

**La robusta simpleza de la adjudicación por vía negativa: análisis de los casos “ópticas”**

Tribunal	Tribunal Constitucional
Rol	<i>Primer fallo, “ópticas uno”</i> : 5106-18 <i>Segundo fallo, “ópticas dos”</i> : 6597-19
Fecha	<i>Ópticas uno</i> : 25 de junio de 2019 <i>Ópticas dos</i> : 14 de noviembre de 2019
Materia	Derecho Sanitario
Submateria	Prohibición de instalación de consultas médicas en establecimientos de ópticas
Procedimiento	<i>Ópticas uno</i> : Inaplicabilidad por inconstitucionalidad <i>Ópticas dos</i> : Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional.
Hechos	Ambos casos recaen sobre la última parte del art. 126 inc. 2º del Código Sanitario. Esta disposición prohibía la instalación de consultas médicas y de optómetras al interior de las ópticas. En ópticas uno, la gestión pendiente que originó la inaplicabilidad era una reclamación sanitaria. El actor señaló que la disposición impugnada infringió los arts. 19 N° 2 y N° 24 de la Constitución. Por su parte, en ópticas dos, el Tribunal Constitucional inició de oficio un procedimiento de inconstitucionalidad. En ambos casos, el Estado alegó que la disposición impugnada limitaba los conflictos de intereses entre ópticas, oftalmólogos y los optómetras.
Tema central discutido	¿Es constitucional la prohibición de instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en establecimientos de óptica, según lo dispuesto en el artículo 126, inciso segundo, del Código Sanitario?
Considerandos relevantes	<i>Ópticas uno</i> SÉPTIMO: El precepto legal impugnado establece una incompatibilidad absoluta para el ejercicio de dos actividades en un mismo lugar físico. Por lo mismo, la norma tiene como destinatario no sólo a los establecimientos de óptica, sino también a los profesionales médicos y tecnólogos médicos vinculados –se entiende- al área de la oftalmología. La distinción principal que hace la disposición legal es entre el ejercicio de profesiones médicas o de tecnología médica al interior de establecimientos ópticos y afuera de éstos. Una segunda diferenciación de trato que se deriva de la norma legal objetada es aquella que aparece al contrastarla con lo regulado respecto de otras especialidades y establecimientos del área de la salud. NOVENO: La ausencia de justificación racional suficiente de la norma legal analizada comienza a quedar al descubierto si se revisa la historia de la ley de las diferentes modificaciones sobre el particular, la cual es escasa, errática e inespecífica. Escasa, porque a diferencia de lo sostenido por el Consejo de Defensa del Estado, solo consta en el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, en el primer trámite constitucional, que la norma impugnada nace a raíz de una

indicación para agregar “al final del inciso segundo [del artículo 126] una oración que prohíbe instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en los establecimientos de ópticas”. (Historia de la Ley N° 20.724, p. 152).

Erráticas e inespecíficas, porque las justificaciones posteriores a la inclusión de esta oración, vertidas tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, hacen referencia a evitar la “integración vertical” entre ópticas y tecnólogos médicos con mención en oftalmología, pero sin indicar la forma en que se produciría esta denominada “integración”, cuál sería el efecto beneficioso para los pacientes de esta prohibición en comparación con sus costos, o por qué la incidencia del riesgo que se busca evitar es mayor en el caso de las ópticas y no en otras actividades económicas del área de la salud.

*Ópticas dos*

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, si se aplicara un escrutinio más estricto respecto de la justificación de la diferenciación legal analizada, la arbitrariedad sería igual o más patente. Nos parece que es suficientemente sugerente plantear este test más exigente a modo de pregunta: ¿es la prohibición del artículo 126° del Código Sanitario la única manera de evitar el pretendido problema de abuso derivado de una identificación entre ejercicios profesionales y actividades de venta? La respuesta es negativa.

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que, en consecuencia, hallándose la actividad de tecnólogos médicos y optómetras legalmente amparada y, aun antes, siendo ellos titulares de los derechos asegurados en los numerales 2°, 16° y 26° de la Constitución y hallándose el Estado en el deber de asegurar la igualdad de oportunidades, de acuerdo con su artículo 1° inciso quinto, los riesgos que conlleva la labor que desarrollan, así como el ejercicio negligente o, incluso, doloso, en que algunos de esos profesionales puedan incurrir, se encuentra sometido a nuestro ordenamiento jurídico completo y, ciertamente, a las reglas éticas que orientan su recto desenvolvimiento sin que ello justifique una prohibición de emplazamiento como la que reprochamos;

QUINCUAGESIMOSEXTO: Que, finalmente, esta prohibición genera efectos adversos y concretos en el derecho a la protección de la salud garantizado en el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución. En efecto, dicha regla constitucional asegura a todas las personas "el derecho a la protección de la salud" y garantiza el deber estatal de proteger "el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo".

Siendo la salud visual uno de los bienes que deben ser cautelados por dichas acciones de salud, es evidente que existe un margen de apreciación amplio para el desarrollo de las políticas públicas generales y específicas en dicho ámbito. Sin embargo, tal dimensión debe proteger un "igualitario acceso", lo que supone una disponibilidad razonable de los servicios de salud visual, en términos tanto de acceso como de distribución geográfica en el territorio del país.

La declaración de inconstitucionalidad, entonces, puede devenir en un mayor incremento de algunas limitadas prestaciones de salud visual, especialmente, en ámbitos territorialmente alejados de los centros más poblados. Dicho mayor alcance debería tener efectos positivos de acceso y disponibilidad y, a la vez, podría implicar afectaciones negativas de calidad. No obstante, éstas últimas deben ser prevenidas, mitigadas o sancionadas mediante la regulación reglamentaria de los artículos 113 bis del Código Sanitario y su adecuada fiscalización;

Decisión	<p><i>Ópticas uno:</i> Se acoge el requerimiento.  <i>Ópticas dos:</i> Se declara la inconstitucionalidad del artículo 126 inciso segundo parte final del Código Sanitario.</p>			
<table border="1"> <tr> <td data-bbox="201 363 477 457">Resumen del comentario</td> <td data-bbox="488 312 1424 653" rowspan="3"> <p>Este comentario trata sobre dos sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el art. 126 inc. 2º parte final del Código Sanitario. Esta disposición prohibía a oftalmólogos y optómetras funcionar dentro de una óptica.                      La primera sentencia es de inaplicabilidad, mientras que la segunda es de inconstitucionalidad. Las sentencias se analizan desde la “vía negativa”. Esto es, desde la idea que las personas, en general, detectan más fácilmente lo que no es que lo que es, y lo que no debe ser que lo que debe ser. La conclusión es que, aun cuando ambas sentencias resolvieron la contienda correctamente, la primera sentencia es más robusta que la segunda al apegarse más a la vía negativa.</p> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 457 477 520">Cristóbal Caviedes P.</td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 520 477 615">Sentencias Destacadas 2019</td> </tr> </table>	Resumen del comentario	<p>Este comentario trata sobre dos sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el art. 126 inc. 2º parte final del Código Sanitario. Esta disposición prohibía a oftalmólogos y optómetras funcionar dentro de una óptica.                      La primera sentencia es de inaplicabilidad, mientras que la segunda es de inconstitucionalidad. Las sentencias se analizan desde la “vía negativa”. Esto es, desde la idea que las personas, en general, detectan más fácilmente lo que no es que lo que es, y lo que no debe ser que lo que debe ser. La conclusión es que, aun cuando ambas sentencias resolvieron la contienda correctamente, la primera sentencia es más robusta que la segunda al apegarse más a la vía negativa.</p>	Cristóbal Caviedes P.	Sentencias Destacadas 2019
Resumen del comentario	<p>Este comentario trata sobre dos sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el art. 126 inc. 2º parte final del Código Sanitario. Esta disposición prohibía a oftalmólogos y optómetras funcionar dentro de una óptica.                      La primera sentencia es de inaplicabilidad, mientras que la segunda es de inconstitucionalidad. Las sentencias se analizan desde la “vía negativa”. Esto es, desde la idea que las personas, en general, detectan más fácilmente lo que no es que lo que es, y lo que no debe ser que lo que debe ser. La conclusión es que, aun cuando ambas sentencias resolvieron la contienda correctamente, la primera sentencia es más robusta que la segunda al apegarse más a la vía negativa.</p>			
Cristóbal Caviedes P.				
Sentencias Destacadas 2019				