

Fallos Públicos

CASO ISAPRES

JUECES: ¿REFORMADORES SOCIALES?

El Tribunal fundamenta sus argumentos en dos instituciones importadas desde la doctrina constitucional comparada: la eficacia horizontal de los derechos (*Drittwirkung* alemana) y la fuerza normativa directa de la Constitución. En el primer caso ello implica que: “no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares” (c.34); y en el segundo que “lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental” (c.35).

Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en STC Rol No. 976-07 respecto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que buscó impugnar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la denominada Ley de Isapres (Ley 18.933), donde se regulan las alzas de precios para los afiliados. El Tribunal declaró que en el caso concreto el alza de precios era inconstitucional, pues vulneraba el derecho a la salud consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental.

El fallo sienta un precedente que puede tener consecuencias muy negativas desde diversas perspectivas: la manera en que se abordó discusiones jurídicas muy complejas vinculadas con los derechos sociales, el principio de proporcionalidad, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o la idea misma de control “concreto”; el impacto en el mercado de la salud; y, sobre la certeza jurídica (la necesidad de contar con reglas del juego claras). En el fondo, de lo que estamos hablando es del rol que puede jugar (o no) el Tribunal en la definición e implementación de políticas públicas y cómo se puede mal utilizar la Constitución para restringir la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Este fallo generará, con razón, una polémica académica que promete instalarse por varios años.

1. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

El artículo 93° de la Constitución Política de la República (CPR) establece en su inciso primero numeral seis que es atribución del Tribunal Constitucional resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión, se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Asimismo, la norma en su inciso undécimo establece que

Fallos Públicos N°17, 1 de Agosto de 2008

www.lyd.org- E- Mail: lyd@lyd.org ISSN: 0718-2090

la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto; y que corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

2. El Conflicto

Sostiene el Tribunal que “las instituciones aludidas (Isapres) tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud” (c.37). Con ello, el Tribunal realiza una interpretación de las limitaciones al desarrollo de una actividad económica y la propiedad –derivada de su función social-; lo bastante amplia como para no sintonizar con los principios de una sociedad libre.

El caso se refiere a la interposición de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que busca impugnar el artículo 38 ter de la denominada Ley de Isapres, frente al alza de precios que una Isapre aplicó a uno de sus clientes que había cumplido 60 años de edad, incremento que configuraría, a su juicio, un acto arbitrario e ilegal.

El precepto legal impugnado, conviene decir, regula las alzas de precios con una banda de más/ menos 30% de desviación en los valores bases de los planes de salud, sobre un promedio informado por cada Isapre y la regulación del número, estructura y relaciones de valores de las tablas de factores de riesgo (que dependen del sexo y edad) con las que se comercializan los planes.

La requirente alegó que la aplicación de dicha norma al caso *sub lite*, violaría diversas garantías

constitucionales: igualdad ante la ley (19 N° 2), en la medida en que el legislador habría establecido una diferencia arbitraria al autorizar a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud vigentes considerando como factores la edad y el sexo de los beneficiarios; derecho a la salud (19 N°9), dado que la norma supone una “fuerte cortapisa” a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud elegido, siendo el aumento de precio una forma indirecta de obligarla a salir del sistema privado de salud, vulnerándose además la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de ella; y, el derecho de propiedad (19 N° 24), dado que el aumento de precios afecta el derecho a gozar del sistema privado de salud, el cual sería un derecho inmaterial susceptible de apreciación pecuniaria, como también se privaría a los afectados disfrutar de los beneficios que les otorga el

respectivo plan de salud, los cuales se encuentran incorporados a su patrimonio, dejando a cada uno de ellos como “cotizante cautivo”, sin que se prevea la existencia de una contraprestación en beneficios, equivalente al aumento del precio referido.

Finalmente, parece relevante señalar que cada uno de estos argumentos es desvirtuado no sólo por la Isapre requerida, sino por la propia Superintendencia de Salud.

3. Contenido de la Sentencia

La Corte Constitucional parte su análisis de fondo, estableciendo en primer lugar, que “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica(c.26) (...) “Que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho Contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada (...) Los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado (...) sino más bien una actuación positiva de éste en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación derechos de prestación” (c.27).

Estos fragmentos constituyen por sí solos un giro significativo en nuestra historia constitucional: por primera vez de manera tan explícita el Tribunal Constitucional establece las bases para la exigibilidad de los denominados derechos sociales. En el fondo de esta cuestión encontramos una controversia no pacífica: ¿son los jueces (constitucionales) los llamados a definir el contenido y extensión de las políticas públicas de un país? Por el contrario, su rol es interpretar la ley, y en este caso la Constitución, no tomar decisiones acerca de la distribución de la riqueza o la asignación de recursos (precios). Su rol es garantizar los derechos y libertades individuales, limitando la discrecionalidad de los poderes políticos, no suplantarlos.

El Tribunal fundamenta sus argumentos en dos instituciones importadas desde la doctrina constitucional comparada: la eficacia horizontal de los derechos (*Drittwirkung* alemana) y la fuerza normativa directa de la Constitución. En el primer caso ello implica que: “no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares” (c.34); y en el segundo que “lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella” (c.35).

En segundo lugar, y dado lo anterior, sostiene el Tribunal que “las instituciones aludidas (Isapres) tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud” (c.37). Con ello, el Tribunal realiza una interpretación de las limitaciones al desarrollo de una actividad

económica y la propiedad –derivada de su función social-; lo bastante amplia como para no sintonizar con los principios de una sociedad libre.

Como corolario de lo anterior, sostiene el TC que: “el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que se torna (...) constitucionalmente insostenible” (c.40). Lo anterior resulta más evidente “en los casos en los que la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional” (c.41). Desafortunadamente el TC no profundiza en este aspecto que, así planteado, puede tener enormes implicancias respecto de cómo entendemos el principio de autonomía de la voluntad y la libertad contractual. ¿Por qué no podría una persona asumir un mayor riesgo y elegir un plan de salud que contenga menos cobertura? ¿Afecta eso su derecho a la salud? ¿Por qué la autonomía de la voluntad puede restringir otros derechos como la propiedad, al libre expresión, etc. y no puede hacer lo mismo con los llamados derechos sociales?

Por otro lado, es posible observar una serie de efectos que tendrá el fallo en el mercado de la salud. El Tribunal reconoce que la Isapre se atuvo a las normas legales y administrativas para aumentar el precio del plan pero, no obstante ello, el alza sería inconstitucional pues en éstas también “tienen que ser respetados y promovidos los atributos que integran el derecho a la protección” (c.55). En otras palabras, no basta con cumplir la ley, sino que es necesario considerar otros principios y disposiciones constitucionales al momento de modificar el precio. Asimismo el Tribunal consideró que el aumento del precio del plan de salud ponía en riesgo la capacidad de elección del cotizante pues el nuevo precio le impediría seguir optando por el sistema privado de salud. En este aspecto el TC confunde el derecho a la salud con el derecho a la libertad de elección del sistema que reconoce la Constitución. Además insinúa que éste último es un derecho absoluto a elegir Isapre sin consideración de ningún otro factor (c.59 y 63).

Finalmente, cabe destacar que en este caso, existió una minoría de tres Ministros (Colombo, Bertelsen y Correa) que votó en contra del fallo y que sostuvo, entre otras que la Constitución no prohíbe que los particulares que proveen un bien o servicio esencial modifiquen unilateralmente, dentro de límites fijados por la autoridad competente, el precio que cobran por el bien o servicio que producen –invocándose conceptualmente el principio de subsidiariedad-; que los criterios fijados por el legislador para regular el alza unilateral de los precios no establecen una discriminación arbitraria y que no existe elemento alguno que permita sostener que la magnitud en el alza que autoriza la ley implique una discriminación arbitraria; y, que el precepto legal impugnado no vulnera el derecho a la protección de la salud, como tampoco el derecho de propiedad, ni la libertad de elegir un sistema de salud. El Ministro Navarro votó en contra, pero por razones diferentes (lo decisivo del precepto legal impugnado en la gestión pendiente según el artículo 93 N°6 CPR).

CONCLUSIONES

Nos parece que la sentencia del Tribunal Constitucional puede sentar un precedente negativo desde diversas perspectivas. Desde el punto de vista institucional, transforma al Tribunal en un verdadero decisor de políticas públicas, lo cual puede

hacerse extensible a diversas áreas de la política social, dada la interpretación –y exigibilidad- que ha hecho de los denominados derechos económico-sociales o derechos humanos de segunda generación. Las democracias modernas entregan este tipo de decisiones –de marcado carácter redistribucionista- al Congreso, a los representantes del pueblo, bajo una serie de pesos y contrapesos, rendición de cuentas periódica, elecciones, contradictoriedad en la discusión, etc. Los ministros del Tribunal Constitucional ni siquiera pueden ser objeto de acusación constitucional.

Asimismo, este tipo de sentencias generan incentivos para que frente a controversias de evidente sentido contractual puedan ser resueltas en este foro constitucional. El recurso de protección ya había sido distorsionado en este sentido, y es probable que sentencias como la comentada apunten a judicializar frente al Tribunal asuntos que no debieran serlo. El denominado control concreto que realiza el Tribunal en el análisis de los requerimientos de inaplicabilidad, lejos de entregar justicia al caso concreto, podría transformarse en una nueva instancia de justicia ordinaria, con los problemas de congestión asociados.

FICHA*:

Rol N° 976-2007: Pronunciado por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán.

*El texto completo del fallo puede ser visto en www.lyd.org