuentran en una determinada circunstancia distinta a la regla general materia de dicha ley.

Sobre la base de lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina⁵ nosotras entenderemos por **discriminación** la violación de una norma *ius cogens*⁶, consistente en no tratar igual a quienes son iguales y tratar en forma uniforme a quienes requieren un tratamiento distinto, sin perjuicio de la intencionalidad que pueda a veces no existir y el resultado pueda ser igualmente discriminatorio. Asimismo, habrá discriminación cuando existiendo tal intención el resultado no se materialice.

Ahora bien, cómo pueden todas estas definiciones y conceptos vistos ayudarnos en la solución de nuestro problema de Tesis. En qué nos pueden servir los conceptos estudiados. Pues bien, debemos relacionar la conducta de la

⁵ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, 1° ed., Fundación Fueyo, Editorial CONOSUR, 2001, pp. 55-60. En palabras de Miguel Ángel Fernández se está en presencia de una discriminación “Cuando se trata de manera diferente a los que deben ser tratados igual y también en el caso que se equipare debiendo tratarse de manera diversa, incidiendo el tratamiento precisamente, en el factor que los igual o diferencia, respectivamente. En suma, discriminar consiste en conferir un trato de privilegio o de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquel con el que se lo compara, incidiendo el trato precisamente en aquello que los equipara, o en tratar igual dos entidades, en circunstancias que entre ellas media una diferencia que, como tal, debe ser considerada, ya que el trato recae, justamente, en lo que las hace distintas”.

VERDUGO M, Mario., PFEFFER U, Emilio y NOGUEIRA A, Humberto., *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2° Reimpresión, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002 p. 215. Mientras que los autores Verdugo, Pfeffer y Nogueira definen discriminación como “Discriminación arbitraria: Contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional”.

⁶CEBADA ROMERO, Alicia. “Los conceptos de obligación Erga Omnes, *Ius Cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2002. pp 3 y 4: “El *Ius Cogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho Internacional condiciona la validez de las normas. El *Ius cogens* no puede ser derogado salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto”. <http://www.reei.org/reei4/Cebada>. PDF. 28 de Octubre de 2004.

ISAPRE MASALUD con las nociones de igualdad ante la ley y de discriminación. Debemos analizar si la conducta de la ISAPRE es o no discriminatoria y si ella está obligada, como individuo particular (jurídicamente constituye una institución privada) al respeto del Art. 19 N° 2 de la CPR, cuestiones que trataremos en los subapartados siguientes.

2. HOMBRES Y MUJERES EN EL COSTO DE LA SALUD PRIVADA ¿IGUALES O DISTINTOS?

“Existen importantes diferencias entre mujeres y hombres...., disparidades que radican no sólo en los rasgos biológicos distintivos de cada sexo, sino también en las pautas sociales que regulan las relaciones de género, es decir, la forma en que cada sociedad distingue, articula y posiciona los ámbitos propios del ser y del quehacer masculino y femenino⁷”. Son estas disparidades las que en menor o mayor medida generan conductas diferenciadoras que configuran los antecedentes de posibles acciones discriminatorias en distintos ámbitos de la vida uno de ellos es la salud, tema del presente trabajo. Con la finalidad de salvar la discusión relativa a la existencia de discriminación por parte de las ISAPREs, presentamos sus argumentos y las opiniones contrarias a éstas.

⁷ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), División de Salud y Desarrollo Humano, Sexta Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe. *Serie Mujer y Desarrollo N° 17. La Salud y las Mujeres en América Latina y el Caribe viejos problemas y nuevos enfoques*. Elsa Gómez Gómez. Versión revisada de la Contribución del Programa Regional Mujer, Salud y Desarrollo, (Mar del Plata, Argentina, 25 al 29 de septiembre de 1994). <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/7/5687/P5687.xml&xsl=/mujer/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/topbottom.xslt>. 26 de Octubre de 2004.

2.1 Argumentos de las ISAPRES:

Como punto de partida, con el objetivo de poder visualizar la forma de razonar de las ISAPRES, a continuación citamos los principios en que ellas se basan para determinar los distintos valores de sus planes de salud, extraídos de su página web, citada al pie.

“1.- El principio en que se basa un sistema de seguros es la agrupación de riesgos individuales⁸, los que al ser agrupados pueden ser diversificados. Es así como la recaudación por concepto de primas hecha por una ISAPRE debe ser suficiente para cubrir el costo esperado de las prestaciones de ese grupo de afiliados y sus cargas.

2.- Ahora bien, el gasto esperado en prestaciones asociadas a un plan de salud depende de dos factores: las características personales de los afiliados y sus cargas, y las bonificaciones ofrecidas por el programa. **Por eso, un plan cualquiera es más caro para una mujer en edad fértil que para un hombre de la misma edad** (la negrillas son nuestras), o bien un hombre mayor en relación a un hombre joven. Además de lo anterior, el costo esperado de las prestaciones que la ISAPRE deberá pagar también depende de la estructura de beneficios que el plan ofrece. Mayores niveles de coberturas para

⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Informe sobre Funcionamiento de las Instituciones de Salud Previsional*. Acuerdo 318 de la Comisión de Salud, Chile. Octubre, 2000. Ministerio de Planificación, Chile. Según las ISAPRES, la disparidad en el valor de los planes radica respecto a las mujeres en edad fértil, en el **riesgo maternidad** que se relaciona con el parto y la atención de la nueva carga, ya que en Chile el salario de las mujeres en los períodos de pre y post natal, hasta ahora, es asumido directamente por el Estado y no por las instituciones previsionales de salud, a diferencia de lo que sucede con las licencias curativas, en las que la ISAPRE debe cancelar el reposo, por lo tanto este riesgo está implícito en toda mujer en edad fértil, aunque se trate de mujeres impedidas o sin intenciones de quedar embarazadas. http://www.cladem.com/espanol/regionales/desc_globalizacion/Docs/InfConCan.asp. 28 de Octubre de 2004.

hospitalizaciones, menores co-pagos para atenciones ambulatorias, etc., incrementan el costo esperado del plan y, por lo tanto, su precio.

3.-Los beneficios ofrecidos por el plan de salud no sólo afectan el precio base del plan de salud, sino que también la estructura de precios relativos, es decir, cuánto paga una persona con determinadas características de edad y sexo en relación a otra persona distinta en estas dimensiones. Para entender esto, consideremos un plan de salud que ofrece un alto porcentaje de cobertura para atenciones de parto. Esto hace que el plan de salud **se encarezca en mayor medida para mujeres en edad fértil que para hombres de esa misma edad** (la negrillas son nuestras). Uno debería esperar que la ISAPRE que vende planes de salud con mayores coberturas para atenciones de parto tenga una relación de precios distinta entre mujeres en edad fértil y hombres de la misma edad que otra ISAPRE que ofrece una menor cobertura en este tipo de prestaciones⁹.

Asimismo, son argumentos esgrimidos por las ISAPREs, para justificar el valor superior de los planes de salud de las mujeres.

a) La Maternidad.

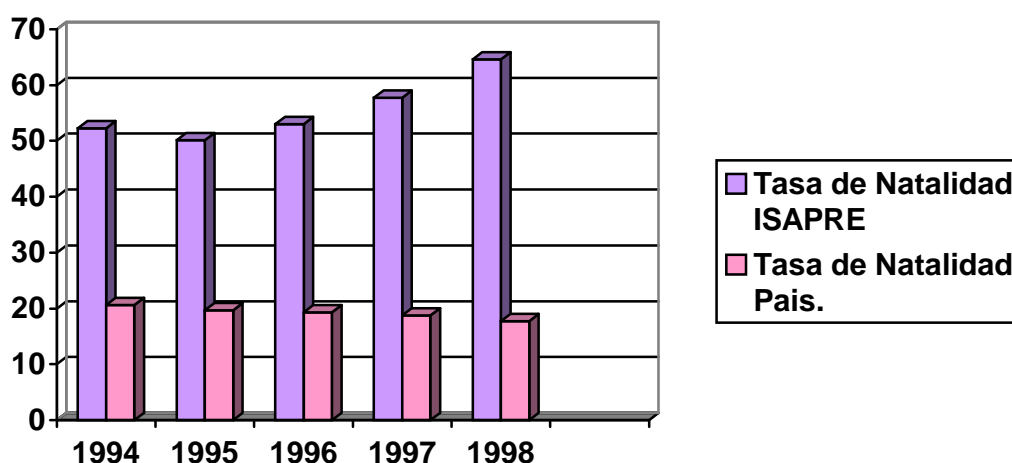
b) La Mayor morbilidad¹⁰ que se traduce en un número mayor de licencias médicas, ligada a la función reproductiva y

⁹ <http://www.isapre.cl/mostrar-bolesept99.htm> . 8 de Octubre de 2004.

¹⁰ Ver Diario La Tercera del 14 de Septiembre del 2001: "ISAPREs siguen discriminando a la Mujer". <http://mujer.latercera.cl/noticias/01.09.14/salud.htm>. 28 de Octubre de 2004

c) La Mayor longevidad de las mujeres, ya que éstas objetivamente incrementan sus necesidades de atención de salud y elevan el costo económico de dicha atención.

Asimismo, es digno de destacar que según datos de la Superintendencia de ISAPREs durante 1998 nacieron en Chile, aproximadamente, 262.521 niños. De estos nacimientos 104.728 fueron atendidos en el sistema ISAPRE. Es decir el 40% de los niños que nacieron en nuestro país lo hicieron bajo la cobertura del sistema de salud privado. Este porcentaje se ha incrementado año tras año como se puede apreciar en el siguiente gráfico y tabla¹¹. Estadísticas de las cuales se deduce que si las ISAPREs realizaran realmente una conducta discriminatoria en contra de las mujeres en edad fértil, ellas no elegirían este sistema para atender su salud, embarazos o efectuar los controles de sus hijos.



¹¹ <http://www.isapre.cl/mostrar-bolesept99.htm> . 4 de Octubre de 2004.

	1994	1995	1996	1997	1998
Tasa de Natalidad ISAPRE	52,31	50,10	52,99	57,76	64,61
Tasa Natalidad País	20,60	19,70	19,30	18,71	17,71

¹²

2.2. Ahora analizaremos las argumentaciones propuestas por las autoras, como críticas a las razones esgrimidas por las ISAPRES:

El sistema privado opera en base a un contrato individual de seguros privados de salud que se ajusta en base al riesgo individual de cada cotizante. En la naturaleza de estos contratos está implícito el riesgo, eso lo entendemos, lo que nosotras reprochamos es que se atribuya ese riesgo en forma exclusiva a la mujer. Allí se encontraría, sostenemos, la razón o médula de la discriminación que denunciarnos. Si bien es cierto, la ISAPRE se enfrenta a la real posibilidad de que una cotizante en edad fértil se embarace y tenga que afrontar todos los gastos que ello implique (parto, exámenes, cuidados al recién nacido en caso necesario), y que por ello, el valor de su plan se encarezca por los eventuales gastos a cubrir, este riesgo de embarazo es mal distribuido. Se le asigna solo a la mujer, en

¹² Superintendencia de ISAPRES. Estadísticas del Sistema de ISAPRE 1981-1998. <http://www.isapre.cl/mostrar-bolesept99.htm>. 4 de Octubre de 2004.

circunstancias que debería ser compartido entre hombre y mujer, es decir entre los eventuales padre y madre, pues ambos participan en la tarea reproductiva, cuyo costo se está imputando exclusivamente a uno de los progenitores.

MASALUD distingue entre hombre y mujer, en circunstancias que ambos representan idéntico riesgo, y al efectuar tal distinción es que discrimina.

Los costos de la llegada de un hijo, son tan ineludibles y reales para una mujer como para un varón, incluso este último implica un mayor riesgo para las ISAPREs, pues su vida fértil es más prolongada que la de una mujer. Volveremos sobre este aspecto del riesgo más adelante (Capítulo Segundo).

Y en cuanto al argumento expuesto por la Superintendencia (respecto al número de partos cubiertos por las ISAPREs en 1998), relativo al presunto asentimiento por parte de sus afiliadas en cuanto a las distinciones de género que aquéllas llevan a cabo, carece de substancia, puesto que el que se genere una conducta y esta sea aceptada por toda la sociedad o por parte de ella, no significa que sea justa o legítima desde el punto de vista del Art. 19 N°2 de nuestra Carta Fundamental.

Para ilustrar aun más las desigualdades existentes, contamos con estadísticas proporcionadas por la OPS, que tasan el plan de salud, para una familia promedio, en la suma de \$26.500; para un hombre solo, \$ 10.800; para una mujer sola, \$ 27.000¹³. ¿Son justificados dichos valores?

¹³ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD/ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OPS/OMS), *Género y sistema ISAPRE. Diagnóstico y evolución del sistema de ISAPRES*. Apolonia Ramírez Caballero y enriquecido con el aporte de protagonistas de las Jornadas Participativas que impulsó en regiones del país el Proyecto Equidad, Género y Reforma de Salud, de la Representación en Chile, durante el año 2001. <http://www.paho.org/Spanish/DPM/GPP/GH/sistemaisapre.pdf> . 26 de Octubre de 2004.

¿No es lógico que en un plan familiar (“esposo, esposa e hijos”) se cobre menos de lo que se le cobra a una mujer como titular del mismo plan, cuando ella solo tendría como carga a sus hijos si es que los tiene y no a su marido¹⁴?

Es digno de destacar que en lo relativo al riesgo maternidad estas empresas han vislumbrado como única solución la adopción por parte de sus cotizantes femeninas, planes con exclusión de parto o “planes sin útero”, en este caso, la ISAPRE no cubrirá, o si lo hace lo hará solo parcialmente, los gastos relacionados con el parto o la atención del recién nacido y, como consecuencia de esto, la mujer se compromete a truncar su posibilidad a la maternidad, o bien, a no ser cubierta por su ISAPRE si decidiera afrontarla. Podemos apreciar que la opción ofrecida por las ISAPREs es una solución parcial, de las comúnmente conocidas como solución “parche” que rehuye un compromiso real con la salud de la mujer y que a la vez la limita. Y todo eso, con la finalidad de tener acceso por un menor precio a su plan de salud o a coberturas financieras superiores para otras prestaciones. Con esta “solución” se castiga a la mujer por el solo hecho de serlo, pues debe llegar al extremo de renunciar a su maternidad mientras el varón idénticamente fértil a ella, no se ve obligado a renunciar a ninguna prestación de salud para abaratar su plan.

Es de interés subrayar también la diferencia relativa a la cobertura entre la mujer y el hombre cotizantes nacidos en octubre de 1970, y con renta imponible de \$ 350.000 mensuales, en planes de libre elección de prestadores, como nos muestran los siguientes datos, sin estar aquélla forzosamente relacionada con algún tipo de riesgo sanitario asociado al sexo como lo demuestra la tabla 1,

¹⁴ Porque éste no puede ser carga de su mujer a menos que se encuentre en estado de invalidez.

aunque a primera vista los porcentajes pueden engañar, la cobertura real para las mujeres es considerablemente inferior a la de un varón (en cifras de dinero)¹⁵.

TABLA 1

PRESTACIÓN	HOMBRE		MUJER	
	Cobertura	Tope en \$	Cobertura	Tope en \$
<i>Parto Normal</i>	*	*	100%	60.248
<i>Apendicetomía</i>				
Derecho Pabellón	90%	418.679	100%	84.030
Honorarios Médicos	90%	795.194	100%	168.160
<i>Colecistectomía por</i>				
<i>Video Laroscopia</i>				
Derecho Pabellón	90%	981.524	100%	196.993
Honorarios Médicos	90%	1.595.546	100%	337.410
<i>Cirugía Cardiovascular</i>				
<i>Compleja</i>				
Derecho Pabellón	90%	2.022.296	100%	405.887
Honorarios Médicos	90%	2.510.037	100%	1.343.349

¹⁵ OPS/OMS Chile .Género, Equidad y reforma de la Salud en Chile. Discriminación de las mujeres en el Sistema de Instituciones de Salud Previsional Regulación y Perspectiva de Género en la Reforma. P. 16. www.paho.org/Spanish/HDP/HDW/reform.htm. 26 de Octubre de 2004.

Día Cama UTI Adulto	90%	602.125	100%	116.531
Exámenes				
Hemograma	70%	2.367	80%	1.647
Rx Tórax	70%	11.151	80%	8.879

Fuente: Vitrina de Planes, pagina web, Superintendencia de ISAPRES.

Por otro lado, las conductas llevadas a cabo por las ISAPRES no se justifican a la luz de nuestra Carta Fundamental, aún cuando alegasen que su actividad empresarial se encuentra resguardada por la CPR en su Art. 19 N° 21, ya que esta disposición establece expresamente como límite a las actividades económicas el no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional¹⁶. Y precisamente la conducta discriminatoria realizada por las ISAPRES vulnera esta garantía al atropellar el Orden Público¹⁷, el que tiene como uno de sus fundamentos los valores erigidos por nuestra Constitución, principalmente en lo relativo al respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre los cuales figura el Principio de la Igualdad y la Proscripción de la Discriminación Arbitraria (Art. 19 N° 2 de la CPR).

Para finalizar, si bien no hay un garantía superior a otra en jerarquía, en caso de existir colisión entre dos derechos humanos debemos preferir siempre aquel que se encuentre más cercana al derecho a la vida, y en este caso, entre el

¹⁶ Art. 19 La Constitución asegura a todas las personas:

N° 21° Inc. 1° El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

¹⁷ TAPIA VALDES, Jorge. "Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del Artículo 5° de la CPR de 1980", *Revista Ius et Praxis*, 2003, Vol.9, no.1, p.351-364. Orden público: "Conjunto de principios y normas jurídicas que organizan al país y facultan a la autoridad estatal para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional declarados en la Constitución."

consagrado en el Art. 19 N° 2 y el del Art. 19 N° 21, es más cercano el Derecho a la Igualdad.

SECCIÓN 2

EL EFECTO HORIZONTAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD.

Ahora bien, cabe preguntarse por qué el Art. 19 N° 2 obligaría a las ISAPRES.

En este punto seguiremos la teoría del efecto horizontal de los derechos constitucionales, tratada por autores como el alemán Robert Alexy¹⁸ y el español Gregorio Peces-Barba Martínez¹⁹.

Esta teoría sostiene la aplicación de las normas y principios constitucionales a los particulares, es decir, que no solo sería sostenible la conocida y clásica eficacia vertical de los derechos constitucionales del Estado hacia los particulares (Estado-particulares), sino que también la eficacia horizontal de los mismos (particular-particular). En otras palabras lo que postula esta teoría es la aplicación de dichos derechos entre personas particulares. De modo que, las disposiciones y derechos constitucionales obligarían no solo al Estado sino también a los individuos y, en consecuencia, a cualquier entidad no estatal creada por ellos, por ejemplo instituciones privadas como las ISAPRES.

¹⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2a Reimpresión, 2001, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, (Trad. De GARZÓN VALDÉS, Ernesto), pp. 506-524.

¹⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, 1ª reimpresión, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 617-639. Dentro de la doctrina nacional podemos mencionar, entre otros: MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "Los particulares como sujetos pasivos de los Derechos Fundamentales: La Doctrina del efecto Horizontal de los Derechos", en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, pp.59-64; JANA LINETZKY. Andrés, "La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales" Editores del Puerto Buenos Aires, 2002.

De esta manera estas instituciones se encontrarían obligadas al respeto de las garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución, entre aquellas la establecida en el Art. 19 N° 2.

Si aplicáramos esta teoría MASALUD, como todas las ISAPRES en general, no podrían efectuar ningún tipo de diferenciación arbitraria en los servicios que ofrece. Pero ¿por qué resultaría aplicable a las ISAPRES este efecto horizontal de los derechos constitucionales? Es lo que trataremos de dilucidar a continuación.

Pues bien, como primera cosa la CEDAW²⁰ prohíbe y condena toda forma de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados Partes a eliminar cualquier manifestación de ella en diversos aspectos de la vida de la mujer²¹.

Ahora bien, ¿qué jerarquía tienen los tratados de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico chileno? Este tema ha sido discutido ampliamente por la doctrina, existiendo posturas contrapuestas que les atribuyen diversos rangos: constitucional, inferior a la Constitución pero superior a la ley, y simplemente legal. Si bien no es posible explayarnos acabadamente en este tema, por no ser objeto del presente trabajo, señalaremos los principales argumentos de la primera y tercera tesis.

La doctrina que postula el carácter constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos se funda en el tenor literal del inciso 2° del

²⁰ Adoptada en 1979 por la Asamblea General de la ONU. Convención ratificada por el Estado de Chile en 1979.

²¹ Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Arts. 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, entre otros.

Art. 5 de la CPR²², en la expresión “así como”, que los haría equivalente en jerarquía a la Constitución. La doctrina que podríamos llamar “opuesta” a la anterior sostiene el rango simplemente legal y es defendida, entre otros, por Lautaro Ríos. A continuación citamos a este autor, por estimar que expone brillante y claramente sus razones para participar de esta tesis:

“Algunos fundan la elevación del rango de los tratados sobre derechos humanos en la expresión “así como” utilizada por la reforma (a la Constitución), al imponer a los órganos del Estado el deber de respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales, etc. Al usar la expresión “así como”, que significa “de la misma manera”, la Constitución colocaría a los derechos humanos, garantizados por los tratados, en un mismo nivel jerárquico que los garantizados por la Constitución. Existe aquí una transposición de conceptos que es útil esclarecer. Efectivamente, la expresión “así como” es una locución que denota comparación, equivaliendo a “como” o “de igual manera” (Diccionario de la Real Academia Española). Pero del sentido gramatical de la oración, no puede caber duda que la igualación comparativa se refiere a la forma verbal “garantizados” con que se califica a los derechos esenciales y no a la jerarquía normativa de los distintos instrumentos que la garantizan. La lectura correcta del texto es así: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución y

²² Art. 5º de la CPR: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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

garantizados de igual manera por los tratados internacionales, etc.”... A mayor abundamiento, imaginemos la hipótesis de que el texto hubiese dicho: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por las leyes de la República”. ¿Acaso podría pretenderse que a partir de esta redacción debiera considerarse a las leyes con igual jerarquía normativa que la Constitución?” Y finalmente aconseja el autor: “Por último, si se piensa que esa fue la voluntad del constituyente de 1989, hagámosla explícita en otro proyecto de reforma que subsane los numerosos inconvenientes del anterior, al igual que lo han hecho otras Constituciones²³ que han querido avanzar por este camino y lo han logrado con claridad de expresión y de intenciones^{ib}”.

En definitiva, este ha sido el sentido en que ha fallado el TC²⁴, es decir, adopta la tesis de que los tratados tendrían jerarquía simplemente legal. Adherimos a esta última postura puesto que consideramos que sus argumentos, corresponden a la correcta interpretación de la norma (Art. 5 Inc. 2º CPR) y al

²³RÍOS ALVAREZ, Lautaro, “Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, TOMO XCIV – N° 2 - AÑO 1997, pp. 104 y 105: “La Constitución francesa de 1958 establece, en su Art. 55, que “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una *autoridad superior* a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

“Sólo la Constitución argentina –que sepamos– reformada el 22 de agosto de 1994, reconoce la jerarquía constitucional a algunas declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre DD.HH. universalmente conocidos y aceptados por la comunidad internacional. Pero ninguna –ni siquiera este moderno y avanzado Estatuto Político– otorga rango constitucional, sin mayores requisitos, a los futuros tratados y convenciones sobre DD.HH.”

Si las Constituciones pretenden conceder una jerarquía supralegal o constitucional, lo señalan expresamente como es el caso francés y argentino

²⁴ Sentencia 346 del Tribunal Constitucional de Chile. Requerimiento formulado por diversos diputados con el objeto de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha Ciudad el 17 de Julio De 1998, de acuerdo al Artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República. 2002, www.tribunalconstitucional.cl. 27 de Octubre de 2004.

principio de legalidad que funda al derecho público²⁵ Aunque es valorable el natural anhelo de muchos constitucionalistas por incrementar, al máximo posible, la protección y defensa de los derechos humanos, en razón de la penosa historia de nuestro país al respecto, no es este suficiente motivo para desconocer el tenor literal de la norma en estudio, a pesar, como ya dijimos, de la loable finalidad de la tesis que postulan. Si estos derechos gozaran de rango constitucional habrían reformado tácitamente el texto de la ley fundamental.

Concluimos entonces, que los tratados internacionales de derechos humanos tendrían jerarquía de ley, en consecuencia la CEDAW tendría dicho carácter, y ¿adonde nos lleva este análisis?, ¿para qué determinar la jerarquía de la Convención se preguntará el lector? Pues bien, el interés de todo esto es que la Convención contiene una norma de vital importancia para sostener la eficacia horizontal del derecho a la igualdad. Y dicha norma es el artículo 2 letra e) (y en menor medida, la letra f)), que al tenor señala:

Artículo 2: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, **organizaciones o empresas**; (las negrillas son nuestras)

²⁵ En Derecho Público, solo puede hacerse lo expresamente permitido, mientras que en Derecho Privado se puede realizar todo aquello que no este expresamente prohibido.

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, **usos y prácticas** (las negrillas son nuestras) que constituyan discriminación contra la mujer²⁶”.

Es decir, la discriminación no solo la pueden efectuar los Estados sino también las personas, los particulares u organizaciones o empresas, ya que la disposición expresamente lo indica.

Pues bien ¿qué relación existe entre esta norma y el Art. 19 N° 2 de nuestra CPR? Sucede que la CEDAW es una norma, de las llamadas por Alexy, iusfundamentalmente necesaria²⁷, de aquellas cuyo contenido desarrolla o explicita disposiciones iusfundamentales. Y precisamente, la disposición iusfundamental que la CEDAW desarrolla o explicita es el Art. 19 N° 2, referido al derecho a la igualdad. Ello por cuanto de lo que trata dicha Convención es respecto a la eliminación de la discriminación contra la mujer²⁸, de la proscripción

²⁶ Se aludió también a la letra f) en menor medida del Art. 2, pues podría constituir un “uso” o “práctica” de la ISAPRE la referida conducta de establecer distintos valores en sus planes de salud.

²⁷DÍAZ GARCÍA, Luis Iván “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal chileno”, artículo publicado en *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Escuela de Derecho de la Universidad Católica (varios autores)1° ed, Editorial LexisNexis, 2003, p.140. Alexy plantea el denominado efecto irradiación de las normas iusfundamentales en todos los ámbitos del derecho, desde ese efecto de las normas iusfundamentales sobre el carácter del resto del derecho resulta posible distinguir tres categorías de normas. Ellas son: a) las iusfundamentalmente imposibles b) las iusfundamentalmente necesarias y c) las iusfundamentalmente indiferentes. Las primeras, en términos básicos, serían las excluidas por las Constitución o las disposiciones iusfundamentales. Los derechos contemplados en normas iusfundamentalmente indiferentes, por su parte, son aquellos cuyo contenido es independiente de las disposiciones iusfundamentales. La norma no resulta, ni desarrolla, ni explícita tales contenidos de rango constitucional. Por tanto, su contravención afecta exclusivamente el nivel legal o reglamentario, sin alcanzar derechos fundamentales.

²⁸ La CEDAW define discriminación contra la mujer como: Art.1: “Discriminación contra la mujer, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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 y civil o en cualquier otra esfera”.

de la desigualdad sufrida por la mujer respecto del hombre. En otras palabras, la CEDAW desarrolla el derecho a la igualdad, el que dispone que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, y aquélla justamente se refiere a la prohibición o eliminación de la discriminación efectuada hacia la mujer. De modo que la CEDAW no hace más que desarrollar, como norma de jerarquía legal que es, la citada disposición iusfundamental. Consecuentemente, su Art. 2 letra e), del mismo modo, no tiene más finalidad que explicitar dicha disposición.

¿Y qué importancia tiene que la CEDAW sea una norma iusfundamentalmente necesaria? Bueno los derechos contemplados en éstas, como ya dijimos, son aquellos cuyo contenido desarrolla o explícita disposiciones iusfundamentales. En otras palabras, sostiene Alexy, lo prohibido u ordenado por tales derechos se entiende también prohibido u ordenado en aquellas disposiciones. De esta forma, la vulneración de tal clase de derechos constituye, al mismo tiempo, una infracción al correlativo derecho fundamental²⁹. Nótese la relevancia: lo prohibido u ordenado en una norma iusfundamentalmente necesaria se entenderá también prohibido u ordenado en la propia disposición iusfundamental.

De todo lo expuesto podemos entonces, señalar o concluir:

Si bien la Constitución no señala expresamente que las garantías que consagra serían aplicables o tendrían también efecto sobre las relaciones particulares, entre cuyos derechos está el derecho a la igualdad, sí lo hace una norma iusfundamentalmente necesaria: el artículo 2 letra e) de la CEDAW que

²⁹DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, "Derechos fundamentales y prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal chileno", artículo publicado en *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Escuela de Derecho de la Universidad Católica (varios autores), 1°ed, Editoria I LexisNexis, 2003, p.140.

desarrolla tal garantía. Y debe recordarse, como recién expresamos, que lo prohibido u ordenado por los derechos contemplados en normas iusfundamentalmente necesarias se entiende también prohibido u ordenado por las propias disposiciones iusfundamentales. Es decir, debemos comprender que lo ordenado en el citado Art. 2 de la CEDAW se entiende también ordenado por la propia Constitución en su Art. 19 N° 2, pues aquella disposición desarrolla esta garantía constitucional. Por lo tanto, los particulares también están obligados al respeto del derecho a la igualdad, en consecuencia, las ISAPRES también se encontrarían sujetas al respeto de tal derecho. Por lo que estas instituciones no tendrían permitido efectuar diferenciaciones arbitrarias en el costo de los planes de salud de las ISAPRES, pues ello constituye una discriminación, prohibida por la Constitución y la ley (representada por la CEDAW).

Finalmente, lo que nunca debemos alejar de nuestra mente, es que “Si bien la Constitución es la fuente originaria y suprema de todas las fuentes del derecho, los derechos del hombre son la fuente de todas las Constituciones³⁰.” Si los derechos del hombre poseen tal importancia, no es posible que a ellos se encuentre obligado solo y exclusivamente el Estado, porque ello solo significaría un respeto **parcial** de los mismos. Es necesario que a ellos se encuentren sujetos también los individuos particulares en sus relaciones privadas para alcanzar el **íntegro y real respeto** de los derechos fundamentales de toda persona.

³⁰ TAPIA VALDES, Jorge. “Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del Artículo 5° de la CPR de 1980”, Revista *Ius et Praxis*, 2003, Vol.9, no.1, pp.351.

CAPÍTULO SEGUNDO

DISMINUCIÓN Y DEVOLUCIÓN DE LAS SOBRECOTIZACIONES³¹.

En este capítulo nos remitiremos a la nueva LPDC³² promulgada en julio de este año. Esta ley regula específicamente en su Art.3 letra c como derecho y deber del consumidor el no ser discriminado arbitrariamente³³ por parte de proveedores de bienes y servicios. Tal disposición es el fundamento en que se basan las cotizantes para cimentar sus pretensiones, ya que la trasgresión de este artículo conlleva la posibilidad de entablar una querrela infraccional, la que se tramitará en un juicio colectivo³⁴ o difuso atendiendo al interés de los afectados. Juicio que será conocido por el Juez de Letras competente, en primera instancia, en procedimiento sumario, aplicándose en materia probatoria la sana crítica se podrá recurrir a través de la apelación y esta será concedida en ambos efectos.

³¹ Estamos utilizando la expresión sobrecotizaciones, en un sentido distinto al que el atribuyen las ISAPRES, las que entienden por sobrecotización: Se puede producir una sobrecotización como resultado de aumentos provisionales o permanentes de la remuneración del cotizante por un plan con precio inferior a la cotización legal, o por errores a enterar la cotización en la ISAPRE. Esta puede corresponder a excedente de cotizaciones o a exceso de cotización. www.isapre.cl . 8 de Octubre de 2004.

³² El 14 de julio del 2004, fue publicada en el Diario Oficial La Ley 19.955, que modifica la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores.

³³ Ley N ° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 3º.- Son derechos y deberes básicos del consumidor: c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios;

El SERNAC señala lo que debe entenderse por arbitrario: “Es arbitrario en la medida que es irracional o atenta contra la dignidad de los consumidores.” <http://www.sernac.cl/leyes/index.asp>. 22 de Octubre de 2004.

³⁴ Ley N ° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores Art. 51 y sgtes. Este procedimiento, sólo puede ser iniciado por demanda del Servicio Nacional del Consumidor, una Asociación de Consumidores (constituida seis meses antes de la presentación y contando con autorización de la asamblea de afiliados) y por un grupo de consumidores afectados en un interés común, siempre que su número no sea inferior a cincuenta personas. Asimismo debe existir la necesidad que entre el grupo de sujetos y la contraparte exista un vínculo jurídico previo, además el grupo de sujetos debe ser determinado o determinable. En la demanda deberá contenerse además de los requisitos del Art. 254 del CPC, la peticiones relativas a los perjuicios, bastara señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso.

Recurrimos a esta normativa para solucionar el problema de Ximena y no a la ley de ISAPRE, porque esta última no contempla en su articulado norma alguna relativa a las indemnizaciones de perjuicios, por lo que la LPDC actuaría en forma subsidiaria regulando estas materias ³⁵ como lo señala la historia fidedigna del establecimiento de esta ley citada al pie, ni al Recurso de Protección, viable en principio, como se podría discurrir de la simple lectura del caso objeto de esta tesis, puesto que esta acción ha sufrido un abuso indiscriminado consecuencia de la propietarización de los derechos.

La nueva LPDC contempla disposiciones relativas a las acciones colectivas³⁶ reproduciendo la experiencia de otros países más evolucionados en materia de protección al consumidor³⁷.

SECCIÓN 1

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA NUEVA LPDC AL CASO DE XIMENA Y LAS 50 MUJERES DE NUEVA IMPERIAL.

³⁵ “De esta manera, la ley del consumidor tiene aplicación subsidiaria en lo que no prevengan las leyes especiales, en lo relativo al procedimiento sobre intereses colectivos y difusos, y en cuanto al derecho de recurrir ante el tribunal competente para requerir las indemnizaciones respectivas, siempre que en las leyes especiales no existan procedimientos indemnizatorios particulares” DIARIO DE SECCIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. Discusión General Pág. 9.

³⁶ “Son colectivos aquellos intereses que corresponden a un conjunto determinado o determinable de consumidores ligados con un proveedor mediante un vínculo contractual, y difusos aquellos que corresponden a un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.” DIARIO DE SECCIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS. DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. Discusión General Pág. 12.

³⁷ “Por otra parte, este procedimiento recoge y mejora la experiencia internacional en materia de protección de los intereses colectivos y difusos que diversos países en Europa y América han reconocido. Así, Estados Unidos, Francia, España, Italia, Brasil, Argentina, Perú y recientemente Suecia han establecido vías únicas para la solución de casos masivos, unificando la resolución de los conflictos sólo en una sentencia.” DIARIO DE SECCIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS. DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. Discusión General. Pág. 12

La viabilidad de la disminución a futuro y la devolución de lo sobre pagado por las 50 mujeres de Nueva Imperial va de la mano con la sentencia que admite la tramitación de la acción en primer lugar, y luego que acoge la acción³⁸ interpuesta por las afiliadas. Una vez ocurrido esto último el Juez de Letras competente³⁹, deberá comprender en la sentencia definitiva además de los requerimientos del Art. 170 del CPC, los requisitos establecidos en atención a la resolución que falla el asunto debatido, que en el caso de Ximena será lo señalado en el Art. 53 de la LPC letras a, b, c, d y e, atendida a la pretensión específica.

Para efectos didácticos fraccionaremos este artículo, para analizar cada una de sus letras en lo relativo a nuestro tema de tesis:

ART. 53 C. LA SENTENCIA QUE ACOJA LA DEMANDA, EL JUEZ, ADEMÁS DE LO DISPUESTO EN EL ART.170 DEL CPC, DEBERÁ:

1. ARTÍCULO 53 A) “DECLARAR LA FORMA EN QUE TALES HECHOS HAN AFECTADO EL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES”.

Esto se logra haciendo un paralelo relativo a la diferenciación del que son objeto las mujeres en edad fértil en el sistema de salud privado en el costo de los planes y de sus cotizaciones, en relación con los de un hombre en similar situación etárea. Y fundamentando la arbitrariedad de su conducta a la luz de lo expresado en el Capítulo Primero relativo al Derecho a la Igualdad. Y siendo así,

³⁸ Acción que puede ser una denuncia, querrela o demanda. Ésta deberá presentarse por escrito y requerirá patrocinio de un abogado. Art. 50 de la LPC.

³⁹ que será el del lugar en que se celebren el contrato de afiliación a la ISAPRE.

es lógico que una vez determinada la lesividad de los hechos, estos no podrían seguir repitiéndose impunemente en razón del efecto erga omnes⁴⁰ de la sentencia que acoge la demanda que regiría para todas las mujeres que se encontraran en la misma situación para con la ISAPRE MASALUD.

2. ARTICULO 53 B) “DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DEL O LOS PROVEEDORES DEMANDADOS EN LOS HECHOS DENUNCIADOS Y LA APLICACIÓN DE LA MULTA O SANCIÓN QUE FUERE PROCEDENTE”.

Ante una conducta ilícita, esto es, la trasgresión al Art. 3 letra c de la LPDC, como lo señala el Artículo 50 letra b⁴¹, estamos frente a una querrela infraccional en la cual se genera responsabilidad para MASALUD, como autor de una conducta discriminatoria en contra de las mujeres de Ximena Briones y Nueva Imperial, condenándosele a una multa establecida por el tribunal a beneficio fiscal⁴². Para la determinación del monto de la multa el tribunal tendrá especialmente en cuenta:

1. La cuantía de lo disputado,
2. El grado de negligencia en que haya incurrido el infractor,
3. La gravedad del daño causado,
4. El riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y;

⁴⁰ Ley N ° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 54. La sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efecto erga omnes con excepción de aquellos procesos que no hayan podido acumularse conforme al número 2) del inciso final del artículo 53, y de los casos en que se efectúe la reserva de derechos que admite el mismo artículo.

⁴¹ Ley N ° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 50 b) “ Los procedimientos previstos en esta ley podrán iniciarse por demanda, denuncia o querrela, según corresponda....”

⁴²Ley N ° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 61.

5. La situación económica del infractor puede prestarse para aumentar la multa en la medida que el infractor tenga más recursos.

El Art. 24 señala que las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, si no tuvieren señalada una sanción diferente.

El Tribunal, en caso de reincidencia⁴³, podrá elevar las multas al doble.

3. ARTICULO 53 C) “DECLARAR LA PROCEDENCIA DE LAS CORRESPONDIENTES INDEMNIZACIONES O REPARACIONES Y EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN O LA REPARACIÓN A FAVOR DEL GRUPO O CADA UNO DE LOS SUBGRUPOS CUANDO CORRESPONDA”.

Relativo a este punto, como lo señala el Artículo 53 letra c, es deber del tribunal el determinar la procedencia y monto de las indemnizaciones.

Es determinante probar el daño y el vínculo contractual.

Las afiliadas a MASALUD no tendrán el derecho a ser indemnizadas si carecen de un vínculo contractual o se encuentran en la imposibilidad de demostrarlo, al igual que el daño del que han sido víctimas⁴⁴, exigencia que cumplen, pues todos celebraron contratos de salud con esta ISAPRE.

⁴³Ley N ° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 24 Inc. 3°. “Se considerará reincidente al proveedor que sea sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más dentro del mismo año calendario”

⁴⁴ Las [acciones] de carácter colectivo pueden dar lugar a una indemnización de perjuicios, siempre que se acredite la existencia de vínculo contractual entre el proveedor y el consumidor, y que se prueben los daños. DIARIO DE SECCIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS. DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. Discusión General. p. 41.

Asimismo, es digno de destacar la existencia de grupos y subgrupos al interior de cada acción colectiva o difusa, según sea el caso, ya que no todas las afectadas se encuentran en similar situación. Para prueba de esto Ximena como consta en la Introducción, a pocos días de afiliarse a MASALUD, decidió demandar a esta institución por su conducta discriminatoria, ella está entonces en una situación distinta a la de las demás afiliadas de Nueva Imperial, que han sido víctimas de cobros excesivos en razón de su condición femenina y su edad, por lo que, si se acoge la acción interpuesta por Ximena y las 50 mujeres, la resolución deberá distinguir entre la situación específica de ambos grupos y las respectivas reparaciones que conllevan de la siguiente forma:

A Ximena, la disminución a futuro de sus cotizaciones en MASALUD y;

A las 50 mujeres de Nueva Imperial, la disminución y devolución de lo pagado en exceso durante doce meses por 36 de ellas, y por 3 meses las 14 restantes.

4. ARTICULO 53 D) "DISPONER LA DEVOLUCIÓN DE LO PAGADO EN EXCESO Y LA FORMA EN QUE SE HARÁ EFECTIVA EN CASO DE TRATARSE PROCEDIMIENTOS INICIADOS EN VIRTUD DE UN COBRO INDEBIDO DE DETERMINADAS SUMAS DE DINERO.

En nuestro caso, existe un cobro indebido, y por lo tanto, un enriquecimiento sin causa por parte de las ISAPREs, y en particular por MASALUD al cobrarles a las afiliadas más de lo que justamente corresponde por sus planes de salud, por lo que utilizaremos como uno de nuestros argumentos para accionar el enriquecimiento sin causa. A continuación analizamos

brevemente los requisitos o condiciones de la acción de enriquecimiento respecto de los cuales existe cierta uniformidad en la doctrina, con algunas diferencias más bien de tipo terminológico⁴⁵, En este punto seguiremos al autor Waldo Figueroa⁴⁶, por su clara y didáctica exposición:

De este modo, se distinguen condiciones materiales y jurídicas:

4.1. Condiciones materiales o económicas para ejercer esta acción:

4.1.1. Enriquecimiento en el demandado.

MASALUD experimenta un enriquecimiento ilícito al cobrar más a las mujeres en edad fértil que a los hombres de su misma edad por similar plan de salud, dos o tres veces más que a éstos, porque hace responsable del riesgo de la maternidad exclusivamente a las mujeres y no a los hombres, en circunstancias que para ser posible un embarazo se necesitan a ambos involucrados.

Entonces si las ISAPREs establecen los precios de sus contratos en base al riesgo asumido, los varones que se encuentran edad fértil también deberían cotizar más, puesto que ellos involucran igualmente riesgo. En otras palabras se hace responsable exclusivamente a la mujer del nacimiento de los hijos. Aquí es donde radica la discriminación, en atribuir solo a las cotizantes el costo de la llegada de un hijo, cuando los varones igualmente pueden ser padres. Luego, el

⁴⁵ Algunos autores que tratan el enriquecimiento sin causa son: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "El Enriquecimiento sin Causa, Principio de Derecho y Fuente de Obligaciones", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* – TOMO XCIII N° 2 1996; ABELIUK, René, *Las Obligaciones*, 3° Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.2001,pp 176-183. PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones*, 1° Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.2003.pp 102-129.

⁴⁶ FIGUEROA VÁSQUEZ, Waldo Enrique, *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*, 1° Ed., Editorial Jurídica CONOSUR Ltda., 1997, pp. 97 –114.

enriquecimiento estribaría en lo que debería pagarse por el plan, considerando el modo en que debe distribuir el riesgo, y lo efectivamente pagado. Porque lo que realmente debería cotizarse es menor, ya que **los hombres, también deben soportar la carga de tener hijos.**

El modo de distribuir el riesgo debería ser equitativo entre mujer y hombre en similar situación etárea, y por tanto, en similar situación de fertilidad. En síntesis, el enriquecimiento de la ISAPRE estaría en lo consignado demás o injustificadamente por parte de sus afiliadas.

4.1.2. Empobrecimiento en el actor.

Claramente, y como consecuencia del punto anterior las cotizantes sufren un empobrecimiento en su patrimonio al tener que soportar solas y en forma exclusiva una eventual maternidad, mientras el varón, que será el padre de la criatura, paga la mitad o un tercio que ella. La afiliada se empobrece porque debe pagar en exceso o injustificadamente por un riesgo que debería ser repartido por partes iguales entre varón y mujer.

4.1.3. Indivisibilidad de Origen entre el Enriquecimiento y el Empobrecimiento.

Este requisito desplaza al tradicionalmente exigido de que exista una relación de causalidad entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor⁴⁷, Como dice Figueroa “se abandona el concepto de

⁴⁷ La relación de causalidad exigía que, el empobrecimiento del actor sea precisamente la causa del enriquecimiento del demandado. Resultando poco conveniente apelar a la causalidad, como

causalidad y se le reemplaza por el de “correlación” o de “indivisibilidad de origen” entre uno y otro; así, existirá correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento en la medida en que ambos provengan de unos mismos hechos o circunstancias, de manera que cada uno de ellos no hubiera podido verificarse si no existieran tales circunstancias”⁴⁸. En nuestro caso respecto al cobro excesivo a las mujeres en edad fértil, claramente se observa que a partir de un mismo hecho, esto es, el ya referido pago de sobrecotizaciones, se produce un enriquecimiento en las ISAPRES y a causa del mismo hecho, un empobrecimiento en sus afiliadas como ya explicamos en los dos puntos anteriores. La misma circunstancia, esto es, lo pagado demás por las cotizantes al hacerse responsable en forma exclusiva de la eventual llegada de un hijo, da origen al enriquecimiento y empobrecimiento respectivos.

4.2. Condiciones Jurídicas:

4.2.1. Falta de causa o justificación jurídica.

Es entendible que la ISAPRE se enfrente al riesgo de un posible embarazo, y en consecuencia de todos los gastos que involucre el embarazo mismo: el parto, cuidados del recién nacido, etc., y que por ello encarezca el plan de salud de la persona que le signifique todos esos gastos, lo que no es entendible es que se los impute **solo** a la mujer. No hay causa que explique el enriquecimiento arriba señalado porque no hay razón que justifique que la ISAPRE asigne solo el riesgo

explica Waldo Figueroa en su libro “La Acción De Enriquecimiento Sin Causa”, la doctrina ha reemplazado este requisito, por el de indivisibilidad de origen.

⁴⁸ “FIGUEROA VÁSQUEZ, Waldo Enrique, *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*, 1° Ed., Editorial Jurídica CONOSUR Ltda., 1997, pp. 112 –114.

a las afiliadas, cuando el riesgo debería ser asignado en forma compartida, entre ambos posibles progenitores. Nos remitimos también a lo ya expresado en los puntos anteriores.

4.2.2. Ausencia de otra acción útil en el empobrecido.

Respecto a este requisito como ya dijimos accionaremos fundándonos en la Nueva LPDC para obtener la devolución y disminución de las sobrecotizaciones.

Tratamos el enriquecimiento ilícito porque lo utilizamos como uno de los argumentos para exigir la devolución de lo pagado en exceso, no es que vayamos a ejercer la acción de enriquecimiento sin causa en sí, por lo tanto, no nos afecta que esta condición para su procedencia no se cumpla al existir efectivamente una acción en dicha ley. En todo caso, es útil saber respecto a este requisito que el demandante puede ejercer esta acción, aunque existieran en la práctica otros medios legales procedentes si ellos son ineficaces por razones de hecho⁴⁹.

5. ARTICULO 53 E) "DISPONER LA PUBLICACIÓN DE LOS AVISOS A QUE SE REFIERE EL INCISO TERCERO DEL ARTICULO 54⁵⁰, CON CARGO AL O A LOS INFRACTORES".

Estos avisos se publicarán, a lo menos dos veces en diarios locales, regionales o nacionales, con un espacio no inferior a tres ni superior a cinco días

⁴⁹ FIGUEROA VÁSQUEZ, Waldo Enrique, *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*, 1° Ed., Editorial Jurídica CONOSUR Ltda., 1997, pp. 97-98.: "El empobrecido puede ejercitar la acción de in rem verso a pesar de tener otro medio legal para obtener la indemnización que le es debida, exigiéndose en tal caso que ese otro recurso sea ineficaz por razones de hecho".

⁵⁰ Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 54 Inc.3°: "Ello se hará por avisos publicados, a lo menos en dos oportunidades distintas, en los diarios locales, regionales o nacionales que el juez determine, con un intervalo no inferior a tres ni superior a cinco días entre ellas."

entre ellos, aunque el tribunal puede determinar otros medios para informar, en los casos en que el número de afectados lo permita, garantizando el conocimiento de cada uno de ellos⁵¹.

SECCIÓN 2

APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES A LAS DOCE MUJERES DE CARAHUE.

Referente a las mujeres de Carahue que no se harán parte de esta acción debemos distinguir si se hizo reserva de derechos o no por parte de ellas al momento de declararse admisible la demanda⁵².

Existen dos momentos procesales para llevar a cabo la reserva de derechos conforme a la LPDC, con distintos efectos:

1. Dentro del plazo de 30 días contados desde la publicación del último de los dos avisos por la parte demandante en un medio de circulación nacional, que informe a los consumidores que se consideren afectados, para que se hagan parte, si lo estiman procedente. Si no desean ser parte podrán hacer reserva de derechos, la no realización de esta reserva conlleva la aceptación de lo obrado por las partes en el litigio incluyendo el efecto erga omnes del fallo que acoge o rechaza la acción.

⁵¹ Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 54 Inc.4°.

⁵² Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores Art. 53.

Quedando firme el fallo sólo se podrá discutir, por las personas que no llevaron a cabo la reserva de derechos, el monto de la indemnización en el caso de que fuese acogida la demanda.

2. Si la reserva de derecho es realizada dentro del plazo de 90 días una vez publicados a lo menos dos avisos difundidos en diarios locales, regionales o nacionales, con un lapso no inferior a tres ni menor a cinco días entre estos⁵³, que declara la responsabilidad del demandado, podrán hacer estas reservistas uso a su derecho para iniciar un procedimiento civil de determinación de la indemnización de perjuicios la que en ningún caso podrá ser por daño moral.

Indistintamente, quienes no realicen la reserva de derechos⁵⁴ aludida en el párrafo anterior, no tendrán la prerrogativa de iniciar otra acción basada en los mismos hechos y esto en razón del principio Nemo Auditor.

Del mismo modo, si se ha rechazado la demanda cualquier legitimado activo, en este caso, las 12 mujeres de Carahue podrán interponer, dentro del plazo de prescripción de la acción y ante el mismo tribunal, siempre que se valgan de nuevas circunstancias, una nueva acción, considerándose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo. El tribunal declarará hallarse frente a nuevas circunstancias junto con la declaración de admisibilidad de la acción⁵⁵.

⁵³ Ley N °19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 54 C. Inc. 3.

⁵⁴ Ley N °19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 54 C. Inc. 3.

⁵⁵ Ley N °19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 54 C. Inc final

Ahora, en lo relativo a la disminución de las futuras cotizaciones, debemos tener nuevamente en cuenta el efecto erga omnes⁵⁶ de la resolución que acoge la acción, ya que una vez declarada la infracción al artículo 3 letra c de la LPDC por parte de MASALUD no importará si aquellos que se han visto perjudicados han sido parte o no de la acción, pues del efecto de la misma podrán aprovecharse todos los que se encuentren en similar situación de discriminación. Ello significa que hacia el futuro y para todas las afiliadas de MASALUD el costo de las cotizaciones y planes de salud deberá disminuir al monto que determine el juzgado de letras competente.

⁵⁶ “Frente a Todos”.

CONCLUSIÓN.

A partir de nuestra investigación, y teniendo como directriz el derecho a la igualdad, definimos discriminación como no tratar igual a quienes son iguales y tratar en forma uniforme a quienes requieren un tratamiento distinto, sea que en este acto se tuvo la intención de discriminar y no se materializó finalmente, o que al contrario, no hubo esta intención, pero el resultado fue arbitrariamente diferenciador.

Ahora bien, abocadas al problema de si el derecho a la igualdad resulta aplicable a MASALUD, tras un análisis de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales, de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y a la luz de la CPR y de la CEDAW, ratificada por Chile, concluimos que las Instituciones de Salud Previsional Privadas igualmente resultan sujetas a la garantía constitucional del artículo 19 N° 2 de la CPR.

Y circunscribiéndonos al estudio de nuestro caso de tesis, respecto a la primera de las tres interrogantes planteadas⁵⁷, detectamos efectivamente la existencia de esta política proscrita, por parte de MASALUD hacia las afiliadas del sexo femenino del tramo etéreo fértil:

La ISAPRE MASALUD desarrolla una conducta discriminatoria y arbitraria al asignar el riesgo en forma exclusiva a la mujer, encareciendo en consecuencia su plan de salud, o sea, la discrimina por el hecho de su eventual maternidad sin considerar para nada la tan eventual paternidad del varón y los gastos que estos conllevan para la Institución de Salud. Solo mira el riesgo que le significan las

⁵⁷ Recordar las tres interrogantes: ¿Existe o no discriminación?, ¿Es posible de la disminución de las sobrecotizaciones? Y por último: ¿Es viable obtener su devolución?

afiliadas, en circunstancias que ese mismo riesgo se encuentra presente en los varones.

En lo concerniente a la segunda y tercera interrogantes, nos apoyamos en la recién promulgada LPDC, utilizando para estos efectos el procedimiento de la acción de interés colectivo, ya que se cumplen todos los requisitos legales para su procedencia y, tocante a la posterior obtención de lo pretendido por la parte demandante, a través de esta norma se podrá alcanzar la devolución y posterior disminución de las cotizaciones en el monto que determine el juez de letras competente, así como las posteriores indemnizaciones⁵⁸ a las que tendría lugar en virtud de la infracción a la LPDC, esto siempre conservándosele las mismas prestaciones de salud contratadas.

r

⁵⁸ Ley N ° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 51 N ° 2 ". ..Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor...".

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

- ABELIUK M, René, *Las Obligaciones*, 3ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

-ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª Reimpresión, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, (Trad. De GARZÓN VALDÉS, Ernesto).

- FERNÁNDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Fundación Fueyo ,1ª Ed. Editorial Jurídica CONOSUR, Santiago, 2001.

- FIGUEROA VÁSQUEZ, Waldo Enrique, *La Acción de Enriquecimiento sin Causa*”, 1ª Ed., Editorial Jurídica CONOSUR Ltda., Santiago1997.

- GARUFULIC LITVAK, María Paz, *Mujer y Derecho, Una Aproximación a la Situación Legal de la Mujer en Tres Países Latinoamericanos: Argentina, Chile y Perú*, 1ª Ed., Impreso por Morgan Impresores, Santiago, 2001.

-PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, 1ª Reimpresión, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

- PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones*, 1º Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.2003.

- VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La justicia frente a los Derechos Humanos de las mujeres*, 1ª Ed., Editorial Jurídica CONOSUR, Santiago, 2000.

- VERDUGO M, Mario, PFEFFER U. Emilio y NOGUEIRA A, Humberto, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2º Reimpresión, Editorial jurídica de Chile, Santiago,2002.

ARTÍCULOS.

- DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, "Derechos fundamentales y prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal chileno", artículo publicado en *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco (varios autores), 1º Ed, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 129-161.

-JANA LINETZKY. Andrés, "La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales", Editores del Puerto (en prensa). Buenos Aires. 2002, pp. 1-30.

- MARTINEZ ESTAY, José Ignacio, "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos", *Revista Chilena de Derecho*, número especial 1998, p. 59 y siguientes.

- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, "Los Efectos Horizontales de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Constitucional Peruano" <http://www.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MijailMendoza.pdf> . 28 de octubre 2004. pp. 1-16.

- PEÑAILILLO, Daniel, “El Enriquecimiento sin Causa, Principio de Derecho y Fuente de Obligaciones”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* – TOMO XCIII N°2. 1996 , pp. 72 –95.

- RÍOS ALVAREZ, Lautaro, “Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, TOMO XCIV – N° 2 - AÑO 1997, pp. 101-108.

- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): El Principio de Igualdad entre Hombres y Mujeres” *Revista De Derecho Publico* N ° 62 Año Universidad de Chile, 2000.

-TAPIA VALDES, Jorge. “Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del Artículo 5º de la CPR de 1980”, *Revista Ius et Praxis*, 2003, Vol.9, no.1, p.351-364.

JURISPRUDENCIA.

- Sentencia 53 del Tribunal Constitucional de Chile, Proyecto De Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios. 5 de abril de 1988.

- Sentencia 203 del Tribunal Constitucional de Chile. Requerimiento formulado por diversos Senadores para que el Tribunal declare Inconstitucional la modificación que el Artículo 2º, N° 10, letra a) del Proyecto qu e modifica el Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales y la Ley N° 17.235, sobre impuesto

territorial, introduce al artículo 24, inciso segundo, del mencionado Decreto Ley. 1994.

- Sentencia 219 del Tribunal Constitucional de Chile. Quince señores senadores que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de esa corporación, han presentado un requerimiento con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 6º y 13, inciso segundo, del proyecto de ley que concede un reajuste extraordinario de un 10% de las pensiones que indica, y un aumento adicional a la educación subvencionada, tanto municipal como particular, y establece las fuentes para su financiamiento. 1995

- Sentencia 346 del Tribunal Constitucional de Chile. Requerimiento formulado por diversos diputados con el objeto de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha Ciudad el 17 de Julio De 1998, de acuerdo al Artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República. 2002

DOCUMENTOS.

- CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Defensa de los Derechos del Consumidor.* www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_subarticulo=95&id_destaca=91, 26 de Octubre de 2004.

- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), División de Salud y Desarrollo Humano, a la sexta Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe. *Serie Mujer y Desarrollo N° 17. La Salud y las Mujeres en América Latina y el Caribe viejos problemas y nuevos enfoques.* Elsa Gómez Gómez. Versión revisada de la Contribución del Programa Regional Mujer, Salud y Desarrollo, (Mar del Plata,

Argentina, 25 al 29 de septiembre de 1994). <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/7/5687/P5687.xml&xsl=/mujer/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>. 26 de Octubre de 2004.

- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD/ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OPS/OMS), *Género y sistema ISAPRE. Diagnóstico y evolución del sistema de ISAPRES*. Apolonia Ramírez Caballero y enriquecido con el aporte de protagonistas de las Jornadas Participativas que impulsó en regiones del país el Proyecto Equidad, Género y Reforma de Salud, de la, Representación en Chile, durante el año 2001. <http://www.paho.org/Spanish/DPM/GPP/GH/sistemaisapre.pdf> .26 de Octubre de 2004.

- OPS/OMS Chile .Género, Equidad y reforma de la Salud en Chile. Discriminación de las mujeres en le Sistema de Instituciones de Salud Previsional Regulación y perspectiva de Género en la Reforma. www.paho.org/Spanish/HDP/HDW/reform.htm. 26 de Octubre de 2004.

- MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, Chile. *Informe sobre Funcionamiento de las Instituciones de Salud Previsional*. Acuerdo 318 de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, Chile. Octubre, 2000. http://www.cladem.com/espanol/regionales/desc_globalizacion/Docs/InfConCan.asp p. 26 de Octubre de 2004.

SITIOS WEB.

www.sernac.cl : Servicio Nacional del Consumidor.

www.microjuris.cl : Portal de Información Jurídica.

www.lexisnexis.cl : Portal del Lexis Nexis.

- www.paho.org : Organización Panamericana de la Salud.
- www.isapres.cl : Pagina Web de ISAPREs.
- www.sisp.cl :Superintendencia de ISAPREs.
- www.isis.cl : Servicio de Información y Comunicación de las Mujeres.
- www.mideplan.cl : Ministerio de Planificación.
- www.tribunalconstitucional.cl : Tribunal Constitucional de Chile.
- www.cepal.cl : Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

