



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Apuntes Legislativos

Observatorio de Iniciativas Legislativas



CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC

► Los efectos de la sentencia del TC en el caso de Isapres

Sebastián Zárate

Facultad de Derecho

**Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional sobre la
constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres.**

diciembre 2010 > n° 5

Apuntes Legislativos es editado por el Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica. La opinión de los autores es responsabilidad de los mismos y no representa necesariamente a la Universidad Católica. Disponible en www.politicaspUBLICAS.uc.cl

Introducción

El pasado 6 de agosto el Tribunal Constitucional (TC) dictó la sentencia que declara inconstitucional algunos criterios que definen la tabla de factores conforme a la cual se determinan los precios de los planes de las Isapres¹. El presente análisis pretende exponer el problema de constitucionalidad resuelto por el TC y el sustento jurídico de su decisión. También se pretende analizar los efectos en el sistema de las Isapres que ha tenido la decisión –que el propio voto de mayoría denomina en la sentencia “elementos extra jurídicos”²–, y que ha derivado en más recursos de protección ante la justicia ordinaria, dos nuevos pronunciamientos de inaplicabilidad del TC el pasado 28 de octubre³ y 16 de noviembre de este año⁴, y un fallido intento de ingresar un proyecto de ley sobre la materia.

El siguiente informe se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se describe la situación existente antes de la sentencia del TC del 6 de agosto de 2010, que declara la inconstitucionalidad de algunos criterios de la tabla de factores. En segundo lugar, se expone la decisión adoptada por el TC y sus fundamentos jurídicos. Por último, se analizan los elementos considerados por el TC acerca de la situación de vacancia de la norma luego de la declaración de inconstitucionalidad, y los efectos que ha tenido dicha sentencia en estos tres meses desde su dictación.

Antecedentes del caso: antes de 2005

El sistema de Isapres obedece a una de las más importantes reformas llevadas a cabo en la década de 1980. Desde el punto de vista constitucional viene a ser una aplicación del principio de subsidiariedad, que se traduce en que el Estado si bien asegura el cumplimiento de las prestaciones en materia de salud, no es el único agente que las ejecuta. Las Isapres representan, en tal sentido, una garantía de espacios de libertad que la Constitución desea reconocerles a los particulares en el cumplimiento de sus tareas propias.

No obstante lo anterior, subyace el debate acerca de la naturaleza que tendrían estas entidades prestadoras de servicios de salud: ¿son servicios públicos en manos de privados o seguros propiamente tales? Lo anterior no resulta un asunto meramente teórico, sino que desde el punto de vista regulatorio puede significar una diferencia importante para la superintendencia a cargo.

Si es un servicio público debe ser capaz de conjugar elementos de libertad y obligaciones propias del servicio que se trate. El elemento de libertad se encuentra consagrado por la Constitución, en cuanto al reconocimiento expreso de dos ámbitos de prestaciones (privado y público), cuyo corolario se encuentra en el derecho a la libre elección entre ambos sistemas⁵ único dentro del derecho a la salud protegido con la Acción

¹ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010.

² Ídem, considerando 44°.

³ Tribunal Constitucional, Rol 1552-09-INA, de fecha 28 de octubre de 2010.

⁴ Tribunal Constitucional, Rol 1677-10-INA, de fecha 16 de noviembre de 2010.

⁵ Constitución Política de la República, artículo 19 N°9: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de

de Protección del artículo 20 de la Carta Política. En cuanto a las obligaciones propias de servicio público, se trataría de las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, de conformidad a la norma constitucional⁶. Por su parte, de acuerdo a la calidad de servicio público (no estatal en este caso), se trataría de obligaciones de acceso, continuidad y calidad de servicio. Para ello, el Estado tiene una misión de coordinación y regulación expresamente reconocida por la Constitución.

No cabe duda que se trata de una dualidad que puede presentar una serie de conflictos entre la libertad económica de las Isapres, y el nivel de servicio y acceso que requieren los usuarios, que por lo demás no tienen más elección que las instituciones mencionadas, ya que el sistema chileno de cotización obligatoria impide que alguien las pueda utilizar en otro seguro privado a nivel nacional o internacional. Sin embargo, esta fue la dualidad con la que ha funcionado el sistema, y que lleva a un importante cambio legislativo el año 2005, respecto al acceso de las prestaciones en materia de salud.

En efecto, según la información de la Superintendencia de Salud, en diciembre de 2003 existían más de 2.400 tablas de factores para determinar los precios de las Isapres⁷. Ello demuestra que la dualidad comentada cedía a favor de la libertad de las entidades prestadoras de salud. Las fallas del sistema consistían no sólo en la imaginable falta de igualdad en las condiciones de los usuarios, sino que márgenes bastante amplios para que las Isapres determinaran el precio de los planes.

Todo ello se modifica en 2005 con la dictación de la Ley N° 20.015 que entre otros cambios restringe la libertad de las Isapres para determinar el precio de los planes de salud, y la adecuación anual de los mismos.⁸ Luego de dicha modificación la ley se encarga de determinados tramos conforme a los que se podrá determinar sólo una tabla para cada plan, y un máximo de dos para los planes que ofrezca cada Isapre. Los criterios se establecen sobre la base de los factores de riesgo, que corresponden a la edad, sexo y condición del cotizante.⁹ Es importante señalar que no fue la ley la que definió la tabla de factores, sino que la ley dispone los factores, a fin de que las Isapres elaboren las tablas de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Salud.

En resumen, la modificación de 2005 confirma que la naturaleza de servicio público que tienen los prestadores privados dentro del sistema, elemento que justifica la restricción de la libertad económica que las Isapres gozan en virtud del diseño constitucional del sistema, y del derecho a desarrollar actividades económicas. La reforma constituye un importante paso para la mejora del sistema, pero a la vez es la que se comienza a cuestionar en la justicia ordinaria (cortes de apelaciones y Corte Suprema), y constitucional (Tribunal Constitucional). Resulta esencial tener este dato en consideración, debido a que el cuestionamiento

promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones políticas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

⁶ Ídem.

⁷ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 30° del voto de minoría de la Ministra Peña.

⁸ El artículo 38 se señala que las ISAPRES podrán revisar los contratos de salud pudiendo adecuar sus precios, prestaciones y la naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan, excepto en lo que se refiere a las condiciones particulares pactadas con cada uno de ellos al momento de su incorporación, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado; condiciones que deberán ser las mismas para los nuevos contratantes en el respectivo plan.

⁹ El artículo 38 ter establece que las Isapres deberán aplicar a los precios base, él o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la tabla de factores fijada de acuerdo a las instrucciones de aplicación dictadas por la Superintendencia, que establece los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

del TC para ser una reforma legal negociada y ampliamente debatida en el Congreso en 2005, lo cual incide en el nivel de legitimidad política que pueda tener el TC en relación a la materia.

Cuestionamientos de constitucionalidad de la tabla de factores

En la década recién terminada los recursos de protección en contra de Isapres han tenido un aumento explosivo. Como muestra Soto¹⁰, pasamos de 85 acciones impetradas en contra de estas entidades en los años 90, a cerca de 5000 en la pasada década. A mi juicio, la principal razón es la forma en que los chilenos hemos empezado a comprender ciertas instituciones, y a ejercer los mecanismos de control existentes, todo lo cual puede caer dentro de una suerte de control social de ciertos elementos. Ello se explica en la valoración que se ha tenido de los contratos de Isapres, que de meros seguros de salud, han sido paulatinamente entendidos dentro de la última década como servicios públicos, que aunque operados por privados en virtud del rol subsidiario del Estado, están sujetos a ciertas obligaciones para asegurar su finalidad. Esta nueva forma de entender la relación contractual con las Isapres también va teniendo acogida en los tribunales ordinarios de justicia, que de acuerdo a la información disponible, han sido ampliamente proclives a resolver a favor de los usuarios.

Desde el punto de vista constitucional, tanto jueces como usuarios van interpretando el derecho a la salud y el rol de los prestadores privados de un modo distinto a la interpretación que pudo haber tenido la doctrina y jurisprudencia de los años 80. El debate ante las Cortes de Apelaciones logra traspasarse luego al TC, que en cuatro oportunidades declara la inaplicabilidad del mencionado artículo 38 ter de la Ley de Isapres. El primero de los fallos, *Peña Wasaff*, de 26 de junio de 2008¹¹, el Tribunal demuestra una importante evolución en materia constitucional para el caso chileno. Si con anterioridad se discutía la naturaleza y validez de los derechos sociales, considerados por algunos como meras expectativas o aspiraciones, a diferencia de los derechos de libertad, ahora el TC reafirma la naturaleza de derechos como reconocimiento a la dignidad de la persona y exigibles en el ordenamiento jurídico.

Esto puede parecer un reconocimiento algo tardío en un contexto de derecho comparado, donde los ordenamientos constitucionales y sus operadores jurídicos (jueces, agentes del Estado y la doctrina) han admitido ampliamente el valor y exigibilidad de tales derechos, aunque con diferencias en cuanto a su estructura y cumplimiento en la legislación. En nuestro caso, en cambio, dicho reconocimiento llega varias décadas después, tal vez como demostración de que los derechos sociales no necesariamente se oponen a los espacios de libertad que Chile ha logrado construir con la actual Constitución. Aunque creo ver un meritorio avance en este sentido, *Peña Wasaff* (también conocida como Isapres I), no logra hacer la distinción entre cómo se desarrollan los derechos sociales, cuya estructura marca una esencial diferencia con los derechos de libertad (i.e. el rol del legislador y de las políticas públicas). Esta falta de reconocimiento sería fundamental para entender el proceder del TC en las sentencias posteriores, en particular la del 6 de agosto de este año que declara la inconstitucionalidad de parte del mencionado artículo 38 ter.

En los sucesivos fallos, el TC declara inaplicable para el caso particular¹², es decir sólo para la gestión judicial que se encuentra pendiente, el mencionado artículo que entrega el sustento legal de la tabla de factores. En

10 Soto, Sebastián. Fallo Isapres; Una mirada de los derechos sociales y al rol de los jueces, en Fernando V., Arturo y Delaveau S., Rodrigo (eds.), 2009. "Sentencias Destacadas", Ediciones Libertad y Desarrollo.

11 Tribunal Constitucional, Rol 976-07-INA, de fecha 26 de junio de 2008.

12 Constitución Política de la República, artículo 93 n° 6: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución."

los cuatro casos¹³ se trata de afiliados que aumentan su factor de riesgo por cumplir cierta edad, y habiendo sido notificados por la Isapre del aumento en el precio de sus planes, han accionado en contra de ésta. Los argumentos jurídicos utilizados por el TC en los cuatro casos anteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad, son la infracción a la razonabilidad para el criterio etario, al ser un elemento de riesgo que no depende de la voluntad del afiliado, vulnerando el derecho de los recurrentes a la libre elección entre los sistema privado y público, a la seguridad social, y al derecho de propiedad.

El fallo de inconstitucionalidad y sus efectos: primera evaluación del sistema

En el sistema chileno se puede requerir la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, o aún de oficio el TC hacerlo, siempre que previamente se haya declarado la inaplicabilidad del mismo precepto¹⁴. En el presente caso que comentamos, ocurrió que luego de las cuatro declaraciones de inaplicabilidad recaídas sobre el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, el TC decidió de oficio pronunciarse sobre la inaplicabilidad.

En dicho proceso, además de oficiar al Presidente de la República, se concedió audiencia de los posibles afectados, y en general a cualquier persona o entidad con algún interés en dicha declaración. El fallo del TC en su parte considerativa, comienza analizando los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, continúa luego en la sentencia destacando la importancia de los efectos que tiene la inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico, en especial en cuanto al impacto de dejar un vacío normativo.

Luego se encarga de hacer presente las diferencias entre la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal y la declaración de inaplicabilidad. Si en ésta, el TC efectúa un análisis concreto en la gestión judicial pendiente determinada en la que el artículo 38 ter pueda tener aplicación por el juez en la sentencia definitiva, en aquella se intenta busca comprobar que en todas las hipótesis de su aplicación, el precepto sería inconstitucional.

1. Análisis de la norma impugnada (artículo 38 ter de la Ley de Isapres)

En relación a la igualdad de género y etárea

Como se sabe, la tabla de factores establece como uno de sus criterios la diferenciación entre el hombre y la mujer para efectos del riesgo. En tal sentido, se consideran más riesgosos a la mujer en edad fértil y al hombre de tercera edad, junto a los menores de 2 años. Por ello, el TC se refiere a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, en cuyo artículo 12.1 dispone que “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.”¹⁵. Se señala también que en relación al criterio relacionado con la condición del cotizante, se obedece a una situación en la que el contratante se expone libremente, a diferencia de lo que ocurre con la edad y el sexo del usuario del sistema¹⁶.

¹³ Roles N°s. 976, 1218, 1287 y 1273.

¹⁴ Constitución Política de la República, artículo 93 n° 7.

¹⁵ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 102°.

¹⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 109°.

El TC en su sentencia considera que la distinción por género no es razonable en el presente caso, lo cual concuerda con el primer criterio que comúnmente ha seguido la doctrina para distinguir entre una diferencia o discriminación arbitraria y no arbitraria. Argumenta asimismo que no hay razón suficiente para establecer la diferencia, por lo cual la considera como carente de razonabilidad, y en consecuencia inconstitucional en tal sentido¹⁷.

Pero como el criterio de razonabilidad no es el único que se utiliza en estos casos, el TC también ha entrado en el examen de si se establecen desigualdades sobre elementos esenciales¹⁸. En otras palabras, el TC se pregunta si hay elementos comunes entre personas de distinto género que impidan un trato distinto en esta materia¹⁹. Al respecto llega a la convicción que hay un trato desigual entre personas que comparten un sustrato esencial común, por lo que considera la diferencia como inconstitucional.

En relación a los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social

El TC reafirma el carácter de derecho social que desarrolló en la primera sentencia de inaplicabilidad que indicamos anteriormente²⁰. Sobre esta base, se mantiene la naturaleza de un derecho positivo o de prestación, es decir, de aquel en el cual existe un deber del Estado en cuanto a realizar un acto encaminado en este caso a garantizar la ejecución de las acciones de la salud.

En esta oportunidad, también se intenta determinar si es constitucionalmente permisible que el artículo 38 ter confiera un amplio poder de regulación a la superintendencia del ramo. La duda está en si se está cumpliendo el denominado principio de reserva legal, conforme al cual la Constitución reserva a un desarrollo por ley la regulación de una serie de materias, entre las que se encuentra la garantía de derechos fundamentales, quedando vedado un excesivo desarrollo a nivel reglamentario, que en este caso estaría dado por los actos dictados por el Superintendente de Salud.

El TC en esta materia considera que hay una necesaria colaboración entre la ley y el reglamento, por lo que desecha una vulneración a la reserva legal²¹. Sin embargo, no se hace cargo del hecho que la Ley de Isapres convoque no a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, sino que al regulador en materia de Isapres. Sin perjuicio de compartir la necesidad del actuar normativo de los reguladores sectoriales –como es el caso de la Superintendencia de Salud- habría sido conveniente también hacer mención a cómo se cumplen los requerimientos de una reserva legal cuando el convocado no es el Presidente de la República como tradicionalmente había sido la tónica del debate durante las últimas dos décadas.

Igualmente el TC se refiere a la vulneración a la reserva legal, pero lo hace sobre la razón de que el legislador le ha dado demasiado margen a la Superintendencia en la determinación de las tablas. Si en el articulado transitorio de la Ley se habla de una diferencia máxima del factor etario por 9 veces en el caso de la mujer, y de 14 en el caso del hombre, el artículo 38 ter no contempla dichos límites impuestos por el legislador a la discrecionalidad que puede ser ejercida por la Superintendencia²².

¹⁷ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 146°.

¹⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 148°.

¹⁹ Sobre la materia, véase Fermandois, A., 2006. “Derecho Constitucional Económico: tomo I”. Ediciones Universidad Católica.

²⁰ Tribunal Constitucional, Rol 976-07-INA, de fecha 26 de junio de 2008.

²¹ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 148°.

²² Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 158°.

En cuanto al derecho a la seguridad social, el TC se encarga de enfatizar la estrecha relación que tiene con el derecho a la protección de la salud. Entre los principios que informan el régimen de seguridad social se encuentra el de solidaridad²³ en cuanto al financiamiento del sistema.

En suma, en relación con ambos derechos, el TC afirma expresamente que *“el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente...”*²⁴. Con ello, el TC confirma la naturaleza de servicio público de las prestaciones de salud ofrecidas por las Isapres. De esta manera, considera que al no establecerse en la ley criterios que permitan un precio razonable y proporcionado a la renta del usuario, se vulneran estos dos derechos fundamentales.

2. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

El TC declara inconstitucionales los números 1 al 4 del artículo 38 ter de la ley de Isapres, que establece que *“cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas: (1) El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; (2) Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; (3) La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; (4) La Superintendencia deberá fijar, cada diez más alto de cada tabla, diferenciada por sexo”*.

Sin embargo, como se dijo al principio, la declaración de inconstitucionalidad supone la “derogación” o expulsión del precepto sujeto a examen, lo que implica un vacío normativo sobre la materia que regulaba. La sentencia de inconstitucionalidad en nuestro sistema sólo rige para futuro, sin tener efectos retroactivos²⁵. Así ha sido el sistema que se ha escogido para Chile cuando se reformó la Constitución en 2005. Pero se trata de un diseño que presenta ciertas ventajas, en cuanto a que la función del TC queda restringida, sin alterar los efectos de la norma que ha declarado inconstitucional, y que han sido previstos por el legislador. Es precisamente el mayor grado de legitimidad democrática que goza el legislador el que justifica que se asegure que los efectos de las leyes aprobadas en un proceso democrático y deliberativo sean respetados en tanto no exista un pronunciamiento del TC en contrario. En otras palabras, en la reforma de la Constitución se optó por un TC más bien controlado con respecto al impacto político que puede tener el hecho de declarar una decisión legislativa en vigor como contraria a la Constitución, derogándola. Como señala el propio TC en su sentencia *“El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores.”*²⁶

Sin embargo, también se trata de un sistema que presenta situaciones de incertidumbre jurídica. ¿Qué ocurre, por ejemplo con los planes de salud que se determinaron sobre criterios que fueron declarados posteriormente inconstitucionales? ¿En qué situación quedan las acciones que en el momento de la declaración de inconstitucionalidad se intentan, y que impugnan el precepto legal (los numerales del artículo 38 ter en este caso)? ¿Debe el juez que decide ese asunto aplicar una ley que ya el TC declaró como inconstitucional? Por último, ¿cómo actúan los destinatarios de la norma que ha sido declarada inconstitucional? ¿Tienen los usuarios el derecho a pedir una inmediata revisión de sus planes?

²³ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 161°.

²⁴ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 154°.

²⁵ Constitución Política de la República, artículo 94 inciso 3°.

²⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 171°.

El TC logra despejar algunas de estas interrogantes. En primer lugar, deja entrever que dadas las características de la norma, el vacío legal que deja el fallo no puede ser llenado por el regulador, sino que se debe esperar la decisión legislativa²⁷. En términos simples, podríamos decir que esto significa que se produce una situación de “congelamiento de los planes de salud” en tanto el Presidente de la República no ingrese el proyecto de ley respectivo al Congreso, ya que se trata de una materia en la cual sólo le correspondería al Presidente la iniciativa.

En segundo lugar, aclara que los contratos de salud celebrados con las Isapres corresponden a lo que en términos jurídicos se denomina de tracto sucesivo²⁸, es decir aquellos cuyos efectos se extinguen y nacen con el tiempo, sin que el contrato se perfeccione en un solo momento, como generalmente ocurre con otros contratos, como sería el caso del contrato de compraventa. Esto quiere decir que los precios de los planes de salud no pueden permanecer intactos con la nueva situación jurídica que crea el TC con su sentencia, sino que se tienen que incorporar los nuevos criterios que determine el legislador en el futuro.

3. ¿Efectos extrajurídicos?

El TC estaba consciente de los efectos políticos y económicos de su sentencia. Sin embargo, la postura mayoritaria se inclinó a favor de separar al menos intelectualmente la decisión jurídica concreta que se estaba adoptando en la sentencia, con los efectos que ésta podía tener, como se observa a continuación:

“CUADRAGESIMOCUARTO: Que es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado.”

¿Se trata de efectos extrajurídicos, como dice el voto mayoritario del TC? Considero que está lejos de ser así, por dos razones. La primera es que en las decisiones del TC pueden eventualmente producirse vacíos de importancia, falta de consistencia en el ordenamiento jurídico, o simplemente que el vacío jurídico sea utilizado para agravar los mismos efectos de inconstitucionalidad inicialmente perseguidos. El TC no es un legislador, por lo que no se le puede exigir que sus decisiones produzcan coherencia en el sistema normativo. Sin embargo, esto no implica que el TC visualizando la situación de incertidumbre jurídica y económica que acarrearía la declaración de inconstitucionalidad, se abstenga de pronunciarse sobre ello, resguardándose en su carácter técnico. Precisamente aquel carácter también lo obliga a precaver que el efecto de sus decisiones no implique otra situación de inconstitucionalidad.

La segunda razón por la que no comparto el criterio del TC se vincula precisamente con el rol que le compete al TC dentro del sistema. El que el objeto de decisiones que deba tomar el TC sea de carácter técnico y estrictamente jurídico en el análisis y fundamentación de sus sentencias no significa que no sea un actor político. Efectivamente lo es, en el sentido de que sus decisiones afectan asuntos que han sido decididos en el foro más político y deliberativo que dispone la estructura institucional: el Congreso Nacional. El pretender que derogar un acto que es fruto de un acuerdo democrático entre distintos sectores políticos representados en el Congreso Nacional no sea político, no lo comparto. Un tema es que la decisión del TC se adopta con criterios jurídicos y no de oportunidad política, lo que en definitiva es una garantía que la Constitución entrega

²⁷ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 171°.

²⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 170°.

para que no se adopten decisiones contra las mayorías establecidas. Otra cosa distinta es que, una vez que el órgano ha decidido que una ley del Congreso se aparta de nuestro acuerdo político fundamental (la Constitución), y debe ser eliminada por tal motivo, con todo el impacto político que ello conlleva.

El voto de minoría de la Ministra Marisol Peña resulta más convincente a mi juicio en orden a evaluar el impacto de la decisión, con criterios jurídicos, pero en un contexto político. En otras palabras, esto convierte en un rol del juez constitucional que sabe que sus decisiones obedecen a criterios estrictamente legales, pero que sus decisiones tienen un impacto social, económico, cultural o religioso que puede también incidir en el respecto a los derechos fundamentales de los que se encuentra decidiendo.

En resumen, la decisión a mi juicio puede ser perjudicial en cuanto a situar al juez constitucional en una posición fuerte que no considera en la sentencia el impacto de sus decisiones. Aún cuando tengo la profunda convicción de la gran importancia del TC en el sistema institucional, considero que este problema entrega una mayor cabida a quienes critican dicha institución²⁹. Aunque, insisto, no creo en la ilegitimidad del TC, esta sentencia puede dar pie a que se desarrolle la tesis de algunos autores nacionales que consideran que el TC es en la práctica una “tercera cámara”. En suma, la decisión de declarar inconstitucional el artículo 38 ter involucra por una parte un problema político, porque invalida una decisión democráticamente adoptada. Por otra parte, implica también un análisis de constitucionalidad del vacío que dejaría la sentencia.

Problemas de incertidumbre tras el fallo: segunda evaluación del sistema

Si era previsible la falta de certeza jurídica entre los usuarios de las Isapres y el resto de los agentes del mercado o servicio respectivo, dicha situación comenzó a incrementarse a lo largo de los pocos meses que han transcurrido desde la dictación de la sentencia. Fuera de la situación que podría afectar a los actores del sistema de salud, en sede de jurisdicción constitucional, el TC se ha pronunciado en dos oportunidades acerca la aplicación del artículo 38 ter³⁰. Aún cuando la decisión del TC rige sólo para futuro, los recurrentes presentaron recursos de protección ante la justicia ordinaria antes del pronunciamiento del TC, impugnando actos acaecidos también con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad. En ambos casos, quienes solicitan el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, ejercen la acción de inaplicabilidad ante el TC, a fin de que éste ordene que el artículo 38 ter de la Ley de Isapres sea declarado inconstitucional para el caso específico, no pudiendo ser aplicado en la sentencia ante la justicia ordinaria.

El primer fallo, de fecha 28 de octubre de este año acoge un requerimiento de un usuario, a quien se le efectuó un alza de su plan de acuerdo a la tabla de factores que tiene su raíz en el artículo 38 ter. El TC en ese caso recuerda que de acuerdo a la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes (artículo 22), las leyes vigentes al momento de la celebración del contrato se entienden como parte del mismo, incluso después de derogadas³¹. Con esto, se produce la denominada ultractividad de la ley, es decir que se tenga que aplicar una ley no vigente en el ordenamiento, pero que cuando se celebró el contrato lo estaba. Sin embargo, el TC manifiesta que ello no es posible cuando se ha declarado la inconstitucionalidad de una ley, ya que no sería posible “igualarse jurídicamente la legitimidad que brinda una ley posteriormente derogada con la legitimidad

²⁹ Atria L., Fernando, “El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”, Revista Chilena de Derecho, 1993. Vol. 20, N° 2-3, 367-378.

³⁰ Tribunal Constitucional, Rol 1552-09-INA, de fecha 28 de octubre de 2010; Rol 1677-10-INA, de fecha 16 de noviembre de 2010.

³¹ Tribunal Constitucional, Rol 1552-09-INA, de fecha 28 de octubre de 2010, considerando 6°.

de que está dotada aquella situación cubierta por el efecto irroactivo de la norma declarada inconstitucional.”³²

En este caso, el voto de minoría de la Ministra Marisol Peña se funda en dos aspectos. En primer término, en que la declaración de inconstitucionalidad del TC está restringida no a todo el artículo 38 ter, sino sólo a los numerales 1 al 4. Por ello, dado el carácter específico y restringido de la declaración de inconstitucionalidad, no es posible extender la inconstitucionalidad a preceptos distintos que los declarados inconstitucionales³³. Relacionado con ello, el voto de minoría destaca el hecho de que el contrato no forma parte de la reforma de 2005, que es la norma impugnada, ya que según consta en la causa, el contrato se celebró en 2001, y no hubo cambio de plan que ameritara la aplicación del nuevo 38 ter. En consecuencia, se estaba intentando accionar contra una norma que no tenía aplicación en ese caso específico³⁴.

Un segundo fallo, de fecha 16 de noviembre de 2010³⁵, llevó al TC a acoger un alza de 0,097 UF en el plan de un cotizante que cumplió 31 años de edad, aumentando su factor de riesgo, aunque disminuyéndolo por el factor de riesgo de su hijo, que cumplió 5 años de edad. En el presente caso, el TC nuevamente alude al efecto de la sentencia de inconstitucionalidad, que impide aplicar aquella parte del artículo 38 ter, aún cuando estaba vigente al momento del contrato, por las mismas razones explicadas precedentemente en el fallo de fecha 28 de octubre³⁶.

Por su parte, nuevamente la Ministra Peña no comparte la decisión de la mayoría del TC, en razón del efecto futuro de las sentencias de inconstitucionalidad que contempla la Constitución³⁷. Sin embargo, sostiene que el presente caso existe la duda sobre la aplicación de una norma que puede ser eventualmente inconstitucional (el artículo 38 ter de la ley de Isapres), y en tal sentido entra al análisis de la misma³⁸. Finalmente, llega a la conclusión de que la aplicación de dicha norma no produce una inconstitucionalidad, atendida la situación de particular del requirente que presenta la acción de inaplicabilidad³⁹.

En resumen, luego de tres meses de dictado el fallo, aún no queda claro si las situaciones anteriores a la declaración de inconstitucionalidad deben ser incluidas también en posteriores causas de inaplicabilidad. En otras palabras, la duda consiste en si debe ser aplicado a un precepto que con posterioridad fue declarado inconstitucional. Para la mayoría del TC ello sería imposible, ya que dicha norma carecería de legitimidad para ser aplicada. En opinión de la minoría del TC, es posible aplicar dicho precepto, ya que los efectos de la sentencia del 6 de agosto sólo rigen para futuro, y no para evaluar situaciones jurídicas originadas con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad.

El resultado de estas dos sentencias ha sido a mi juicio poco feliz. En primer lugar, ha generado una mayor incertidumbre entre usuarios y prestadores de salud sobre el futuro de la tabla de factores, y acerca de los planes actualmente existentes. Ello se ve reflejado en la circunstancia que el Gobierno haya anunciado poco

³² Tribunal Constitucional, Rol 1552-09-INA, de fecha 28 de octubre de 2010, considerando 8°.

³³ Tribunal Constitucional, Rol 1552-09-INA, de fecha 28 de octubre de 2010, voto de minoría Ministra Marisol Peña, considerando 4°.

³⁴ Tribunal Constitucional, Rol 1552-09-INA, de fecha 28 de octubre de 2010, voto de minoría Ministra Marisol Peña, considerando 13°.

³⁵ Tribunal Constitucional, Rol 1677-10-INA, de fecha 16 de noviembre de 2010.

³⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1677-10-INA, de fecha 16 de noviembre de 2010, considerando 2°.

³⁷ Tribunal Constitucional, Rol 1677-10-INA, de fecha 16 de noviembre de 2010, voto de minoría Ministra Marisol Peña, considerando 8°.

³⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1677-10-INA, de fecha 16 de noviembre de 2010, voto de minoría Ministra Marisol Peña, considerando 11°.

³⁹ Tribunal Constitucional, Rol 1677-10-INA, de fecha 16 de noviembre de 2010, voto de minoría Ministra Marisol Peña, considerandos 20° a 23°.

después del segundo pronunciamiento que ingresaría un proyecto de “ley corta de Isapres II”⁴⁰, el que finalmente no fue ingresado por falta de acuerdo parlamentario⁴¹.

Un segundo resultado, aún más importante, dice relación con la declaración de inconstitucionalidad. Parece clara la redacción del artículo 94 de la Constitución en cuanto a que el precepto que sea declarado inconstitucional –en este caso los numerales 1 al 4 del artículo 38 ter de la ley de Isapres- “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.” En la práctica, los votos de mayoría del TC han reconocido un efecto retroactivo, justificado en la falta de legitimidad de la norma que posteriormente fue declarada inconstitucional.

Conclusiones

1. Tanto en la declaración de inconstitucionalidad del TC, de fecha 6 de agosto de 2010, como en las dos sentencias de inaplicabilidad pronunciadas con posterioridad (28 de octubre y 16 de agosto), el TC ha actuado decididamente en contra de una ley dictada por el Congreso Nacional en un período de normalidad política y constitucional, durante el gobierno del Presidente Lagos. Para hacerlo, la mayoría del TC ha fundado su decisión en los vicios de inconstitucionalidad mencionados: falta de razonabilidad en la distinción por edad y sexo, vulneración del derecho a la protección de la salud, y derecho a la seguridad social.
2. La sentencia con efecto derogatorio de otra decisión adoptada por el acuerdo político del Presidente y de la mayoría parlamentaria constituye en parte de la doctrina –que yo no comparto- un factor de ilegitimidad del sistema político chileno. Sin embargo, considero que el TC perdió la oportunidad de demostrar una extrema prudencia que merece el ejercicio de su potestad, al no evaluar adecuadamente los efectos de la sentencia, que luego de tres meses de dictada, se puede considerar por muchos como faltos de certeza jurídica y económica.
3. Más discutible ha sido a mi juicio la forma en que se han resuelto por su mayoría las dos inaplicabilidades. El TC parece ir más allá, entrando a cuestionar la legitimidad de una norma y sus efectos que con posteridad fue declarada inconstitucional. Con esa justificación el TC morigeró las reglas del efecto de las leyes en vigor que son incorporadas en los contratos (todo ello, recogido en la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes), como asimismo la norma expresa del efecto no retroactivo de la sentencia del TC que declare la inconstitucionalidad (artículo 94 de la Constitución).
4. Teniendo la profunda convicción del importante rol que debe jugar el TC como guardián de la Constitución y del sistema institucional, temo que estas sentencias tengan el efecto en la doctrina constitucional más crítica de su rol de sustentar con mayores argumentos sus pretensiones.

⁴⁰ La Tercera, 13 de noviembre de 2010.

⁴¹ La Tercera, 17 de noviembre de 2010.