

ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2024
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES

FACULTAD
DE DERECHO



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2024

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2024

© VV. AA., 2024

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2024

Primera edición: noviembre de 2025

ISBN 978-956-314-643-1

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Edición: Domingo Lovera

Corrección y estilo: Lorena Sánchez García

Diseño: Mg estudio

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2024 UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

DIRECTORES

Domingo Lovera
Reynaldo Lam

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas Becerra
Javier Couso Salas
Jorge Correa Sutil
Rodolfo Figueroa García-Huidobro
Matías Guilloff Titun
Dominique Hervé Espejo
Domingo Lovera Parmo
Judith Schönsteiner



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Presentación	11
DERECHO CONSTITUCIONAL	15
<i>Claudia Heiss</i> , “A 20 años de la reforma constitucional de 2005: una mirada desde la ciencia política”	17
<i>Gustavo Poblete Espíndola</i> , “La responsabilidad del Estado por actuaciones policiales”	25
<i>Angélica Torres Figueroa</i> , “Fuerzas Armadas y control del orden público”	43
<i>Gabriel Acuña Valencia</i> , “Reflexiones sobre el Gobierno Judicial y posibles cambios a un nivel comparado”	55
<i>José Francisco García</i> , “Presidencialismo expansivo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 15.180-2024”	77
<i>Danitza Pérez Cáceres</i> , “La educación no sexista en la Ley integral contra la violencia: comentarios a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional del 08 de abril de 2024”	99

DERECHO ADMINISTRATIVO	115
<i>Guillermo Jiménez, “El nuevo sistema de contratación pública”</i>	117
<i>Vicente Bustos Sánchez y Sebastián Winter Del Bosco, “Crónica de un león sin dientes. Las paradojas de la potestad sancionadora en la trayectoria del Servicio Nacional del Consumidor”</i>	139
<i>Ignacio Peralta, “La acción de protección y la desprotección de la salud: el caso de los remedios de alto costo”</i>	163
DERECHO AMBIENTAL	183
<i>Claudio Sebastián Tapia Alvial, “El nuevo derecho penal ambiental económico: riesgos, nudos y desafíos”</i>	185
<i>Paloma Infante Mujica, “Novedades y desafíos de la Ley para la Naturaleza-SBAP para la conservación de la biodiversidad en Chile”</i>	205
<i>Juan Pablo Leppe Guzmán, “El caso ‘Asociación de municipios del lago Llanquihue con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos’”</i>	225

DERECHO TRIBUTARIO**241**

Martín Vila, “Al finalizar la vigencia de la Ley I+D. Una evaluación necesaria”

243

Rodrigo Rojas Palma, “¿Cuál es el tratamiento tributario de la explotación del litio en Chile? Un análisis a la luz de recientes Fallos Judiciales”

265

Sergio Alburquenque, “ ‘Prácticas patológicas’ del Servicio de Impuestos Internos: a propósito de la sentencia del tribunal constitucional Rol 14.252-23-INA, de 16 de enero de 2024”

283

Bárbara Vidaurre Miller, “¿Al fin paz, o sólo una pausa? Aplicación del impuesto municipal a las inversiones pasivas. Revisión de fallo de la Corte Suprema, en causa Rol 137.873-2022 de junio 2024, y su relación con el principio constitucional de la legalidad de los tributos”

299

CÁTEDRA HUNEEUS**309**

Cheryl Saunders, “Reflections on Constitution making in Chile, 2019-2023”

311

PRESENTACIÓN

El Derecho Público continúa siendo un terreno fértil en el panorama nacional. A pesar de haber concluido, ya hace un tiempo, dos procesos constituyentes, son muchos los temas de análisis que, desde la academia o la experiencia constitucional vivida, pueden y deben ser valorados. Por ello, la presente edición del Anuario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales —la número 13, para ser precisos— continúa siendo un espacio para reflexionar sobre los principales acontecimientos sociales, políticos y económicos que presentan una mirada *iuspublicista* en Chile.

El debate nacional, desde el ordenamiento jurídico y con la Constitución Política de 1980 vigente, debe enfrentar las problemáticas acuciantes de la sociedad chilena y ofrecer soluciones jurídicas a tono con sus necesidades actuales. De esta manera, este número reúne a académicas y académicos nacionales e internacionales, con el objetivo de contribuir a una reflexión sobre los retos que continúa dejando el texto constitucional, luego de dos intentos de redefinir sus bases y preceptos.

De este modo, la obra que se presenta se divide en cinco secciones que incorporan debates dogmáticos o jurisprudenciales desde el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Ambiental y, por primera vez en las ediciones de este Anuario, el Derecho Tributario. Estos, a tono con la misión editorial de este proyecto, son redactados desde un lenguaje claro y sencillo para, ojalá, servir como una plataforma de divulgación y conocimientos para la ciudadanía y para la política pública.

La sección de Derecho Constitucional se abre con un trabajo en el que se conmemoran, críticamente, los 20 años de la importante reforma constitucional de 2005. Enseguida, se incluyen trabajos que estudian temas relativos al rol de la Fuerzas Armadas en el control del orden público o la responsabilidad del Estado por la actuación de las policías. Asimismo, se ofrecen análisis jurisprudenciales asociados a la Ley Integral contra la violencia o la llamada “Ley Corta de Isapres”, esta última con una reflexión sobre la interacción entre los poderes en el campo legislativo entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Por último,

una mirada nacional y comparada a los problemas de independencia e imparcialidad que presenta el Poder Judicial de Chile.

Como parte de las contribuciones en temas de Derecho Administrativo, sus autores escriben sobre la potestad sancionadora en el Servicio Nacional del Consumidor, la contratación pública a la luz de la reforma de la Ley de Compras Públicas y la línea jurisprudencial que concede acceso a remedios de alto costo tras la interposición de acciones de protección.

Desde la sección de Derecho Ambiental se ofrecen textos que analizan las consecuencias que la Ley de Delitos Económicos desencadena con la modificación de ilícitos que protegen el medio ambiente como bien jurídico. Igualmente, los principales desafíos que afronta la reciente implementación de la Ley N° 21.600, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y una mirada jurisprudencial a casos de actualidad nacional en materia ambiental.

En la sección de Derecho Tributario —como hemos dicho, esta es la primera edición del Anuario en la que hemos incluido una sección destinada, específicamente, al análisis tributario constitucional—, se reúnen autores y autoras para debatir sobre líneas jurisprudenciales que interpretan sobre el cobro de los tributos, las disfunciones en la práctica administrativa del Servicio de Impuestos Internos y los efectos del litio en la tributación minera. Por otro lado, se conversa sobre un estudio nacional y comparado sobre los incentivos tributarios en la investigación y desarrollo, otorgado por la Ley 20.241 de 2008.

Por último, en la sección reservada para la Cátedra de Derecho Constitucional, Jorge Huneeus Zegers, contamos con la contribución de la abogada y académica australiana Cheryl Saunders, expresidenta de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y profesora emérita de la Universidad de Melbourne. La profesora Saunders nos ofrece un interesante trabajo en el que reflexiona sobre las experiencias que dejan los dos procesos constitucionales vividos en el país, las que sitúa —incluso extrayendo lecciones— en la experiencia global de creación constitucional.

Como en todas sus ediciones pasadas, este Anuario no sería posible sin la colaboración de su comité editorial, cuyos integrantes sugieren temas a tratar, así como posibles autores y autoras. Estas últimas, a su turno, son en quienes descansa esta edición. Ellos y ellas ofrecen gentilmente sus trabajos y reflexiones, las que hacen posible, año a año, un nuevo número. La dirección del Anuario de Derecho Público y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales les transmiten su agradecimiento por acceder a la invitación y formar parte de este proyecto.

Además, como es tradición en esta publicación, la autoría de los artículos que se ofrecen para la lectura responde a la intención de cuidar una adecuada equidad de género.

Por último, la edición de estilo de este número estuvo a cargo de Lorena Sánchez García, quien con su agudeza y celeridad hizo posible que esta versión viera la luz mucho antes de lo previsto.

Sin más, nos complace invitarles a la lectura de sus diversos textos y a su reflexión, ya que los mismos se presentan con la finalidad de contribuir a la formación, a la cultura jurídica y a la discusión pública en el derecho público nacional.

Domingo Lovera

Reynaldo Lam

Directores del Anuario de Derecho Público

Santiago, septiembre de 2025.

DERECHO CONSTITUCIONAL

PRESIDENCIALISMO EXPANSIVO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL NO. 15.180-2024

José Francisco García¹

Resumen

Este trabajo examina críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional (Rol N° 15.180-2024) que acogió un requerimiento de un grupo de senadores que buscaba la declaración de inconstitucionalidad de una indicación parlamentaria que modificaba el proyecto de “Ley Corta de Isapres”. Esta pretendía incorporar una regla diferente de devolución de los cobros excesivos de las Isapres a sus afiliados (excedentes), en el marco del cumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema que lo ordenaban. El autor sostiene que los argumentos del TC vinculando la indicación objetada con el derecho a la seguridad social para declarar su inconstitucionalidad al infringir la iniciativa exclusiva legislativa presidencial, no resultan persuasivos. Además, repara que el TC no advierte las negativas consecuencias institucionales que su sentencia produce. Entre ellas, que el TC ha expandido el campo de la iniciativa exclusiva al sistema de salud, extendiéndose al conjunto de prestaciones generales a la población, su forma de financiamiento, incluyendo las cotizaciones, y su organización institucional. Con ello, altera (aún mas) el (des)equilibrio de poderes en el campo legislativo entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

¹ Profesor Asociado de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jfgarcia@uc.cl Agradezco los comentarios y sugerencias formuladas a un borrador inicial de este texto a los profesores Gastón Gómez, Sergio Verdugo, Eugenio García-Huidobro, Patricio Zapata y Andrés Vodanovic, y, especialmente, al ayudante de investigación Hardy Chodil.

1. Introducción

El 1 de abril de 2024, el Tribunal Constitucional (TC) acogió, en sentencia dividida 6-4,² un requerimiento presentado por un grupo de senadores oficialistas que buscaba la declaración de inconstitucionalidad de la indicación N° 8. Dicha indicación, propuesta por senadores de oposición, cuyo objeto era modificar el artículo 3° del denominado proyecto de “Ley Corta de Isapres”,³ introducía una regla diferente (de “mutualización”) de devolución de los montos cobrados en exceso por las Isapre a sus afiliados (los excedentes). Con la “Ley Corta” se buscaba dar cumplimiento a un conjunto de sentencias de la Corte Suprema de fines de noviembre de 2022,⁴ que ordenaron la devolución de los excedentes referidos, disponiendo criterios generales de implementación de lo resuelto sobre la aplicación de una única tabla de factores por parte de las Isapre.

Con todo, las divergencias respecto de temas nucleares del problema eran muchas: la magnitud de lo debido por las Isapre; las condiciones de subsistencia del sistema privado, tanto de aseguradoras (Isapre) como prestadores (clínicas); el impacto de la inminente crisis del sector privado en el congestionado sistema público de salud (tanto asegurador Fonasa como prestadores); entre otros.

Por lo demás, durante este proceso existieron diferencias importantes entre gobierno y oposición respecto de la estrategia legislativa para abordar el cumplimiento de las referidas sentencias.⁵ Una importante consistió en la presentación por parte de senadores de la oposición, de la indicación N° 8 impugnada (y que será en definitiva declarada inconstitucional por el TC en la sentencia objeto de análisis). Tras la sentencia del TC y una intensa negociación política, finalmente se logró aprobar el proyecto, publicándose la Ley N° 21.674 en el Diario Oficial

2 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024.

3 Boletín N° 15.896-11. En sentido estricto se trataba del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y 18.469, en las materias que indica, crea un nuevo modelo de atención en el Fonasa, otorga facultades y atribuciones a la Superintendencia de Salud y modifica normas relativas a las instituciones de salud previsual.

4 Por ejemplo, Corte Suprema, Rol N° 16.630-2022, 22-11-2022. Por lo demás, este conjunto de sentencias fueron objeto de gran controversia, tanto a nivel político como académico. Ver, por ejemplo, Tomás Izquierdo, “La sentencia del caso Isapres: Un análisis jurídico sobre su alcance”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 50, N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2023, pp. 149-161; e Ignacio Ried, “El efecto Erga Omnes de la Sentencia de la Acción de Protección: Un análisis desde el Derecho Procesal”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 51, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2024, pp. 99-129.

5 En efecto, por un lado, el gobierno presentó el proyecto original de la “Ley Corta”, Boletín N° 15.896-11, base de la futura ley, mientras, la oposición presentó el proyecto de reforma constitucional que incorpora una disposición transitoria que regule las bases para la determinación de las tarifas de los planes de salud y la implementación de sus ajustes de precios, Boletín N° 15604-07, que, por lo demás, fue objeto de un requerimiento parlamentario (senadores oficialistas), no acogido por el TC. Ver Tribunal Constitucional, Rol 14.397-2023, 01-08-2023.

el 24 de mayo de 2024, en medio de un ambiente generalizado de críticas a la legislación aprobada, y sin perder de vista la necesidad y urgencia de una reforma “larga” al sector salud.

El requerimiento ante el TC formuló dos argumentos: primero, dado que la indicación N° 8 debe ser considerada una materia vinculada al derecho a la seguridad social (y no sólo a la salud), en consecuencia, invade ilícitamente el campo de la iniciativa exclusiva.⁶ Segundo, al tratarse de una materia de seguridad social, infringe el mandato de ser aprobada por ley de quorum calificado,⁷ en circunstancias que había sido aprobada por mayoría simple. La sentencia del TC acogió el primero de los dos argumentos y estimó innecesario referirse al segundo.

Este comentario tiene por objeto examinar críticamente las justificaciones entregadas por el TC para declarar la inconstitucionalidad de la indicación objetada. Para ello, describo los argumentos de los diversos actores institucionales en disputa (sección 2). Enseguida doy cuenta de los fundamentos jurídicos centrales de la sentencia (sección 3), y del voto disidente (sección 4). Luego, examino críticamente la sentencia, limitándome a tres aspectos: si es persuasiva a la hora de demostrar la “íntima relación” entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social en conexión con la indicación impugnada; la forma en que utiliza sus propios precedentes; y, la manera en que aborda el estatuto constitucional de la iniciativa exclusiva. Me interesa desarrollar una perspectiva contextualizada para resolver la controversia que se somete al conocimiento del TC, y también ofrecer una aproximación sobre las posibles consecuencias institucionales que dicha sentencia podría generar (sección 5). Finalizo con conclusiones (sección 6).

2. Argumentos en disputa: senadores requirentes, Senado y Presidente de la República

Como ya lo advertí, los parlamentarios requirentes plantearon que la indicación N° 8 vulneraba la Constitución al transgredir la iniciativa exclusiva legislativa presidencial en materias de seguridad social.⁸

En su requerimiento, argumentaron que la indicación regula aspectos inherentes al sistema de seguridad social al definir la forma de devolución de excedentes

6 Art. 65 inciso cuarto N° 6 CPR.

7 Art. 66 CPR.

8 Art. 65 inciso cuarto N° 6 CPR.

derivados de cobros en exceso por parte de las Isapre. De esta forma, y según su interpretación, dicha regulación pertenece al ámbito exclusivo del Presidente de la República y no puede ser modificada por parlamentarios mediante indicaciones parlamentarias al proyecto de ley. Asimismo, recalcaron que la jurisprudencia del TC ha sido consistente en reconocer la conexión indisoluble entre el derecho a la protección de la salud⁹ y el derecho a la seguridad social.¹⁰ En segundo lugar, también alegaron que el procedimiento legislativo utilizado no habría dado cumplimiento al quórum calificado requerido para aprobar leyes relativas a seguridad social, violando así el artículo 66 CPR. Agregaron que ello generaría inseguridad jurídica al desconocer los límites establecidos para el legislador.

Por su parte, el presidente del Senado, en representación de este, sostuvo que la indicación cuestionada no regula materias de seguridad social, sino aspectos relativos al derecho de protección de la salud. Dichos aspectos no se encuentran sujetos a la iniciativa exclusiva presidencial. Argumentaron que la regulación propuesta se limita a establecer un mecanismo de devolución de cobros en exceso, derivado de una sentencia judicial de la Corte Suprema, lo que no implica la imposición de nuevas obligaciones ni la modificación del sistema de seguridad social. Subrayaron que el artículo 19 N° 9 y el artículo 19 N° 18, ambos de la CPR, reconocen derechos fundamentales diferentes y que los actores realizan una interpretación extensiva de las competencias presidenciales, contraria al carácter excepcional y restrictivo que la Constitución atribuye a la iniciativa exclusiva presidencial. Para los requirentes, este límite sería consistente con la jurisprudencia del TC. Asimismo, señalaron que la indicación no implica gasto fiscal ni afecta el equilibrio de las finanzas públicas, lo cual sería uno de los fundamentos históricos y doctrinarios de la reserva de iniciativa exclusiva presidencial. Así, mal podría afectar siquiera el espíritu de la norma. En efecto, al regular relaciones patrimoniales entre privados, en este caso, entre las Isapre y sus afiliados, no se estaría afectando las finanzas públicas. Finalmente, plantearon que la regulación en cuestión es un acto de cumplimiento de una sentencia judicial dictada por la Corte Suprema, lo que reforzaría su carácter excepcional y necesario dentro del marco de autonomía legislativa del Congreso.

Por su parte, el Presidente de la República en sus observaciones se refirió al concepto de seguridad social (sobre la base de lo desarrollado por la OIT y el Comité DESC-ONU); y la jurisprudencia del TC en esta materia, citando como

9 Art. 19 N° 9 CPR.

10 Art. 19 N° 18 CPR.

precedente la sentencia Rol N° 1710-2010, con el objeto de reconocer el vínculo entre el derecho de protección a la salud y el derecho a la seguridad social. Luego, el presidente desarrolló una argumentación similar a la contenida en el requerimiento acerca de la necesaria aplicación del estatuto de la iniciativa exclusiva legislativa presidencial y del quórum de mayoría absoluta correspondiente. Solicitó, en definitiva, que se acoja el requerimiento y se declare la inconstitucionalidad de la indicación objetada.

Finalmente, diversas instituciones del sector privado de salud presentaron escritos y un informe en Derecho formulando observaciones críticas al requerimiento, defendiendo la constitucionalidad de la indicación objetada.

3. La sentencia del TC

Seis ministros del TC, en sentencia redactada por el ministro Mera, consideraron que la indicación N°8 regulaba aspectos esenciales del sistema de seguridad social, lo cual está reservado a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

La sentencia comenzó precisando que el requerimiento no se dirige contra el fondo de la indicación, sino que se trata de una cuestión competencial acerca de si los parlamentarios pueden formularla y aprobarla.¹¹

Para ir al fondo del asunto, desarrolló un esquema de análisis para dilucidar si estamos o no ante una regulación que se refiera a cotizaciones de salud, o sólo ante una fórmula de pago de una deuda civil; si, en caso de tratarse de cotizaciones de salud, éstas pueden considerarse como materia de seguridad social o, en todo caso, si la indicación se refiere a un problema de seguridad social o que incida en ella, o se trata, por el contrario, de un asunto relativo a un derecho constitucional distinto, relacionado pero independiente de la seguridad social, como sería el caso del de protección de la salud; y si, aunque se tratara de un caso relativo al derecho a la seguridad social, puede encuadrarse la indicación en el marco de la iniciativa exclusiva presidencial, desde que, de acuerdo al Senado, esa iniciativa se reserva sólo para casos en que se afecte o pueda verse afectado el erario público.¹²

Bajo este esquema, y, en primer lugar, la sentencia concluyó que la indicación impugnada no se refiere al pago de una deuda civil, sino a un sistema completo de salud previsional que quiere sustentar, tal como lo quiere también el proyecto

11 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°3.

12 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°7.

original, pero con diferente fórmula, e impacta, además, directamente, en el monto de las cotizaciones previsionales de los cotizantes a quienes les perjudicó la aplicación de tablas de factores declaradas ilegales por sentencia ejecutoriada.¹³ A modo ejemplar, citó la intervención de uno de los senadores opositores quien, al defender en el debate legislativo una indicación similar de mutualización de los excedentes (aunque declarada inadmisibile), lo hizo señalando que seguía “la lógica de la seguridad social”.¹⁴

En segundo lugar, la sentencia sostuvo que para la doctrina y para la normativa nacional e internacional, la protección de la salud, en cuanto al sistema y su estructura, a su financiamiento mediante cotizaciones y a las prestaciones que se otorgan de modo general a la población, forman parte del concepto mismo de seguridad social.¹⁵ Para ello, el TC recurrió a la definición de la OIT de seguridad social y a diversos convenios de esta,¹⁶ y a artículos de doctrina que pronunciándose respecto de sentencias del TC inferían la vinculación que haría este entre ambos derechos.¹⁷ También aludió a jurisprudencia constitucional, especialmente a la sentencia Rol N° 1710-2010,¹⁸ y a la jurisprudencia judicial.

Para el sentenciador, el Senado desconoce que existe una “íntima relación” entre ambos derechos, existiendo un área común, una intersección, entre los contenidos de los derechos regulados en los numerales 9 y 18 del artículo 19 CPR, que se extienden a diferentes ámbitos.¹⁹ En efecto, la indicación se refiere

a la sustentación de un sistema de salud previsional y que impacta, directamente, en el monto de las cotizaciones previsionales de los cotizantes a quienes les perjudicó la aplicación de tablas de factores declaradas ilegales por sentencia ejecutoriada de la Corte Suprema. Luego, estamos aquí en el núcleo mismo de la seguridad social, y no en un área del derecho a la salud que se aleje de esa categoría. No sólo las prestaciones otorgadas forman

13 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°15.

14 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°10.

15 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°17.

16 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°17.

17 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°18.

18 Tribunal Constitucional, Rol 1710-2010, 06-08-2010, proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933.

19 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°21.

parte del sistema de seguridad social, sino también la organización del sistema y su forma de financiamiento.²⁰

En tercer lugar, y como corolario de los razonamientos anteriores, la sentencia se avocó a resolver si, en definitiva, la indicación impugnada debe sujetarse al marco del artículo 65 inciso cuarto N° 6 de la CPR, o bien quedar eximida de este, dado que este estatuto constitucional (iniciativa exclusiva) debe interpretarse restrictivamente y desde que, según el Honorable Senado, esa iniciativa se reserva sólo para casos en que se afecte o pueda verse afectado el erario público.²¹ Esta segunda cuestión será inmediatamente descartada por el TC, puesto que a su juicio existen otros numerales del inciso cuarto (como aspectos relevantes del número 4 y también el 5), que no tienen impacto en el erario público.²² Sin embargo, sobre el primer argumento, concuerda con el Senado (y la disidencia) que la iniciativa exclusiva es excepcional y debe interpretarse restrictivamente, pero, a su juicio, en sus razonamientos previos, la sentencia ha demostrado por qué la indicación forma parte del núcleo mismo del derecho a la seguridad social y, en consecuencia, debe sujetarse al marco del artículo 65 inciso cuarto N° 6 CPR.²³ Así, la indicación es declarada inconstitucional por infringir la iniciativa exclusiva legislativa presidencial.²⁴

Concluyó la sentencia señalando que no se hará cargo de la segunda impugnación constitucional, esto es, acerca del quórum exigido para la aprobación de la indicación impugnada, toda vez que resuelto el primer vicio de inconstitucionalidad no correspondería referirse al segundo. Para el TC, ello resultaría contradictorio con lo antes resuelto.²⁵

4. La disidencia

Los fundamentos precedentes no fueron compartidos por cuatro ministros. En voto disidente redactado por el ministro Fernández abordó diversas dimensiones

20 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°24.

21 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°27.

22 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°28.

23 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°29.

24 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°31.

25 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°32.

de la controversia. Aunque dicho voto intenta destacar la necesidad de fijar con precisión los límites competenciales de la iniciativa exclusiva presidencial, específicamente en el plano de la seguridad social,²⁶ sólo logra parcialmente ofrecer una metodología para abordar el problema que diagnóstica con precisión.

Para el voto disidente, el carácter restrictivo de la iniciativa exclusiva presidencial ha sido largamente desarrollada en la jurisprudencia del TC, fundado en que una interpretación amplia de las materias de iniciativa exclusiva presidencial desvirtuaría la función soberana del Congreso Nacional en la formulación de las leyes. Reconoce que, a pesar de que el TC ha ampliado el concepto de seguridad social en su jurisprudencia,²⁷ ella debe enmarcarse en el contexto general de la iniciativa exclusiva y, más aún, “del régimen político vigente en Chile, con base en el artículo 4° de la Constitución, en cuanto aquella iniciativa supone una excepción al rol que corresponde al Congreso Nacional dentro del régimen de gobierno democrático, como órgano representativo por excelencia de la comunidad política, y, en particular a los parlamentarios en el proceso legislativo...”²⁸

Luego, el voto disidente explicó la forma en que la indicación no “incide” en materias de seguridad social, de manera que no afecta la iniciativa exclusiva presidencial que motivó el requerimiento. Entre dichas razones se encuentran que la indicación versa sobre el cumplimiento de una sentencia dictada por la Corte Suprema, la naturaleza del crédito y que este no es cotización, la práctica parlamentaria en esta materia, el que la indicación versa sobre materias de salud, entre otras.²⁹

Un argumento relevante del razonamiento disidente se basa en la práctica parlamentaria relativa a proyectos de ley que regulan el sistema de salud. Esta práctica, a juicio de la disidencia, rechaza una interpretación que conduzca a vincular la regla del artículo 65 inciso cuarto N°6 “inequívocamente y sin excepción, a que cualquier asunto vinculado con el patrimonio de las Isapres incida en seguridad social, dejando sin posibilidad que los parlamentarios presenten proyectos de ley o indicaciones en tanto se trate de regular ese patrimonio o análogos asuntos económicos o financieros...”³⁰ Luego cita largamente mociones parlamentarias que han regulado diversos aspectos del sistema de salud, y en las que la cuestión de

26 Art. 65 inc. 4 N° 6 CPR.

27 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, voto disidente, N° 10.

28 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, voto disidente, N° 11.

29 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, voto disidente, N° 18.

30 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, voto disidente, N° 45.

constitucionalidad (inadmisibilidad) no se ha presentado.³¹ Por lo demás, dos de las reformas legales que han regulado los excedentes tienen su origen en mociones parlamentarias aprobadas por mayoría simple. En ninguna de estas reformas hubo reservas de constitucionalidad, ni se presentaron requerimientos impugnando las mismas.³²

Asimismo, la disidencia acusa que una interpretación como la que realiza la sentencia desnaturaliza el núcleo esencial de los derechos fundamentales en juego, lo que se produciría en la especie “cuando se le da un alcance tan amplio que se extiende hasta un punto en que no es posible distinguir cuestiones que no formaría parte de él, invadiendo la esfera propia de otro derecho fundamental...”,³³ en tanto la sentencia habría subsumido erradamente el derecho a la protección de la salud en el de seguridad social.

En definitiva, para la disidencia, la forma para el pago de la acreencia debida por parte de las Isapre a sus afiliados, desarrollada por la indicación impugnada, no corresponde ni incide en normas de seguridad social por lo que no puede quedar sujeta al estatuto de iniciativa exclusiva presidencial legislativa en esta materia, ni debe ser aprobada por quórum calificado.³⁴

5. Evaluación de la sentencia

5.1. Sobre la “estrecha” o “íntima relación” entre el derecho de protección a la salud y el derecho a la seguridad social, en conexión con la indicación impugnada

A mi juicio, no son persuasivos los argumentos que entrega la sentencia en esta materia. La reconstrucción interpretativa de la “estrecha” o “íntima relación” entre ambos derechos —idea que toma del precedente STC Rol N° 1710-2010—,³⁵ descansa en una serie de fuentes secundarias. Ellas incluyen citas a definiciones de la OIT, artículos académicos, sentencias de la Corte Suprema, de la Corte

31 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, voto disidente, N° 47. Este argumento fue desarrollado extensamente en uno de los informes en derecho acompañados en la causa. Me refiero al informe en derecho del profesor Patricio Zapata que acompaña un anexo de 50 páginas describiendo esta práctica. Ver fojas 0002335 y siguientes del expediente. Disponible acá: <https://tramitacion.tcchile.cl/tc/informesEnDerecho>

32 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, voto disidente, N° 37.

33 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, voto disidente, N° 53.

34 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, voto disidente, N° 57.

35 Tribunal Constitucional, Rol 1710-2010, 06-08-2010, C°136.

Interamericana de Derechos Humanos, y de tribunales ordinarios de justicia. En esta parte la sentencia desarrolla una interpretación legal de la Constitución bastante forzada mediante normas laborales.

El argumento más persuasivo del voto de mayoría se funda en precedentes del propio TC. No obstante, como explicaré, este argumento también tiene problemas.

Siguiendo su práctica de respeto a su propio precedente,³⁶ la sentencia identificó una jurisprudencia de larga data que vincula ambos derechos.³⁷ No obstante, esta jurisprudencia, y las citas doctrinarias que la acompañan, son más bien genéricas y pueden ser fácilmente distinguidas del caso que comento. También abordó el por qué no debe considerarse como precedente aplicable, la sentencia Rol N° 14.397,³⁸ en la que el TC había desechado, algunos meses antes de la sentencia un requerimiento parlamentario contra un proyecto de reforma constitucional para incorporar una disposición transitoria que regule las bases para la determinación de las tarifas de los planes de salud y la implementación de sus ajustes de precios.³⁹

Con todo, la sentencia esgrime como un “fallo fundamental, a este respecto”,⁴⁰ la sentencia Rol N° 1710-2010, sobre inconstitucionalidad de la (vieja) tabla de factores que determinaban los reajustes de los planes de salud bajo la Ley N° 18.933 (Ley de Isapre). Para la sentencia, este precedente, que fue citado ampliamente por todos los intervinientes, daría cuenta de la seriedad que asignó el TC a la infracción al derecho a la seguridad social, desarrollando un epígrafe especial sobre este punto. Destacó las relaciones que realizan diversos considerandos de la sentencia entre el derecho a la protección de la salud y el de seguridad social; que el contrato de salud previsional no puede ser considerado una convención civil,

36 Ver Henríquez, Miriam y García, José Francisco, “El precedente en el Tribunal Constitucional: *Finning* y la consolidación de una práctica reflexiva”, Renée Rivero y Francisco Zúñiga (Coord.), *Justicia Constitucional y Democracia. Libro homenaje al Profesor Rodrigo Pica Flores*, (Tirant Lo Blanch), 2024, pp. 613-634. Antes me había referido a este asunto en: García, José Francisco, “¿Precedente horizontal de facto en el Tribunal Constitucional?”, en *Revista de Derecho Público*, Número especial, 2018, pp. 247-262; y, mucho antes, en García, José Francisco y Verdugo, Sergio, “Tribunal Constitucional, certiorari y precedente”, Cazor, Kamel y Salas, Carolina (Coord.), *Estudios Constitucionales*, (Librotecnia), 2010, pp. 419-482.

37 Estos precedentes son Tribunal Constitucional, Rol 976-2007, 26.06-2008; y Rol 1218-2008, 07-07-2009.

38 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°19.

39 Tribunal Constitucional, Rol 14.397-2012, 01-08-2023. Se trata del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por H. Diputadas y H. Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto de los incisos tercero, cuarto y séptimo, del artículo único del proyecto de reforma constitucional que modifica la Carta Fundamental, para incorporar una disposición transitoria que regule las bases para la determinación de las tarifas de los planes de salud y la implementación de sus ajustes de precios, contenido en el Boletín N° 15604-07.

40 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°20.

sino que debe serlo en relación con el derecho a la seguridad social, concluyendo que las normas que regulan esa relación jurídica son de orden público; y, en definitiva, señalando que en los considerandos 159° y 160° “se razona acerca de cómo la ley que analiza vulnera la garantía del artículo 19 N° 18 ‘en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado’”,⁴¹ y que no puede negarse la “íntima relación” entre ambas garantías. Concluye esta parte haciéndose cargo de la argumentación del Senado que sostiene que estos razonamientos no convierten en sinónimos ambos derechos, objetándola y dando gran importancia a las “expresiones textuales y explícitas de lo considerativo del fallo”, en cuanto señalan que los contratos previsionales de salud operan “en el marco de la seguridad social”.⁴²

Con todo, esta reconstrucción interpretativa que ofrece la sentencia buscando establecer la “íntima relación”, entre la indicación y el derecho a la seguridad social, que se extiende a lo largo de varios considerandos y extensas citas, es débil y poco persuasiva. Quiero ofrecer tres argumentos que me llevan a concluir esto.

En primer lugar, la sentencia no ofrece un tratamiento sofisticado acerca de la estructura normativa de los derechos fundamentales respecto de los derechos involucrados. Se trata de un problema metodológico complejo, por cuanto ni la dogmática ni la jurisprudencia constitucional han estado a la altura en este aspecto crucial.⁴³ A pesar de ello, es un problema que resulta inescapable de ser abordado con profundidad y rigor por parte de la sentencia.

Y es que precisamente una parte importante del problema se vincula a que tanto el derecho a la protección de la salud⁴⁴ como el derecho a la seguridad social⁴⁵ son derechos fundamentales que han sido entregados por el texto constitucional a una amplia configuración legislativa. De ahí, que la jurisprudencia del TC sostenga que el núcleo esencial del derecho a la seguridad social descansa en los principios que inspiran la seguridad social, como solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad.⁴⁶ Por otro lado, la doctrina ha sostenido que el núcleo esencial del derecho a la protección de la salud descansa principalmente

41 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°20. He omitido negrita de la cita.

42 Tribunal Constitucional, Rol 15.180-2024, 01-04-2024, C°21.

43 Naturalmente con la excepción de Aldunate, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, (Legal Publishing), 2008. De manera más reciente, también puede destacarse Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría General*, (LOM Ediciones), 2017; y de los mismos editores, *Curso de Derechos Fundamentales*, (Tirant lo Blanch), 2021.

44 Art. 19 N° 9 CPR.

45 Art. 19 N° 18 CPR.

46 Tribunal Constitucional, Rol 1710-2010, 06-08-2010, C° 131-135.

en sus cuerpos legislativos basales, por ejemplo, la Ley N° 19.996, Ley AUGE, que establece un régimen de garantías (explícitas) de salud.⁴⁷ Ello eleva la carga argumentativa de la sentencia para vincular el contenido regulatorio de la indicación con el núcleo esencial del derecho a la seguridad social.

La manera deficitaria en que la Constitución vigente aborda la estructura normativa de ambos derechos, especialmente su contenido esencial, fue un aspecto sumamente relevante a la hora de pensar la regulación de ambos derechos —y de otros económicos, sociales y culturales— en el contexto de la redacción de los textos de los dos procesos constituyentes fallidos.⁴⁸

En segundo lugar, el problema de las cotizaciones —su naturaleza jurídica bajo el texto constitucional y su rol en el sistema de salud— ocupa un lugar central en la controversia. Tampoco la sentencia ofrece un tratamiento sistemático sobre esta materia. Por supuesto no se trata de una cuestión simple porque nuestro constitucionalismo no ha abordado de manera cabal el hecho que la Constitución consagra un conjunto específico, limitado y finito de institutos, formas o tipos jurídicos que autorizan a imponer afectaciones de contenido patrimonial. En efecto, junto a las formas de limitación y privación al dominio reguladas en el estatuto constitucional del derecho de propiedad,⁴⁹ la Constitución regula los tributos,⁵⁰ las cargas públicas,⁵¹ los gravámenes especiales,⁵² la (prohibición de) confiscación y pérdida de derechos previsionales,⁵³ y también, las cotizaciones de salud⁵⁴ y de seguridad social.⁵⁵

Por supuesto este comentario no es el espacio para desarrollar los estatutos constitucionales y legales de ambos modelos de cotizaciones, su naturaleza, o sus importantes diferencias. Pero, la sentencia pierde una oportunidad que es tan valiosa como inescapable para especificar y diferenciar de manera precisa ambos estatutos, y más aun, opta por el camino contrario y, sin gran fundamentación,

47 Zuñiga, Alejandra, “Derecho a Cuidado Sanitario”, Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 809-824.

48 Ver Gómez, Gastón y García, José Francisco, “Los derechos sociales y la nueva constitución: complejidades y desafíos técnicos”, en *Actualidad Jurídica*, vol. 44, (Universidad del Desarrollo), 2021, pp. 229-278.

49 Art. 19 N° 24 CPR.

50 Art. 19 N° 20 CPR.

51 Art. 19 N° 20 CPR.

52 Art. 19 N° 22 CPR.

53 Art. 19 N° 7 CPR.

54 Art. 19 N° 9 CPR.

55 Art. 19 N° 18 CPR.

trata como equivalentes funcionales ambos regímenes a la hora de evaluar la indicación impugnada.⁵⁶

En tercer lugar, el TC en el pasado ha abordado con precisión y rigor complejidades como las antes descritas, rechazando la invitación a buscar, de manera expansiva, una “estrecha” o “íntima relación” entre derechos fundamentales. Y lo ha hecho precisamente profundizando en la especificidad y autonomía de estos, su núcleo o contenido esencial y, en definitiva, introduciéndose a fondo en la estructura normativa de los derechos fundamentales objeto de análisis.

El denominado caso “Colusión Pollos” es un excelente ejemplo de lo anterior. En dicho caso, el requirente, acusado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) de colusión, invocó para sí la garantía de prohibición de auto-incriminación, contenida expresamente en el art. 19 N° 7 letra f) CPR, pero en conexión con la garantía del derecho a defensa y el debido proceso, contenida en el artículo 19 N°3 CPR que contendría, por extensión, la garantía referida. Pero el TC sostuvo que se trata de una garantía que opera en sede penal y respecto de imputados o acusados en procedimientos de dicha naturaleza, y no en una sede infraccional —como es la de libre competencia—, en que se desarrollaba la gestión pendiente. Tal interpretación expansiva del requirente fue rechazada por el TC,⁵⁷ incluyendo una reflexión acerca de cómo podía desnaturalizarse y afectarse el núcleo esencial del derecho (la prohibición referida) y sus objetivos, vinculados a la libertad personal del artículo 19 N° 7 CPR,⁵⁸ como también la normativa internacional de Derechos Humanos que contiene normas similares, y que fueron invocados por el requirente.⁵⁹

En consecuencia, existen al menos tres razones que me llevan a concluir que la “íntima relación” entre ambos derechos fundamentales no queda probada y, por el contrario, quedan en el camino muchos cabos lógicos sueltos, matices y precisiones.

56 En esta materia la dogmática también está en deuda, y sólo de manera reciente hemos visto avances en este sentido. En el caso de las cotizaciones de salud, ver Salgado, Constanza, “La naturaleza de las cotizaciones de salud bajo la Constitución de 1980”, en *Ius et Praxis*, vol. 30, N° 3, (Universidad de Talca), 2024, pp. 26-43. En el caso de las cotizaciones de seguridad social, ver informe en derecho de Gastón Gómez, La Constitución, el sistema de pensiones y las cuentas de capitalización individual, acompañado en el expediente TC, Rol N° 7442-19-INA, de diciembre de 2019, fojas 000612 y siguientes del expediente. Disponible acá: <https://tramitacion.tcchile.cl/tc/informesEnDerecho>

57 Tribunal Constitucional, Rol 2381-2012, 20-08-2013, C°10 y ss. En otra sentencia, se pronunció en el mismo sentido: “La jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que la prohibición constitucional de autoincriminación requiere que se trate de una causa criminal, donde la obligación pese sobre un imputado o acusado y que la declaración se exija bajo juramento y respecto de un hecho propio”. Tribunal Constitucional, Rol 2936-2015, 20-10-2016, C°11.

58 Tribunal Constitucional, Rol 2381-2012, 20-08-2013, C°15.

59 Tribunal Constitucional, Rol 2381-2012, 20-08-2013, C°14.

5.2. Consecuencias institucionales de la sentencia: presidencialismo expansivo

Nadie podría extrañarse que el TC sea deferente con las atribuciones presidenciales en materia de iniciativa exclusiva legislativa (o en materia de Ley de Presupuestos). El TC “nace” en la reforma constitucional de 1970 como árbitro entre el Ejecutivo y el Congreso, principalmente *por* conflictos legislativos. Con todo, no lo hace de manera neutral; siempre los dados han estado cargados en esta materia a favor del presidente.⁶⁰ La Constitución de 1980 profundizó este desnivel, este desequilibrio.

Pero una cuestión es este desequilibrio base, general, y otro, que se profundice por vía de una sentencia. Es eso lo que deja la sentencia: un precedente que recorta aún más la iniciativa legislativa parlamentaria, esta vez, en amplios aspectos regulatorios vinculados al sistema de salud. Y este efecto es inversamente proporcional a la suficiencia y sofisticación del análisis que ofrece la sentencia en su aplicación del estatuto de iniciativa exclusiva presidencial a la indicación impugnada, y a las justificaciones que entrega para declarar su inconstitucionalidad.

Para la sentencia esta discusión central tiene un lugar más bien secundario en su razonamiento, opera simplemente como un corolario lógico. Así, luego de dar por probada la relación entre la indicación y el estatuto constitucional de la seguridad social, la sentencia se limita a subsumir la indicación objetada bajo la regla del artículo 65 inciso cuarto N° 6 CPR no sin antes, y con razón, rechazar la argumentación del Senado de que la iniciativa exclusiva presidencial tiene por objetivo principal evitar afectaciones al erario público. Argumento que nace auto derrotado.

Más allá de si para la sentencia resulta necesario o no evaluar con detención las graves consecuencias institucionales de lo que resolverá, en definitiva —sabemos, opta por no hacerlo, haciendo una aplicación más o menos mecánica del estatuto de iniciativa una vez resuelto que la indicación regula materias de seguridad social—, se trata de un elemento esencial de la controversia que debemos enfrentar. Y en esto el voto disidente acierta: ¿cómo hacer exigible que la iniciativa exclusiva presidencial sea efectivamente considerada por nuestra práctica constitucional como una institución excepcional, una anomalía competencial en materia de iniciativa legislativa, y que el juez constitucional, al conocer y resolver de estas

⁶⁰ Verdugo, Sergio, “Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970–1973): The Irony of a Wrong Electoral Prediction”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, N° 2, (Oxford University Press), 2017, pp. 469-494.

materias, la interprete restrictivamente, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del TC? Como hemos señalado antes, en este aspecto crítico el voto disidente solo logra parcialmente ofrecer una metodología para abordar el problema que diagnóstica con precisión.

A mi juicio, una metodología como esta, que por un lado ofrezca un punto de partida analítico constitucionalmente relevante y que, por el otro, ofrezca criterios de solución, esto es, un estándar de revisión judicial administrable y eficaz por parte del juez constitucional, debe comenzar por reconocer que no es posible continuar tratando el estatuto constitucional de la iniciativa exclusiva como una institución genérica, unívoca. No es posible —ni lo será en controversias futuras— fijar una frontera entre las atribuciones del presidente y del Congreso si no se considera la autonomía y especificidad (naturalmente dentro de un sistema) de cada una de las hipótesis o reglas contenidas en el artículo 65 CPR.⁶¹

Así, el TC en su examen de constitucionalidad de una controversia como la que presenta la indicación objetada debe tener presente esta asimetría regulatoria. Más aun, esta asimetría influye en el estándar de revisión utilizado y su intensidad o modulación.⁶² Así, para que sea eficaz la jurisprudencia del TC acerca del carácter excepcional y de interpretación restrictiva de la iniciativa exclusiva presidencial, este suele emplear un estándar de revisión general de deferencia al Congreso. Con

61 Dos han sido los principales afluentes intelectuales que he tenido a la vista para pensar esta cuestión. Primero, las ventajas de la mayor precisión y extensión que deben tener las reglas orgánicas y procedimentales de un texto constitucional (en oposición a los capítulos de principios generales o la carta de derechos), especialmente las que conforman el *core* democrático, desarrollado con brillo por el profesor Ferreres Comella. Es lo que él ha denominado la “constitución de detalle”. Entre las ventajas de este modelo señala la reducción de la discrecionalidad judicial (dado el menor grado de indeterminación interpretativa); la minimización del espacio al juez constitucional de introducir juicios morales en su evaluación; en el estándar de revisión del juez constitucional, especialmente en la mecánica aplicativa del principio de presunción de constitucionalidad de la ley; entre otros. Ver Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, (CEPC), 3º ed., 2021. En segundo lugar, un enfoque de interpretación constitucional estructuralista, desconocido entre nosotros, y diferente de la interpretación “sistemática y finalista” que suele seguir el TC. El enfoque estructuralista es una tradición de interpretación del constitucionalismo norteamericano que se vincula al profesor Charles Black Jr. Bajo este modelo, la interpretación constitucional debe considerar junto al texto, la historia, etc., especialmente su lógica interna, las relaciones entre sus partes y los principios implícitos en su estructura (como la separación de poderes, pesos y contrapesos, forma jurídica de Estado, etc.). Ver Black Jr., Charles, *Structure and Relationship in Constitutional Law*, (Ox Bow Publisher), 1969. Para un examen agudo de los planteamientos de esta escuela ver Ely, J. H., *Democracy and Distrust*, (Harvard University Press), 1980, y Bobbitt, Philip, *Constitutional Fate. The Theory of the Constitution*, (Oxford University Press), 1982.

62 No es la primera vez que me embarco en una reflexión como esta, explorando una intuición. Hace 15 años en este mismo foro también proponía lineamientos para pensar una metodología diferenciada de revisión judicial para controlar la legislación de interés especial. Aunque entonces influido por el Public Choice. Ver García, José Francisco, “El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial”, en Anuario de Derecho Público, 2010, (UDP), pp. 429-448. Quince años después me sigue pareciendo importante el consejo del profesor Jerry Mashaw, de tomar, aunque críticamente y con razonable distancia, algunas propuestas del Public Choice para pensar en el Derecho Público y cuestiones de diseño institucional. Ve Mashaw, Jerry, Greed, *Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, (Yale University Press), 1999.

todo, bajo este marco, el TC debe avanzar un paso hacia un estándar de revisión específico que considere las particularidades de cada hipótesis del artículo 65 CPR. A mi juicio tal estándar debe considerar, a lo menos, dos componentes.

Primero, considerar la precisión del texto constitucional, esto es, el mayor grado de generalidad o especificidad con el que se desarrolla cada hipótesis. Por ejemplo, considérese el alto grado de precisión que logra el artículo 65 inciso cuarto N° 1 al referirse a la iniciativa exclusiva en materia de tributo.⁶³

Un segundo componente es la extensión o alcance pretendido por el texto en cuanto al ámbito regulatorio que pretende abarcar (¿todo un sector? ¿aspectos específicos de este? ¿instituciones jurídicas específicas?, etc.). Un buen ejemplo es la misma regla sobre iniciativa exclusiva en materia de tributos, donde se busca gran amplitud (imponer, suprimir, reducir, condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión). Por el contrario, las hipótesis sobre remuneraciones y beneficios económicos (N° 4) o negociación colectiva (N° 5), son más acotadas.

La Tabla N° 1 sintetiza mis ideas preliminares sobre esta cuestión.

Tabla N° 1

Estándar de revisión de los preceptos bajo estatuto de iniciativa exclusiva

Precepto artículo 65 CPR	Materia	Precisión regla (generalidad vs. especificidad)	Extensión regulatoria (amplia vs. acotada)	Estándar revisión (deferencia Congreso + regla específica)
Inc. 3°	División político-administrativa Administración financiera y presupuestaria del Estado, incluyendo L. Presupuestos y 63 N° 10 y 13.	Baja (genérica)	Alta (amplia)	Alto
Inc. 4° N°1	Tributos	Alta	Alta	Bajo
Inc. 4° N°2	Servicios públicos	Alta	Alta	Bajo
Inc. 4° N°3	Responsabilidad financiera del Estado	Alta	Alta	Bajo
Inc. 4° N°4	Remuneraciones y beneficios económicos sector público y privado	Media	Baja	Medio
Inc. 4° N°5	Negociación colectiva	Media	Baja	Medio
Inc. 4° N°6	Seguridad social o incida en ella	Baja (genérica)	Alta	Alto

Fuente: Elaboración propia

63 Por lo demás, nótese que se ve reforzado si se considera la idea “unitaria” de tributo que tiene la Constitución (más allá de los debates posteriores sobre si este concepto unitario se mantiene más o menos incólume tras jurisprudencia del TC que ha complejizado el concepto de tributo).

La Tabla N° 1 no sólo busca describir de manera preliminar la interacción entre los dos componentes antes descritos y las consecuencias en términos de la formulación de un estándar de revisión y el grado de menor o mayor exigencia con el que se aplique en la resolución de la controversia específica que se conoce, sino que tiene otras dos importantes consecuencias.

En primer lugar, y especialmente importante para la controversia objeto de análisis, dado que las reglas contenidas en el artículo 65 inciso tercero e inciso cuarto N° 6 en materia de seguridad social tienen las características de ser poco precisas, genéricas, en su redacción y en la proyección de los enunciados normativos, sin embargo, tienen la pretensión de regular ampliamente una materia (por ejemplo, administración financiera y presupuestaria del Estado, por un lado, y la seguridad social, por el otro), exigen que el control constitucional sea aplicado de manera especialmente exigente, lo que se traduce en que la carga argumentativa y de fundamentación del TC aumente. También implica, a mi juicio, que la deferencia al campo de acción de la iniciativa parlamentaria —en este caso de la indicación— sea especialmente fuerte y pueda ser solamente derrotada mediante una argumentación excepcionalmente robusta y en la que el problema del balance de poderes sea abordado directamente y ponderados los efectos institucionales.

Una segunda consecuencia de la interacción entre los dos componentes propuestos es que busca dar cuenta de la dinámica política subyacente entre presidente y Congreso, identificando las áreas, vinculadas a reglas específicas del artículo 65 CPR, en las que podrán operar interpretaciones constitucionales legítimas acerca de la frontera entre la iniciativa exclusiva (anómala, excepcional) y la iniciativa legislativa general, abierta a ambos colegisladores. En otras palabras, y más allá de los intentos expansionistas de uno y otro de forzar la frontera a su favor y entrar en el juego del constitucionalismo agresivo (*hardball constitutionalism*),⁶⁴ hay hipótesis específicas del artículo 65 CPR que serán objeto de natural disputa interpretativa entre la Presidencia y el Congreso, y que no pueden ser consideradas *parlamentarismo de facto*.⁶⁵ Por el contrario, los debates de los proyectos de retiro del 10% previsional sí pueden ser candidatos para su calificación como *parlamentarismo de facto*.

64 Me he referido a esto y a la literatura que ha propuesto este concepto y práctica en *El Mercurio Legal*, Balance 2018: el constitucionalismo agresivo entra en escena, 20 de diciembre de 2018.

65 Un buen ejemplo fue la controversia inicial, de naturaleza constitucional, que generó la moción parlamentaria para impulsar la jornada laboral de 40 horas semanales, y en la que la administración anterior (Piñera II) sostenía que se infringía la iniciativa exclusiva presidencial.

Ahora bien, a la hora de calibrar estos dos componentes, fijar un estándar de revisión específico, y el grado de mayor o menos exigencia con el que se aplicará, el propio TC nos entrega una metodología para acometer este complejo desafío. En efecto, en el caso del artículo 65 inciso tercero CPR, en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado, el TC ha desarrollado un estándar de revisión específico, *ad hoc* a la hipótesis, y que opera como precedente en nuestra práctica constitucional. Este estándar busca excluir los “gastos indirectos” y “los eventuales efectos colaterales” de las mociones parlamentarias,⁶⁶ aplicando una versión exigente del principio de deferencia favorable a la iniciativa legislativa parlamentaria, dando certeza a la jurisprudencia del TC de que la iniciativa exclusiva presidencial es excepcional y debe interpretarse restrictivamente.

Sabemos, este no fue el camino que siguió la sentencia objeto de análisis. Por el contrario, y si nos tomamos en serio la idea de práctica constitucional,⁶⁷ debemos entender que el artículo 65 inciso cuarto N° 6 ha sido modificado por la sentencia. Así, mientras el texto de la Constitución vigente y *visible* dispone que entre las materias de iniciativa exclusiva legislativa presidencial que regula el artículo 65 inciso cuarto CPR se encuentra: “6. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”, la sentencia viene a complementar la regla, luego del punto final, con la siguiente “[.] extendiéndose, en cuanto al sistema de salud, al conjunto de prestaciones generales a la población, su forma de financiamiento, incluyendo las cotizaciones, y su organización institucional, privada y pública”, dando forma a la parte invisible, la *unwritten constitution*,⁶⁸ de esta (nueva) regla constitucional. En otras palabras, se trata de una reforma constitucional *de facto* que altera el equilibrio de poderes legislativos entre el presidente y el Congreso.

66 Tribunal Constitucional, Rol N° 768-2007, 13-06-2007, C° 12.

67 Y es que más allá de los textos clásicos sobre el derecho como práctica social que han sido tan influyentes en el mundo jurídico anglosajón (H.L.A. Hart), tanto en nuestro país como en el resto de América Latina (Carlos S. Nino o Carlos Rosenkrantz) existen diversos autores que se aproximan a la Constitución —y al derecho constitucional en general— como una práctica social o convención desarrollada al alero de determinadas tradiciones político-constitucionales, y que abordan lo constitucional no como un conjunto de reglas o textos canónicos, sino como un proceso dinámico y en constante evolución profundamente que está arraigado en las prácticas de una comunidad política que se desarrollan al amparo de la Constitución y su legislación complementaria. Esta perspectiva no niega el carácter fundamental que cumplen los textos canónicamente sancionados como constituciones, sino que enfatiza que estos no son simplemente documentos estáticos, sino una práctica que se desarrolla a su alero que es modelada, interpretada y aplicada por los diversos actores institucionales que intervienen en el proceso político. Ver, por ejemplo, Peña, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, (CPU), 1996, y Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, (Ediciones UDP), 2013.

68 Sobre el concepto de Constitución invisible/no escrita ver, por ejemplo, Tribe, Laurence H., *The Invisible Constitution*, (Oxford University Press), 2008, y Amar, Akhil, *America's Unwritten Constitution*, (Basic Books), 2012.

Una de las paradojas de la sentencia, y su negativo resultado en el equilibrio de atribuciones legislativas entre los colegisladores, es que nace de la petición de un grupo de parlamentarios oficialistas que, inadvertidamente o no, renuncian a sus ya escasas atribuciones en este ámbito. La paradoja es doble porque la participación de la Presidencia de la República —que debió haber liderado un requerimiento de esta naturaleza— es puramente secundaria.

Por lo demás, esta *capitis diminutio* parlamentaria, auto inflingida, no sólo no tiene sentido político-institucional, sino que histórico. Suele recordarse el triunfo de los presidencialistas con la reforma constitucional de 1970 a la Constitución de 1925 que aumentó dramáticamente el campo de acción de la iniciativa exclusiva, estableciendo las bases del estatuto que hoy conocemos, y que la Constitución vigente aumentó aún más.⁶⁹ Pocos recuerdan, sin embargo, que esa reforma se aprobó de manera muy ajustada en el Senado, y con críticas importantes al desequilibrio de poderes que se generaba entre los colegisladores.⁷⁰ Menos aún se recuerda que, los que concurrieron de manera entusiasta con sus votos a engrosar las potestades legislativas del presidente, calculando que tenían la elección de 1970 en el bolsillo (la DC y la derecha por igual), pronto se encontraron con un intento revolucionario (UP) que aprovechó las nuevas atribuciones constitucionales y desarrolló otras (como la práctica de los “resquicios legales”), ante una oposición que ahora contaba con menos recursos constitucionales para enfrentarla.⁷¹ Sabemos cómo terminó esa historia.

Por lo demás, la naturaleza controversial del estatuto de la iniciativa exclusiva, no sólo debe ser considerada parte del conflicto histórico y central de la tradición constitucional chilena en la disputa Presidente-Congreso, sino que, y en esta misma lógica, quedó una vez más de manifiesto en los dos recientes procesos constituyentes fallidos. Así, mientras que en el proceso constituyente de la Convención Constitucional se buscó flexibilizar este estatuto mediante las leyes de concurrencia presidencial necesaria,⁷² en el proceso 2023 la Comisión Experta

69 Ver Fernandois, Arturo y García, José Francisco, “El Origen del Presidencialismo chileno: Reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva presidencial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2009, pp. 281-311.

70 Ver Piedrabuena, Guillermo, *La Reforma Constitucional. Historia de la Ley 17.284, sus principales alcances y posición de los partidos políticos*, (Ediciones Encina Ltda.), 1970, pp. 55-62.

71 Verdugo, Sergio, Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970–1973): The Irony of a Wrong Electoral Prediction, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, N°2, (Oxford University Press), 2017, pp. 469–494.

72 No deja de ser interesante que hayan sido dos destacados economistas *ortodoxos* los que entregaran la justificación técnica más sofisticada de este modelo (leyes de concurrencia presidencial necesaria), en el marco de un libro publicado por el Centro de Estudios Públicos. En efecto, Jorge Rodríguez y Rodrigo Vergara

y el Consejo Constitucional no sólo buscaron ampliar este estatuto con nuevas hipótesis, sino que incluso consagraron un procedimiento *fast track* ante el TC para reforzar las oportunidades y eficacia de control de este estatuto.⁷³

6. Conclusión

Sobre la base de lo expuesto en este comentario jurisprudencial, concluyo lo siguiente.

En primer lugar, no son suficientemente persuasivos los argumentos de la sentencia para subsumir un conjunto de aspectos regulatorios medulares del estatuto constitucional del derecho de protección de la salud⁷⁴ en el derecho de seguridad social.⁷⁵ El argumento más fuerte de la sentencia se centra en el uso de jurisprudencia del TC de larga data que vincula ambos derechos en esta materia en el contexto de los casos sobre Isapre, especialmente la sentencia Rol N° 1710-2010, que invoca como precedente. Sin embargo, la sentencia no es persuasiva y sus argumentos me parecen insuficientes en tres aspectos: la estructura normativa de los dos derechos fundamentales involucrados; el estatuto de las cotizaciones de salud, su autonomía y especificidad; y el examen de su propia práctica y precedentes en casos en que ha rechazado la concurrencia de esta invitación a buscar una “íntima relación” entre derechos fundamentales que se estiman “cercanos”, lesionando su autonomía y especificidad.

En segundo lugar, el voto disidente alerta sobre el riesgo de no fijar con precisión los límites competenciales del estatuto constitucional de la iniciativa exclusiva, sin embargo, sólo lograr de manera parcial proponer estándares o una metodología que los precise. Para la sentencia, esta discusión central tiene un lugar más bien

sintetizan su propuesta en los términos siguientes: “Sobre la base de las alternativas analizadas y validando el objetivo último de tener un gasto público sostenible, nuestra propuesta es mantener la iniciativa presidencial exclusiva de gasto público, asumiendo el contexto de un régimen presidencial. Manteniendo la norma, proponemos darle un mayor rol al Legislativo, permitiendo que pueda presentar iniciativas que conlleven gasto, pero con el requisito de ser suscritas por un cierto porcentaje de parlamentarios, y que la mesa de la Cámara respectiva las entregue al Gobierno para su patrocinio o para que fundamente su rechazo, en un plazo de 30 días, pudiendo seguir su tramitación sólo en caso de que el Gobierno las patrocine”. Rodríguez, Jorge y Vergara, Rodrigo, “Iniciativa presidencial exclusiva en materia de gasto público”, Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara (eds.), *Aspectos económicos de la Constitución. Alternativas y propuestas para Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2021, p. 32.

73 Ver García-Huidobro, Luis Eugenio y García, José Francisco, “El presidencialismo en los procesos constituyentes fallidos”, Josep María Castellá y Ramis Ghazzaoui (eds.), *Constitucionalismo crítico en tiempo real: el proceso constituyente chileno*, (Editorial Universitat), 2024, pp. 171-212.

74 Art. 19 N° 9 CPR.

75 Art. 19 N° 18 CPR.

secundario en su razonamiento, pues opera como un corolario lógico. Así, luego de dar por probada la relación entre la indicación y el estatuto constitucional de la seguridad social, la sentencia se limita a subsumir la indicación objetada bajo la regla del artículo 65 inciso cuarto N° 6 CPR.

Las consecuencias institucionales de la sentencia son relevantes: el TC expande aun más y sin mayor justificación el campo de la iniciativa exclusiva legislativa presidencial. Se trata de una reforma constitucional *de facto* que afecta gravemente el equilibrio de poderes en el campo legislativo entre el presidente y el Congreso.