

## Judicialización de la Salud

Desde hace algunos años la judicialización de ciertos conflictos entre las ISAPRES y sus afiliados ha ido en aumento. Estos se generan principalmente al momento de determinar el precio del plan de salud que vincula al afiliado con su ISAPRE. Por esta razón, el sistema de salud privado está sometido a un escenario incierto explicado por el creciente involucramiento de los jueces en la definición de las políticas vinculadas con la salud.

Si esto se analiza en un contexto más amplio, donde los tribunales han ido involucrándose crecientemente en decisiones vinculadas a esta materia, no cabe duda que estamos ante un asunto que merece atención.

A continuación, analizaremos críticamente las contiendas judiciales más comunes en este campo, además de sus consecuencias, llamando la atención sobre el adecuado rol que deben jugar los tribunales.

### 1. El derecho a la Salud en los Tribunales: el Caso de las ISAPRES

#### a) Recursos de Protección

Recursos de Protección (RP) que han enfrentado a una ISAPRE con sus afiliados se pueden encontrar desde hace tiempo<sup>1</sup>. Sin embargo, es desde los últimos años que los RP presentados han tenido un aumento considerable (Ver Cuadro Número 1).

La causa del reclamo es, en casi la totalidad de los casos, la adecuación del precio base del plan de salud que anualmente efectúa la ISAPRE. A modo de resumen, puede señalarse que los afiliados suelen reclamar que dicha alza es injustificada y afecta su derecho a la salud. Esto, no obstante el alza del precio se efectúa dentro de los límites legales autorizados, pues no hay aquí libertad para fijar los precios.

Las cortes de apelaciones, como se ve en el cuadro, han acogido masivamente estos reclamos. Del análisis de numerosos fallos puede verse que las razones para acogerlos se fundan principalmente en la supuesta arbitrariedad del alza pues no estaría demostrada la justificación que haga razonable y plausible dicha variación. Para expresar lo anterior, las distintas salas de la Corte de Apelaciones de Santiago suelen utilizar frases como la siguiente: "en parte alguna se señalan las razones a que obedeció el alza del precio del plan de que gozaba el recurrente, como

**Cuando los tribunales consideran que las adecuaciones de precio carecen de razonabilidad o proporcionalidad, no consideran que ya el legislador pudo haber ponderado los diversos factores en juego para autorizar ciertas adecuaciones del precio base del plan de salud o ciertos componentes de la tabla de factores. Si lo hizo el legislador, con mejores herramientas y mayor legitimidad, correspondería a los jueces ser deferentes.**

#### En esta Edición:

- Judicialización de la Salud
- Solución para la Congestión: ¿Restricción vehicular o Tarifación vial?

**Cuadro N°1**  
**Recursos de Protección contra ISAPRES**

Año	RP
2007	737
2008	5214
2009 (1 Sem)	4357

% de RP Acogidos (2008)	
RP contra ISAPRES acogidos	96,6%
Otros RP acogidos	41,60%

Costas (2008)	
RP contra ISAPRES acogidos con costas	91,4%
Otros RP acogidos con costas	0,5%
Promedio costas	\$ 351.074

Fuente: Altura Management, 2009

tampoco se indican los antecedentes que demuestren la efectiva variación de los factores relativos a los gastos de salud, sea en relación con los costos de las prestaciones médicas, su frecuencia y el aumento de la frecuencia de las mismas<sup>iii</sup>.

De este modo, los tribunales dejan sin efecto la adecuación del precio de ese plan de salud y transfieren a la ISAPRE la obligación de demostrar que dicha alza, no obstante estar autorizada por la ley, tiene una justificación específica para ese caso concreto.

## b) El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) también ha entrado en el debate con, hasta la fecha, tres sentencias que han acogido el reclamo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo de la Ley de ISAPRES que regula el establecimiento de la tabla de factores<sup>iii</sup>. Además, hay cerca de una treintena de casos pendientes que debieran resolver el mismo asunto.

El precio que un afiliado paga a su ISAPRE está compuesto de un precio base que es igual para todos aquellos que contratan el mismo plan más aquello que resulte de aplicar

los factores de sexo y edad a cada uno de los afiliados. Estos factores se encuentran contenidos en la llamada tabla de factores.

En el caso del TC, la discusión constitucional se ha centrado en la aplicación del artículo que regula la tabla de factores a los casos específicos que se han fallado. En los tres casos el TC ha argumentado de un modo similar que puede resumirse como sigue:

**Derechos sociales y derecho a la salud:** Por primera vez de un modo tan explícito, el TC aborda la temática de los derechos sociales reconociéndolos plenamente exigibles y justiciables, y dejando además la impresión de que éstos serían derechos absolutos.

**Derecho a la libre elección:** La Constitución asegura el derecho a “elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado” (19, N° 9). El TC señala que se estaría afectando este derecho “al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse<sup>iv</sup>”.

**Proporcionalidad y Razonabilidad:** El TC también considera que la aplicación de los factores utilizados generaría un resultado carente de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto ha señalado que “al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla (...) debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria<sup>v</sup>”.

## 2. Visión Crítica

La aproximación de los tribunales que ha sido someramente planteada, puede ser objeto de numerosas críticas jurídicas, democráticas y desde la mirada de las políticas públicas. A continuación intentaremos poner énfasis en las que, a nuestro juicio, son concepciones cues-

tionables o decisiones que no han ponderado todas las consecuencias.

**Libre elección:** Tanto el TC como la Corte Suprema parecieran haber interpretado el derecho a la libre elección de sistema de salud como un derecho absoluto, es decir, que se ejercería sin consideración alguna de otros aspectos. Cabe señalar que el derecho a elegir sistema de salud busca proteger a las personas de la existencia de barreras legales o administrativas que le impidan o hagan muy difícil su opción. Esto no puede suponer la existencia de una obligación correlativa que mandate recibir o mantener indefinidamente a quien ha optado en un momento por contratar servicios en el sistema privado o público<sup>vi</sup>.

Sostener esto último –como parecieran estar haciendo los tribunales- implica conceder al derecho a la libre elección el carácter de absoluto que, por lo tanto, no debe ser ponderado con otros derechos que están en juego. En este caso es indudable que sí existen otros derechos –como el de gestionar una institución de salud, vinculado con el derecho a emprender, el derecho de propiedad y la libertad de asociación, entre otros. Esta ponderación de derechos en juego, necesariamente conlleva el deber de pactar un precio por los servicios que se prestan. Este precio, que está regulado, no puede omitirse sin afectar derechos esenciales de los propietarios e integrantes de cada una de las ISAPRES involucradas y, en definitiva, la subsistencia misma del sistema privado de salud que no sería capaz de solventar el alza de costos sin ajustar sus precios.

Tampoco puede argumentarse, como han señalado las cortes, que habría un derecho a exigir que el alza sea fundada. Si se analiza la ley, el sistema se construye sobre la base de contratos regulados que celebran periódicamente las partes si es que concurren las circunstancias para ello. La obligación de la ISAPRE, según lo ha determinado el legislador, consiste en ajustar las adecuaciones de precio a los límites autorizados y no en la entrega de las razones que habría tras éstas. Si

dicha variación no es satisfactoria, el afiliado puede buscar una alternativa más conveniente en el sistema privado o público.

**Derechos sociales y rol de los jueces:** No es este el momento de discutir en profundidad sobre derechos sociales, su exigibilidad y justiciabilidad<sup>vii</sup>. Lo que sí merece atención es que sean los jueces los que asuman la satisfacción de los derechos sociales tomando un papel que, en democracia, le corresponde especialmente al Congreso y a la autoridad ejecutiva. No se trata únicamente de que estos últimos estén más capacitados para enfrentar los desafíos técnicos y políticos de una política pública en un área tan compleja como la salud. Hay también razones de legitimidad democrática que hacen recomendable, a lo menos, que los jueces sean deferentes con las decisiones que ya han tomado otros poderes del Estado.

Al respecto cabe señalar que en derecho se ha desarrollado el llamado “principio de deferencia razonada” en virtud del cual los jueces, para alejarse del activismo, crean estándares que les impiden intervenir en materias que son más propias del ámbito legislativo o administrativo<sup>viii</sup>. No cabe duda que esta materia, por toda su complejidad y el proceso deliberativo que la antecedió<sup>ix</sup>, debiera ser un caso de aplicación del principio de deferencia.

En concreto, cuando los tribunales consideran que las adecuaciones de precio carecen de razonabilidad o proporcionalidad, no consideran que ya el legislador pudo haber ponderado los diversos factores en juego para concluir que es razonable y proporcional autorizar ciertas adecuaciones del precio base del plan de salud o ciertos componentes de la tabla de factores. Si lo hizo el legislador, con mejores herramientas y mayor legitimidad, correspondería a los jueces ser deferentes.

En otras palabras, en la protección de derechos cuya satisfacción es una cuestión dinámica –como es el caso de los derechos sociales- los jueces deben ponderar con especial atención lo señalado por el legislador exi-

giendo, para contradecirlo, que los derechos en juego estén realmente en riesgo.

**Judicialización:** Es preocupante el aumento explosivo de causas, principalmente por los costos públicos y privados que ello trae aparejado. Y en esto los jueces han tenido una responsabilidad pues han generado los incentivos para judicializar todas estas contiendas. En efecto, como muestra el Cuadro N° 1, a diferencia de los otros recursos de protección, aquellos que se presentan contra ISAPRES suelen ser acogidos con costas, eliminando, en consecuencia, todo el costo de litigar<sup>x</sup>. De este modo, la decisión de judicializar las contiendas se transforma en la más barata para los demandantes evitando así la solución de controversias a través de mecanismos alternativos que podrían ser menos costosos socialmente.

Por otra parte, y como da cuenta la prensa, se ha generado una verdadera industria del litigio con aún inciertas consecuencias<sup>xi</sup>.

### **3. Punto de Quiebre: ¿Es inconstitucional el artículo que regula la tabla de factores?**

La Constitución autoriza al TC para determinar la inconstitucionalidad con efectos generales de una norma ya declarada inaplicable. Esto ya ha sido solicitado y, en consecuencia, en los próximos meses el TC debiera resolver si la norma que regula la tabla de factores sigue vigente o si es, en los hechos, derogada por el propio tribunal.

Las mismas razones que se han dado para criticar las sentencias analizadas, se aplican para rechazar esta “derogación”. Es decir, una correcta interpretación del rol de los jueces en la justiciabilidad de los derechos sociales, la deferencia al legislador, el contenido

esencial del derecho a la salud y a la libre elección, entre otros argumentos, debieran conducir al TC a rechazar el requerimiento.

No obstante hay otras razones importantes para sustentar el rechazo. Entre las jurídicas, además de las mencionadas, están los precedentes del propio TC el que, cada vez que ha acogido un recurso de inaplicabilidad vinculado con la tabla de factores, ha señalado con claridad que esa es una decisión que se entiende exclusivamente por las circunstancias del caso concreto<sup>xii</sup>.

**Es preocupante el aumento explosivo de causas contra ISAPRES, principalmente por los costos públicos y privados que ello lleva aparejado. Y en esto los jueces han tenido una responsabilidad pues han generado los incentivos para judicializar todas estas contiendas.**

También es relevante el hecho que lo que se derogaría es la norma que permite adecuar los precios bases de los planes de salud a los factores de sexo y edad. Esta norma es esencial para reflejar de alguna forma las diferencias de costos reales que se tienen, por ejemplo, en función de la edad. Por lo demás, el mismo TC ha reconocido que la estructura de la tabla de factores –regulada en la ley– se funda “en criterios objetivos y de común o general vigencia” cuestión que, en consecuencia, no permitiría calificarla como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria<sup>xiii</sup>.

Finalmente, una mirada más global de la contienda que conoce actualmente el TC, nos lleva a ser especialmente cuidadosos. El artículo cuestionado fue objeto de una larga discusión en el Congreso donde se analizaron diversas alternativas para salvar desafíos que presentan todos los sistemas de salud en el mundo. El Congreso y el Poder Ejecutivo optaron por una fórmula que pondera diversos aspectos en juego y avanza en la línea de un sistema que permite la adecuación de precios de forma regulada y sobre la base de ciertos factores. Impedirlo afectaría la esencia misma de un sistema que, a diferencia de su competidor estatal, vive exclusivamente del aporte de sus afiliados.

Puede no gustarnos la fórmula que el Congreso eligió<sup>xiv</sup>. Incluso puede que a algunos ni siquiera les guste el sistema de salud privado. Si bien eso es posible, lo cierto es que, en un Estado de Derecho, no son los jueces los llamados a hacer ese tipo de reformas sino que ese rol recae en quienes son elegidos democráticamente, el Congreso y el Presidente.

#### 4. Conclusión

Todo lo dicho sucede en un contexto en el que otras sentencias han decidido que el derecho a la salud y a la vida están en juego y, consecuentemente, han obligado a centros asistenciales a costear tratamientos médicos<sup>xv</sup>. Sin pronunciarse sobre el mérito de dichos casos, lo cierto es que en ellos y en los que se han analizado, concurren circunstancias complejas e historias personales muchas veces dolorosas. Ello no puede nublar la mirada general: las políticas públicas vinculadas a la salud son un tema complejo y que involucra numerosas aristas: jurídicas, económicas, de prioridades presupuestarias, etc. Al decidir, los jueces deben ponderar todo esto y evitar transformarse en reformadores sociales, siendo especialmente deferentes con las legítimas decisiones de los órganos democráticamente electos.

---

<sup>i</sup> Gómez, Gastón. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, Ediciones UDP, 2005.

<sup>ii</sup> Sentencia de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de octubre de 2008, Rol N° 5908-2008.

---

<sup>iii</sup> Sentencia del TC de 26 de junio de 2008 (Rol 976-07) y Sentencias del 7 de julio (Rol N° 1218) y 8 de septiembre (Rol N° 1287), ambas del 2009.

<sup>iv</sup> c.62, c.60 y c. 65, respectivamente.

<sup>v</sup> c.62, ISAPRES 1. Ver argumentos similares en c. 60 de ISAPRES 2 y c. 65 de ISAPRES 3.

<sup>vi</sup> Sobre esta tendencia jurisprudencial ver Bulnes, Luz. *El Derecho de Elegir Sistema de Salud y la Evolución de la Jurisprudencia*, Actas de la XXXIV Jornadas de Derecho Público, Derecho UC, 2004.

<sup>vii</sup> Este tema ha sido tratado en Soto, Sebastián. *Fallo Isapres: una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces*. En *Sentencias Destacadas 2008, Libertad y Desarrollo*. P. 171.

<sup>viii</sup> Ver especialmente Zapata, Patricio. *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica, 2008. P. 225.

<sup>ix</sup> La ley y sus disposiciones nació de una larga deliberación en el Congreso, que duró algo más de tres años, en la que se analizaron diversas alternativas. Ver *Historia de la Ley 20.015*.

<sup>x</sup> Las costas son el monto en dinero que debe pagar la parte que pierde el juicio a aquella que lo gana.

<sup>xi</sup> Informaciones de prensa dan cuenta que “algunos abogados firman contratos de gratuidad con sus clientes, seguros de que luego del juicio pueden traspasar las costas al perdedor, es decir, a las isapres”. El *Mercurio*, 2 de julio de 2008. Mil afiliados van a la justicia contra las isapres. C7.

<sup>xii</sup> El TC ha dicho que lo decidido “son de efectos necesariamente acotados a las partes respectivas” (c.19) y ha agregado que, para fallar, se requiere “conocer y ponderar los hechos y otros rasgos característicos de la gestión pendiente invocada, porque ellos son el presupuesto de la acción de inaplicabilidad (c.20). Ambos ISAPRES 1.

<sup>xiii</sup> c.52, ISAPRES 1.

<sup>xiv</sup> De hecho se han explorado otras reformas. Ver *Cuentas de Ahorro en Salud*, Rodrigo Castro. En “*Receitas para el Sector Salud*”, Libertad y Desarrollo. 2009.

<sup>xv</sup> Ambas dictadas por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones (10-11-09 y 12-11-09). Ver [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)