



ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y ESTADO DE DERECHO: LECCIONES DEL CASO ISAPRES

OCTUBRE 2024

SERIE
INFORME
JUSTICIA
30

AUTOR: JUAN IGNACIO GÓMEZ C.

ISSN 0718-4220



AUTOR: JUAN IGNACIO GÓMEZ C.

Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez y Magíster en Regulación por la misma casa de estudios. Coordinador para el Congreso Nacional en Libertad y Desarrollo.

CONTENIDO

RESUMEN	4
I. INTRODUCCIÓN	5
II. HECHOS QUE MOTIVAN LA CONTROVERSIA	6
III. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL Y SU RESOLUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	9
IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA	15
V. CONCLUSIONES	24
BIBLIOGRAFÍA CITADA	27

RESUMEN

El comentario que se ofrece analiza la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre la constitucionalidad de una indicación parlamentaria que pretendió establecer una fórmula de cálculo para determinar la cuantía de la restitución de sumas de dinero ordenadas por la Corte Suprema, con ocasión de sendos recursos de protección relativos a los precios que se cobraban por parte de las ISAPRES. Al respecto, se analiza

el razonamiento de la mayoría del tribunal a fin de establecer si éste cumple con la función esencial de la magistratura constitucional: arbitrar efectivamente conflictos de naturaleza constitucional, teniendo como objetivo contribuir al respeto de la Constitución, a la eficacia de la supremacía constitucional y, sobre todo, a la preservación del orden democrático e institucional.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional que acogió la impugnación de una indicación de un grupo de senadores para establecer una determinada fórmula de pago de montos a devolver a afiliados de ISAPRES por la Corte Suprema, era una buena ocasión para esclarecer algunos conceptos constitucionales y, sobre todo, para delimitar de mejor manera una parte de las materias que, de acuerdo a la Constitución, son propias del dominio de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, tal como ocurre con aquellas materias de seguridad social así como otras que inciden en ella. La mayoría del tribunal abordó una forma inorgánica y partisana de razonar, pareciendo entender que su deber es otorgar razón a una parte por sobre otra, como si se tratara de una sentencia de un tribunal ordinario, antes que resolver un conflicto constitucional, fijando en su sentencia cuáles son los bordes precisos que la Constitución establece.

Por ello, y dado que prácticamente todos los argumentos para afirmar una posición u otra se encuentran en los votos de mayoría y minoría, en lo sucesivo se intentará

demostrar que este fallo se aleja del espíritu fundacional del Tribunal Constitucional. Tampoco se encuentra en la Constitución de 1980, sino que esta recoge la experiencia de diversos problemas de la práctica política durante el siglo XX, cristalizada en la ley de reforma constitucional N°17.284, que introdujo en nuestro medio un Tribunal Constitucional y, también, un Tribunal Calificador de Elecciones. Así, al primer órgano se le encomendó la misión de arbitrar conflictos constitucionales, principalmente debido al desborde de las normas constitucionales en que los actores políticos incurrieran.

Por ello, con ocasión de la sentencia en comentario, el comentario que se ofrece busca abrir una discusión sobre el rol del Tribunal Constitucional, su importancia como garante de la Constitución y sobre la importancia de su herramienta más fuerte para cumplir con su cometido: la fuerza de su razonamiento como medio para contribuir al respeto de la Constitución, a la eficacia de la supremacía constitucional y, sobre todo, a la preservación del orden democrático e institucional.

II. HECHOS QUE MOTIVAN LA CONTROVERSIA

La Corte Suprema conoció diversas apelaciones a recursos de protección (Nº16.630-2022, Nº25.570-2022, Nº14.513-2022 y Nº13.979-2022) que cuestionaron la legalidad y arbitrariedad en la determinación de los precios finales de contratos de salud aplicando una determinada tabla de factores asociada, fallando que la aplicación de dichas tablas de factores empleadas por diversas Instituciones de Salud Previsional (en adelante “ISAPRES”) resultaban ilegales y arbitrarias, pues las normas que permitían su aplicación fueron en su momento derogadas por el Tribunal Constitucional¹, por infringir la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, consagrada en el numeral 2º del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Al resolver las antedichas apelaciones, además, la Corte Suprema declaró, en el considerando vigésimo séptimo, “como ilegal y arbitrario el hecho de mantener su vigencia con carácter general para todos los contratos

individuales de salud que administra y a los que aplica, ordenando las medidas que se indicarán en lo resolutivo [...]”². De esta manera, la Corte, de manera extraordinaria, dio alcance general a la sentencia. Asimismo, en su considerando vigésimo octavo, señaló que, atendiendo al carácter cautelar del recurso de protección, no era posible determinar la existencia de eventuales cantidades a devolver, correspondiéndole a la Superintendencia de Salud, en tanto órgano fiscalizador de las ISAPRES, determinar la forma de proceder al cómputo y diseñar las directrices, forma y condiciones de la devolución, si es que correspondiere.

De esta manera, y en lo que atañe a nuestro fin, la Corte Suprema ordenó a la Superintendencia de Salud que, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, determine “el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por la recurrente a los términos de la Tabla

1. Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley Nº18.933 de 1990, rol Nº1.710-10.

2. *Anabálón con ISAPRE Colmena Golden Cross S.A.* (2022).

Única de Factores contenida en la circular IF/Nº343”³ y, además, disponer de “las medidas administrativas para que, en el evento de que la aplicación de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/Nº343 de la Superintendencia de Salud determine un precio final del contrato inferior al cobrado y percibido por la recurrida, las cantidades recibidas en exceso y cuyo cobro no esté prescrito, sean restituidas como excedentes de cotizaciones”⁴.

Para efectos de permitir a la Superintendencia de Salud cumplir lo dispuesto por la Corte Suprema, el Presidente de la República remitió el correspondiente mensaje al Senado, iniciándose el trámite 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 N°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, correspondiente al boletín N°15.896-11.

En dicho proyecto de ley, el artículo 3º dispuso las condiciones bajo las cuales debería presentarse por cada ISAPRE, un plan de pago y ajuste, a objeto de dar cumplimiento al respectivo fallo de la Corte Suprema. Fue a este artículo al que se le formuló la siguiente indicación:

“para el cálculo de dicha deuda, cada Institución de Salud Previsual deberá calcular, para la totalidad de contratos que cada una administraba al 30 de noviembre de 2022, la diferencia entre el monto efectivamente cobrado y lo que hubiese cobrado si todos sus afiliados y beneficiarios hubieran empleado la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/Nº343, de 11 de

diciembre de 2019, de la Superintendencia de Salud. Dicha diferencia corresponderá al cobro en exceso que realizó cada Institución de Salud Previsual.

Dicho cobro en exceso se distribuirá a prorrata entre los afiliados cuyos pagos fueron superiores a los que se hubieran realizado de haberse empleado la Tabla Única a la que hace referencia el párrafo anterior.” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024).

Dicha indicación permitía que la deuda resultante fuese “mutualizada”, es decir, compensada entre todos los usuarios, disminuyendo su cuantía total. Ello, por cierto, incidía en las eventuales devoluciones que, tal como dispuso la Corte Suprema, debían restituirse como “excedentes de cotizaciones”.

La indicación en comento fue presentada tanto en la Comisión de Salud del Senado, como en la Sala de dicha corporación, en los mismos términos. En ambas instancias fue objeto de sendos reproches de constitucionalidad por parte de diversos senadores. Según consta en el informe de la Comisión de Salud del Senado, la indicación fue declarada inadmisibles (en aquel entonces, signada como indicación 13.C) por entenderse dentro de aquellas materias propias de la seguridad social, que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. El informe no da cuenta de una exposición de motivos, sino de la decisión del Presidente de la instancia, el senador Juan Luis Castro, y la posterior petición del senador Sergio Gahona para reconsiderar la declaración, ratificándose la inadmisibilidad con los votos de la senadora Ximena Órdenes y los senadores Juan Ignacio Latorre y Juan Luis Castro. Por la admisibilidad votaron el senador Francisco Chahuán y el senador Sergio Gahona.

3. *Ídem.*

4. *Ídem.*

Habiéndose evacuado el informe, correspondió el pronunciamiento de la Sala. En dicha instancia, la indicación fue renovada (y signada como indicación N°8) y se volvió a plantear su inadmisibilidad. Sin embargo, en esta instancia, el Presidente del Senado la consideró admisible y pedida la reconsideración, la Sala del Senado la declaró admisible por 23 votos a favor y 20 en contra. Posteriormente, y por la misma votación, se aprobó su contenido. Cabe hacer presente que varios senadores objetaron que la Mesa del Senado diera a la norma la calificación de norma de quórum simple, toda vez que estos senadores entendían que se trataba de una materia que, por ser parte de la seguridad social o incidir directamente en ella, debía ser aprobada con quórum calificado.

III. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL Y SU RESOLUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La posición mayoritaria

La sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°15.180-2024, objeto del presente análisis, resolvió la controversia generada por la indicación N°8, propuesta por la honorable senadora Ebensperger y los honorables senadores Chahuán, Durana, Moreira y Sanhueza al artículo 3°. Dicha indicación, previamente transcrita, fue declarada admisible y aprobada por mayoría simple en la Sala del Senado. Tras la conclusión del primer trámite constitucional del proyecto, en el cual se incluyó la mencionada indicación, un grupo de senadores, representando a más de una cuarta parte del Senado, planteó ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad en relación con esta indicación.

En lo medular, los senadores que recurrieron de inconstitucionalidad aducen que la indicación fue in-

debidamente declarada admisible, votada y aprobada por mayoría simple en la Sala del Senado, vulnerando el numeral 6° del inciso cuarto del artículo 65 y el artículo 66, en relación con el numeral 18° del artículo 19, todos de la Constitución Política de la República. Como consecuencia de lo anterior, concluyen que se ha incurrido en una infracción a los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental. Es decir, sostienen que, por una parte, la indicación versa sobre materias que son de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, ya que establece o modifica normas sobre seguridad social u otras que inciden en ella, tanto en el sector público como en el privado; y, por otra parte, que la norma, al tratarse de materias de seguridad social, debía aprobarse con quórum calificado, es decir, por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de la respectiva cámara. En consecuencia, la controversia es de orden formal y no sustantivo: no se discute si la propuesta formulada por los senadores es acorde a la

Constitución, sino que carecían de iniciativa para formularla y se aprobó por una mayoría inferior a la calificada que exige la Constitución para dichas materias.

Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal primero consideró necesario dilucidar las siguientes cuestiones: a) si se trata de una regulación relativa a cotizaciones de salud o de una fórmula de pago de una deuda civil; b) si el contenido de la indicación corresponde a una materia propia del derecho a la seguridad social o aborda otro derecho constitucional relacionado, como el derecho a la salud; y c) si, en caso de tratarse de una materia relativa al derecho a la seguridad social, la indicación en cuestión se enmarca dentro de las materias del artículo 65 de la Constitución.

a) La primera cuestión, como se ha dicho, que busca dilucidar el Tribunal Constitucional, dice relación con la naturaleza de lo debido. A este respecto, el Tribunal entenderá que no se trata de una deuda de naturaleza civil “sino a un sistema completo de salud previsional que quiere sustentar, tal como lo quiere también el proyecto 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”⁵.

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal comienza contextualizando la discusión en base al mensaje presentado. Así, señala que el proyecto aborda el problema del financiamiento que afecta “a todo el sistema de protección de la salud; tanto a usuarios, como a prestadores públicos

y privados”⁶. De esta manera, el problema que se pretende resolver excede lo que el Tribunal considera una simple deuda civil entre empresas particulares y sus acreedores privados. Dado el efecto sistémico del fallo de la Corte Suprema y del proyecto, los montos a restituir no pueden ser tratados como una simple deuda civil, ya que con ellos se busca asegurar la pervivencia del sistema de protección de la salud por diversos tipos de prestadores, especialmente privados.

Adicionalmente, el Tribunal recuerda que, según consta en el informe de la Comisión de Salud del Senado, los senadores Chahuán y Gahona mencionaron en varias ocasiones que la indicación tenía un efecto sistémico y se encuadraba en la lógica de la seguridad social. Además, los montos pagados en exceso se enteraron como cotizaciones, y si el proyecto tuviera como finalidad pagar una deuda civil, la indicación en cuestión quedaría descontextualizada, ya que pertenece a la seguridad social y no a las deudas civiles.

Finalmente, la sentencia argumenta que el efecto de la mutualización es convertir excesos de cotización en cotizaciones propiamente tales, ya que una parte de lo pagado en exceso no sería restituido, dado que se entendería que otros cotizantes fueron subsidiados con dichos excesos. De esta manera, el Tribunal concluye que la indicación no trata sobre una simple deuda civil, sino que se inserta en un sistema complejo que afecta la naturaleza misma del sistema de salud y, por lo tanto, se enmarca evidentemente dentro de la seguridad social.

5. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la indicación signada bajo el N°8 propuesta por los H. Senadores Sra. Ebensperger y Sres. Chahuán, Durán, Moreira y Sanhueza, al artículo 3° 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 N°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 previsional, contenido en el Boletín N°15.896-11, rol N°15.180-2024, considerando decimoquinto.

6. *Ibid*, considerando octavo.

b) La segunda cuestión que busca dilucidar el Tribunal es si la indicación recurrida se encuentra dentro de la normativa propia de la seguridad social o si tiene incidencia en ella. Es decir, si la garantía constitucional del artículo 19 número 9 de la Constitución, que consagra el derecho a la salud, puede subsumirse dentro del numeral 18 del mismo artículo, que regula el derecho a la seguridad social.

Sobre este punto, el Tribunal afirma que el derecho a la salud forma parte de la seguridad social, y que, en términos generales, diversos tratados internacionales sostienen que la salud forma parte de ella. Además, refiere que numerosa doctrina y jurisprudencia han entendido que el derecho a la salud también forma parte de la seguridad social. Resulta especialmente relevante el fallo del Tribunal Constitucional en el Rol 1710-2010, donde se declararon inconstitucionales determinados numerales del artículo 38 ter de la ley N°18.933, relativos a las tablas de factores. En dicho fallo, el Tribunal consideró que el precepto en cuestión vulneraba, entre otros, el derecho a la seguridad social, según consta en el considerando nonagésimo tercero. En ese fallo el Tribunal declaró que los contratos de salud no son simplemente convenciones civiles regidas por la autonomía de la voluntad, sino que se circunscriben en la conclusión de una garantía constitucional dentro de la seguridad social.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional recuerda que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia se encuentra alineada con esta interpretación, toda vez que el concepto de cotizaciones previsionales señalado en el artículo 162 del Código del Trabajo comprende no

solo a las cotizaciones relativas a la salud, sino también a las del sistema de pensiones y a las del seguro de cesantía, ya que estas tres materias “se integran en el concepto de seguridad social, que es lo que la norma laboral indicada protege”⁷.

Ahondando en el concepto de la seguridad social, el Tribunal recuerda que se debe distinguir entre la seguridad social en sí y el derecho a ella. Citando diversa doctrina, el primer concepto comprende las normas y principios interpretativos que regulan la prevención y satisfacción de contingencias sociales, mientras que el derecho a ellas pone el foco en el titular de estos. De esta manera, el Tribunal entiende que lo propio de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República es tanto el contenido normativo de la seguridad social, como los elementos que permiten configurar al titular de las prestaciones a las que la seguridad social da derecho. Por ello, el Tribunal sostiene que las prestaciones de seguridad social también incluyen aquellas relacionadas con el derecho a la salud y su normativa sustantiva.

c) Finalmente, el Tribunal examina si las materias objeto de la cuestión constitucional planteada escapan del ámbito de la iniciativa presidencial exclusiva. Para ello, el Tribunal analiza el alcance interpretativo del artículo 65 de la Constitución Política de la República, norma de excepción y, por tanto, de interpretación restrictiva. En términos generales, concluye que la norma no irroga ninguna clase de gasto, por lo que no se puede alegar la excepcionalidad que funda la iniciativa exclusiva como medida de centralización de la administración financiera y presupuestaria del Estado en el Presidente de la República.

7. *Ibid*, considerando vigésimo tercero.

Respecto al gasto público, el Tribunal Constitucional recuerda que, si bien uno de los fundamentos para establecer la iniciativa exclusiva fue sustraer del Parlamento la posibilidad de disponer libremente de los recursos fiscales, lo que era una causa de desequilibrios macroeconómicos profundos, dicho fundamento no es el único. También es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República la determinación de las remuneraciones mínimas en el sector privado o la negociación colectiva laboral. El caso de la seguridad social es relevante, ya que no solo se extiende al sector público, sino también al sector privado. Como puede apreciarse, el artículo 65 señala un conjunto de materias taxativas que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, pero no denota una estructura sistemática orientada a restringir exclusivamente la injerencia del Congreso Nacional en el gasto público, sino que a reservar determinadas materias exclusivamente a la iniciativa del Presidente de la República.

En base a estas consideraciones, el Tribunal estima que la indicación es inconstitucional por un motivo de forma: al ser una materia propia de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, los senadores que la presentaron carecían de iniciativa para hacerlo, por lo que no podría haber sido aprobada. De lo anterior se desprende que el quórum de aprobación requerido por la Constitución es el calificado, motivo por el cual la norma no fue aprobada con el quórum necesario. Sin embargo, el Tribunal no aborda este punto como relevante, ya que lo esencial es que la norma no debió haberse presentado debido a su inconstitucionalidad formal, lo que invalida cualquier acto subsecuente, incluida la votación misma.

2. La posición disidente

El fallo en cuestión no tuvo votación unánime, sino divi-

da. Los ministros Vázquez, Fernández, Mery y la ministra Peredo se manifestaron en desacuerdo. En su razonamiento, los disidentes adoptan un enfoque basado en las competencias: lo relevante es determinar cuál es el sentido que la Constitución otorga al concepto de seguridad social y si este incluye la salud; pero, sobre todo, entender cuál es el sentido que el constituyente atribuyó a la expresión “seguridad social” en el contexto del artículo 65.

En un primer orden de cosas los disidentes vuelven sobre la historia constitucional y el establecimiento fidedigno del artículo 65. En lo tocante a la seguridad social, a partir de cierta doctrina, recuerdan que desde al menos la década de 1960 se advertía que se vivía una verdadera anarquía de regímenes previsionales, siendo el conjunto de sistemas de seguridad social vigentes hasta antes de la entrada del nuevo régimen consagrado en el decreto ley N°3.500 significativamente costoso. Este desorden en materia de regímenes previsionales resultaba complejo, pues había sido construido sobre la base de la iniciativa parlamentaria. Por ello, ya en la reforma a la Constitución mediante la ley N°17.284 de 1970, se estableció que los regímenes previsionales o de seguridad social, en cuanto a su establecimiento o modificación, serían de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. A partir de esta senda, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno mantuvieron el espíritu de dicha reforma constitucional.

A mayor abundamiento, los disidentes recuerdan que “esta magistratura ha considerado propio de la seguridad social materias tales como la modificación del concepto legal de empresa (Rol N°534), la extensión del postnatal (Rol N°2.025) o una reforma constitucional que establecía y regulaba un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales (Rol N°9.797)”⁸. Ahora bien, para encuadrar un concepto tan amplio dentro de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y considerando las características del régi-

8. *Ibid*, considerando N°10 de la disidencia.

men político vigente en Chile, la iniciativa exclusiva debe interpretarse de manera restrictiva. Como ha fallado en otras ocasiones el Tribunal Constitucional, la iniciativa exclusiva funciona como una prohibición para los parlamentarios, por lo que debe ser interpretada restrictivamente⁹.

Para entender e interpretar armónicamente la disposición del artículo 65 respecto de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de seguridad social, los disidentes señalan que la clave está en el alcance de la idea de incidencia. Según la disidencia, la seguridad social no comprende el contenido material de la indicación objeto de la cuestión de constitucionalidad; y siendo esto así, es necesario precisar cuándo una norma distinta de la seguridad social, como las materias del régimen laboral o de salud, incide o no en una materia de seguridad social.

Como es de esperar, la posición de los disidentes es que la indicación de marras no incide en la seguridad social, por diversos motivos:

a) el primer motivo es que la indicación versa sobre el cumplimiento de una sentencia dictada por la Corte Suprema, razón por la cual no ahonda sobre el régimen sustantivo de la seguridad social ni sobre algún régimen sustantivo conexas con ella: solamente viene a permitir la ejecución de una sentencia, lo cual la constituye en un régimen transitorio. El contenido de la indicación como la mayoría del proyecto de ley perdería su vigencia una vez que la causa por la cual se dictó termine, esto es, el pago de los eventuales montos a devolver ordenados por la Corte Suprema.

b) Dado el amplio ámbito de materias comprendidas bajo la seguridad social, tan amplio que incluso se extiende a aquello que incide en dicha materia, si se atiende al criterio de que la iniciativa exclusiva es una materia que debe interpretarse de manera restrictiva, en los hechos no puede extenderse el ámbito de la seguridad social de manera tal que deje a los miembros del Congreso Nacional desprovistos de iniciativa.

c) Es relevante en este orden de ideas señalar que la Corte Suprema fue cuidadosa al señalar que las cantidades a devolver, que son excesos, deben restituirse “como excedentes de cotizaciones”. Los disidentes exponen latamente el concepto de exceso y el de excedente, sus efectos civiles y sobre todo la situación de hecho que caracteriza a cada uno, dando cuenta de que el empleo de las tablas de factores declarado como arbitrario e ilegal generó pagos que no debieron haberse efectuado por el afiliado o el empleador y por tanto, deben ser devueltos directamente al afiliado, pudiendo destinarlos para el fin que desee. De este modo, la forma de restituir lo pagado en exceso y la forma de su cálculo no tienen la calidad de cotizaciones, sino que son cobros indebidos bajo la apariencia de cotizaciones. Por ello, deberán, al tenor de lo resuelto por la Corte Suprema, devolverse “como excedentes de cotizaciones”.

d) Los disidentes recuerdan que dos reformas legales que han regulado los excedentes tuvieron origen en mociones parlamentarias y fueron aprobadas por mayorías simples: las leyes

9. Por ejemplo, en los roles N°786-07, que resolvió un requerimiento presentado por un grupo de diputados para que se declare la inconstitucionalidad del artículo único, número 3°, del proyecto de ley modificatorio de la Ley N°20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 N°1 del citado cuerpo legal; y N°1867-10, que resolvió un requerimiento de un grupo de Senadores respecto de la constitucionalidad de tres glosas contenidas en el proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011.

Nº20.317 (irrenunciabilidad de los excedentes) y Nº21.173 (administración y uso de ellos). Esto pone de relieve que el derecho a la salud no se subsume en el derecho a la seguridad social.

e) Un último orden de ideas que abordan los disidentes es si el hecho de que la indicación verse sobre materias de salud relativas a la viabilidad financiera del sistema hace que incida de una manera tal en la seguridad social, que ello permita encuadrar la indicación en comentario dentro de las materias que son propias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Aquí recuerdan lo relevante que resulta el carácter excepcional de la iniciativa exclusiva, de aplicación restrictiva, a fin de iluminar cuando la incidencia de una en otra puede entenderse que configura una prohibición al ejercicio de la facultad de iniciativa parlamentaria.

Por este motivo, el hecho de resguardar la viabilidad financiera del sistema de salud privada no tiene una incidencia directa en materias propias de seguridad social. Si se interpretara lo contrario, implicaría una lectura extremadamente laxa del artículo 65, inciso cuarto, numeral sexto, al punto de que los límites de la norma terminarían difuminándose, dejando sin posibilidad alguna a los miembros del Congreso Nacional de participar en el proceso legislativo mediante el uso de la facultad de iniciativa.

Por último, los disidentes citan abundantes casos en los cuales los miembros del Congreso Nacional han podido presentar mociones y formular indicaciones sobre materias de ley que versan respecto de prestaciones de salud, todos los cuales han sido declarados admisibles sin plantearse cuestiones sobre la constitucionalidad formal¹⁰.

10. Los disidentes se refieren a los boletines Nº15.963-11, Nº16.045-11, Nº15.616-11, Nº15.118-11 y Nº14.504-35.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

La sentencia en cuestión es relevante por dos motivos principales. En primer lugar, aborda una compleja discusión sobre la interpretación constitucional: la determinación precisa de las materias que forman parte o se encuentran dentro del ámbito de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Sobre este particular, el voto de mayoría, como el de minoría parecen haber agotado los argumentos a favor de sus respectivas posturas. Por ello, nos detendremos sobre el segundo aspecto que otorga interés a la sentencia: el razonamiento judicial empleado por el Tribunal Constitucional para llegar a las conclusiones que llevaron a acoger el requerimiento de los senadores recurrentes.

La cuestión de si una determinada indicación se encuentra o no dentro del dominio de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República no es evidente. Resolver si una disposición específica está comprendida dentro del conjunto de materias que solo el Presidente puede proponer requiere una serie de distinciones y

la aplicación de diversos criterios interpretativos. En última instancia, se trata de dotar de contenido práctico, en un caso concreto, a las normas constitucionales, que son las que trazan la línea entre una declaración política y una norma jurídica. Por ello, el razonamiento del Tribunal es crucial, ya que constituye el núcleo que define ese límite, y, aunque no es vinculante para futuros casos, envía una señal a los actores políticos sobre las reglas que deben seguir al ejercer sus competencias.

Además, existe un elemento importante en relación con la constitucionalidad del actuar de los legisladores y, en general, de todos aquellos cuyas acciones deben ajustarse a la Constitución y las leyes. El razonamiento judicial es la herramienta de defensa de la Constitución, ya que, en toda cuestión de constitucionalidad, como la que se analiza en este artículo, se presume una transgresión a la Carta Fundamental. La particularidad de la jurisdicción constitucional es que protege el imperio de las normas constitucionales, las cuales, en

nuestro sistema jurídico, no son simples declaraciones políticas. Como lo recuerda el Código Civil, constituyen la expresión más alta y profunda de la voluntad soberana. Al mismo tiempo, la defensa de la Constitución es el contrapeso frente al abuso de los poderes públicos y afirma el principio democrático de que estos solo pueden ejercerse dentro de los límites establecidos por la Constitución. De esta manera, el razonamiento judicial expone de forma precisa cómo deben actuar quienes ejercen funciones públicas para ajustar su conducta al orden constitucional vigente, siendo esta la nota distintiva de su organización, composición y atribuciones¹¹.

1. La importancia del razonamiento judicial y, en especial, del de la judicatura constitucional

Como señala Agustín Squella, a propósito de una cita de MacCormick, “los jueces serían constructores de sillas, no de cadenas” (Squella, 2006, p. 286). Esta metáfora es relevante ya que delimita lo propio del trabajo de los jueces: ellos no están llamados a determinar la verdad mediante razonamientos lógicos estrictos, tal como ocurre con los eslabones de una cadena; por el contrario, “el razonamiento jurídico es un asunto de pesar y considerar todos los factores que variadamente cooperan a favor de una conclusión determinada, y balancearlos con los factores que apoyan la conclusión contraria. Al final, se llega a la conclusión sobre un balance de razones antes que por inferencias desde premisas a conclusiones. Estas razones a favor de una conclusión son mutuamente independientes, ofreciendo cada una un conjunto de fundamentos para ella, de modo que un error en una de ellas no deja a la conclusión sin apoyo” (Squella, 2006, p. 286). Siguiendo

este enfoque de Squella, el razonamiento judicial es un razonamiento práctico, que busca justificar una decisión adoptada, y dicha decisión debe ser capaz de convencer al juez que la dicta, a las partes que litigan y, con mayor razón, a cualquier analista que deba revisar la sentencia.

Desde una vertiente *iusfilosófica* distinta, Gonzalo Ibáñez vuelve sobre la historia del derecho para recordarnos que la judicatura está llamada a resolver solamente los conflictos de naturaleza jurídica, porque en la antigua Roma “a la parte que corresponde a cada litigante –lo suyo de cada uno– los romanos la denominaban *ius* y de ahí que al tercero llamado a resolver la disputa lo denominaban *iudex*, esto es, “el que dice el *ius*” y lo dice en un instrumento que se denomina *iudicium*, esto es, *ius dictum*, o *ius* dicho. El juez no inventaba la solución del conflicto; no era a él a quien correspondía establecer qué parte de la cosa disputada correspondía a cada litigante. Su tarea era descubrir esa parte y, en el *iudicium*, mostrarla y decirla. Por eso, la facultad en virtud de la cual decía lo suyo de cada uno de los litigantes se denominaba *iurisdictio*, esto es, dicción del *ius*.” (Ibáñez, 2010, p.20). Desde esta perspectiva, el razonamiento judicial es relevante porque es la herramienta para ponderar los hechos y vincularlos con el derecho, para desarrollar, en suma, el método de análisis y razonamiento jurídico que permite, a partir de los hechos, esclarecer qué es lo de cada cual. De esta manera no puede haber *ius* si no hay un razonamiento que permita determinarlo.

En algún sentido, entonces, el razonamiento judicial constituye la medida de legitimidad, de eficacia y de validez de la sentencia. El fundamento es la base que permite sustentar, no solo desde un punto de vista ló-

11. Con ocasión de exponer que el Tribunal Constitucional de la Constitución de 1980 constituía un poder neutro, siguiendo los postulados de Constant, Teodoro Ribera, con gran lucidez, afirmó que “todos estos antecedentes demuestran que en Chile el Tribunal Constitucional no pertenece al Poder Judicial ni a ninguna de las otras funciones clásicas del Poder Estatal, sino que fue contemplado para su control, con amplias facultades para velar por la supremacía de la Constitución, la protección de la democracia y del Estado de Derecho en general” (Ribera, 1987, p. 89).

gico, sino sobre todo desde un punto de vista estrictamente funcional, la resolución de la controversia: si la sentencia no permite zanjar definitivamente el asunto controvertido, entonces aun cuando resuelva el caso particular, no habrá cumplido su rol de servir como pauta para futuras controversias. Si bien la sentencia está llamada a resolver un caso en particular, en la sede constitucional cumple una función esencialmente delimitadora de los bordes de la acción de los actores políticos e institucionales que deben someter su acción a la Constitución, especialmente por las acciones llamadas al control del ejercicio de potestades públicas. En el caso concreto, si el razonamiento para determinar si una indicación ha sido o no conforme a la Constitución y si ella se encuentra dentro del ámbito de las materias que se han reservado en exclusiva al Presidente de la República, no resulta satisfactorio para ambas partes y, más aún, para terceros que la examinan, dicha sentencia no ha contribuido con su rol de preservar y defender el orden constitucional vigente, pues éste no puede sostenerse sobre interpretaciones ambiguas ni puede operar sobre límites difusos. Tal como afirmó Ribera, en 1989, “el Tribunal ha sabido reconocer que su autoridad sólo puede basarse, para que tenga una aceptación general, sobre la argumentación de sus sentencias, como que su legitimación actual y futura depende, a la larga, de su capacidad de cooperar a fortalecer el consenso constitucional y de incorporar a éste a amplios sectores sociales y políticos” (Ribera, 1989, p.196).

2. El problema de la argumentación partisana e inorgánica en la sentencia

La cuestión de constitucionalidad que originó la sentencia en cuestión era una buena oportunidad para realizar un ejercicio interpretativo que hubiera permitido aclarar una cuestión constantemente controverti-

da, como es la determinación de los límites de la iniciativa exclusiva del presidente de la República. Tal como en el pasado lo hicieron otras sentencias¹², el esfuerzo del Tribunal Constitucional había estado enfocado en esclarecer conceptos y fijar los bordes necesarios para que la política no desbordara el orden constitucional. La idea de seguridad social, su alcance y relación con otros derechos, como el derecho a la salud, debieron ser los temas centrales, junto con un análisis detallado de qué es lo que resolvió la Corte Suprema y cómo ello se relaciona con la iniciativa como potestad pública y con la iniciativa exclusiva como restricción de esta. Pero, lo más importante, un examen completo de los argumentos, ponderados y equilibrados, como si se tratara de un constructor de sillas.

Lamentablemente, la sentencia en estudio no busca justificar una opción interpretativa ni contribuir a esclarecer conceptos jurídicos indeterminados para alcanzar una mejor comprensión de las normas constitucionales que nos rigen. Al contrario, está estructurada como una cadena débil de argumentos que busca justificar la posición de los jueces, como si, ante una cuestión controvertida traída para su resolución, ellos pusieran sus esfuerzos en convencerse a sí mismos antes que resolver la controversia. Además, carece de argumentos que hagan sentido desde un punto sistémico para un mejor acierto en cuestiones constitucionales que son naturalmente interpretables y argumentables. En este sentido, la sentencia no logra construir una argumentación que permita ser lo suficientemente robusta para zanjar la controversia.

Una primera muestra de ello radica en las numerosas veces que los sentenciadores de mayoría citan a senadores que luego serían autores de la indicación impugnada, cuando en el trámite de comisión, estos reconocen

12. Además de las sentencias del Tribunal Constitucional roles N°786-07 y N°1867-10, referidas supra, pueden mencionarse, entre muchas otras, las sentencias roles N°1405, N°3146, N°3874, N°4973, N°5025, N°5232, N°5654 y N°7015 con relación al concepto de tributo; el rol N°247, con ocasión de la diferencia entre tasa e impuesto; y N°790 y N°3036, a propósito del concepto de carga pública.

que la propuesta que luego devendría en la indicación N°8 sería parte de la Seguridad social y propia de la iniciativa exclusiva del presidente de la República¹³. Este enfoque parece más cercano a un escrito de réplica que a un razonamiento ponderado de un juez, porque los miembros del Congreso Nacional son esencialmente políticos, siendo consustancial a su trabajo el poder cambiar de opinión, ser persuadidos y aprender de las numerosas fuentes de información que reciben. Por ello, llama la atención que la mayoría del tribunal, como argumento para abonar alguna de sus tesis, cite convenientemente en un momento a algunos senadores autores de la moción, pero no lo haga en otros donde su parecer fue distinto, como ocurrió con la intervención del senador Gahona en la Sala de Sesiones¹⁴.

Pero, más allá de lo anecdótico que puede resultar que la mayoría del Tribunal construya parte de sus consideraciones sobre opiniones puntuales de ciertos actores del proceso legislativo, llama la atención la forma en que sustenta su razonamiento, pues la estructura del argumento expuesto en el considerando séptimo de la sentencia presenta una orientación extremadamente parcial, no tanto porque de ella se desprenda la adhesión previa a una determinada postura, sino porque parece asumir que la naturaleza de la resolución del problema constitucional que se le plantea es adjudicar la razón a una de las partes antes que resolver un problema de interpretación constitucional debiendo tomar posición por una de las opciones interpretativas que pueden tomarse para fijar el sentido y alcance del

13. Por ejemplo, en el considerando décimo: “que, a su vez, la indicación misma persigue igual objetivo, y eso se acredita con la discusión habida en el Senado de la República, porque a propósito de la indicación N°13 B, declarada inadmisibles y que en lo que interesa (pues se ampliaba a facultades de la Superintendencia de Salud, cosa que la indicación N° 8 no hace), el Honorable Senador Gahona, autor de la iniciativa junto al Honorable senador Chahuán, expresó en parte de su intervención que la idea era: “que los ajustes sean lo menor posible y que el precio base no tenga que subir en demasía” y, luego: “El sentido de todo esto es darle viabilidad al sistema...”. A su turno, el Honorable Senador Chahuán expresó que las indicaciones, conforme al parecer de los expertos, permiten “la sustentabilidad financiera del sistema”. Todavía más; respecto de la indicación 13 C, también declarada inadmisibles, y que igualmente proponía que los pagos “en forma de excedentes”, referidos a cobros en exceso realizados por las ISAPRES se distribuyeran a prorrata entre los beneficiarios cuyos pagos fueron superiores al que correspondía de haberse aplicado la tabla única de factores, el Honorable Senador Gahona expresó: “Es por ello que, como cualquier seguro, y más en el contexto de una tabla de factores que eliminó las diferencias por sexo de los afiliados, generando subsidios cruzados entre hombres y mujeres en la lógica de la seguridad social, estos se calculan de manera sistémica, y eso es lo que se plantea en la indicación” (el destacado es nuestro). Más allá que en la seguridad social la mutualización se refiera a la distribución de riesgos y beneficios entre los afiliados, y en la indicación esa fórmula se extrapola a la acreencia de estos respecto de las ISAPRES, el caso es que sin duda se trata de un concepto ajeno a las obligaciones personales, y propia, en cambio, de sistemas de seguridad social”.

14. Tal como consta en la historia de la ley, durante la discusión en Sala el Senador Gahona realizó la siguiente intervención: “el señor GAHONA.- Presidente, en primer lugar, el Ejecutivo ha manifestado su oposición a las indicaciones, tal como lo hace el Senador Castro, por cuanto estas supuestamente infringirían el artículo 76 de la Constitución, que dispone lo siguiente: “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Del tenor literal de la sentencia de la Corte Suprema que motiva la presentación de este proyecto de ley se desprende que en ningún caso -y lo dijo el Senador Castro- la Corte descarta un mecanismo de cálculo de la deuda, señalando explícitamente que, por otra parte, “considerando el carácter eminentemente cautelar de la acción deducida, no es posible, por esta vía, determinar la existencia de eventuales cantidades a devolver y su monto,” -eventuales cantidades y su monto!- “razón por la cual será el órgano fiscalizador quien, en su caso, determinará la forma de proceder a su cómputo y diseñará las directrices, forma y condiciones de devolución, en caso de corresponder”.

En síntesis, la Corte Suprema no determina ni siquiera que existan montos a restituir, habla de “eventuales”, ya que estos serían -como dije- eventuales. Tampoco define su monto, pues corresponde al órgano fiscalizador determinar su cómputo, determinar las directrices, las formas y las condiciones de devolución, en caso de corresponder. Por lo tanto, el Máximo Tribunal no plantea ni el mecanismo de cálculo ni la magnitud de las obligaciones a devolver.

En consecuencia, me parece que esta indicación, que corresponde a la mutualización, es perfectamente admisible, Presidente”.

precepto en cuestión para luego determinar si el caso sub-lite es subsumible en la norma respectiva, a la luz de su interpretación¹⁵.

El camino para llegar al razonamiento de la mayoría se ha señalado en el considerando séptimo. En él, el tribunal comienza por dilucidar “si estamos o no ante una regulación que se refiera a cotizaciones de salud, o solo ante una fórmula de pago de una deuda civil”¹⁶; luego, el Tribunal señala que “si, en caso de tratarse de cotizaciones de salud, estas 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”¹⁷; finalmente, el razonamiento buscará resolver “si, aunque se tratara de un caso relativo al derecho a la seguridad social, puede encuadrarse la indicación N°8, en estudio, en el marco del artículo 65 de la Constitución, esto es como materia de iniciativa exclusiva del Presidente, desde que, según el Honorable Senado, esa iniciativa se reserva solo para casos en que se afecte o pueda haber afectado el erario público”¹⁸.

Como hemos recordado numerosas veces, la cuestión que se discute es si una determinada indicación se encuentra o no dentro del ámbito de la iniciativa exclu-

siva del presidente de la República. Una aproximación ponderada a dicho asunto habría sido analizar o, al menos, establecer los fundamentos interpretativos de la sentencia: explicar qué se entiende por y cuál es la extensión de la seguridad social y cuándo una determinada materia, distinta, incide en ella; luego, revisar su propia jurisprudencia, no solo para poner en valor el acervo interpretativo, sino sobre todo, buscando sentar las bases del fallo en anteriores resoluciones que pueden ilustrar la presente, dándole continuidad a la forma en que se ha interpretado la Constitución o bien, justificando el cambio en los criterios, si fuese en cualquiera de ambos, el caso. Luego, el ejercicio para correlacionar la conceptualización con el caso concreto, no solo a la luz de los argumentos de las partes, sino también del propio conocimiento del tribunal.

Sin embargo, la sentencia parece estructurarse en rebatir los argumentos que ha planteado el Senado, sin ahondar mayormente en los conceptos y en sus efectos; o bien, al profundizar o complementar aquellos esgrimidos por los recurrentes. Tal como indicaremos más adelante, la sentencia aborda de manera asistemática en diversos considerandos y en diversos momentos argumentativos el concepto de seguridad social, pero no es capaz de construir un concepto o una suerte de hermenéutica para poder discernir qué es seguridad social para los efectos del artículo 65 inciso cuarto de la Constitución y qué no, a la vez que tampoco se hace

15. A este respecto, Nogueira ha señalado que “las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los tribunales constitucionales, tanto desde un punto de vista jurídico como de su trascendencia política, ya que dicha decisión se refiere a la Constitución Política del Estado, como asimismo, porque tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales que modelan y determinan el contenido de la normativa infra constitucional.

La sentencia de un Tribunal Constitucional es más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de Justicia, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho, es además una decisión con trascendencia política” (Nogueira, Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, pp. 243-244).

16. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la indicación signada bajo el N°8 propuesta por los H. Senadores Sra. Ebensperger y Sres. Chahuán, Durán, Moreira y Sanhueza, al artículo 3° 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 N°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 previsional, contenido en el Boletín N°15.896-11, rol N°15.180-2024, considerando séptimo.

17. *Idem*.

18. *Idem*.

cargo de qué materias son o no parte de la seguridad social y cómo ellas pueden o no incidir en la seguridad social y cuándo esto último se verifica, de ser el caso. Así, la sentencia arriba a sus conclusiones mediante generalizaciones, como referirse a que la indicación impugnada busca asegurar la pervivencia del sistema de salud privado y que, por ello, termina, entre otras razones que no parten desde la Constitución, afirmando que ella se encuentra dentro del dominio de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Estas generalizaciones poco permiten construir el ejercicio de un poder neutro, que sea, sobre todo, garante y defensor de la Constitución (Ribera, 1987).

Es curioso que el Tribunal, en su voto de mayoría, determina que el contexto adecuado para interpretar la indicación impugnada sea el mensaje del Presidente de la República antes que la Constitución misma. El considerando noveno se refiere precisamente a esta cuestión, y en él los sentenciadores afirman derechamente que las normas del proyecto de ley tienen un impacto sistémico en un determinado subsistema de protección de la salud, que forma parte de un sistema de protección social de la salud. Por tanto, si la indicación se enmarca en tales fines, entonces su naturaleza es de seguridad social. Así, el Tribunal no contextualiza la indicación en estudio dentro del sistema constitucional, su dogmática y acervo interpretativo, sino que enmarca su estudio dentro del proyecto de ley y, especialmente, en la exposición de motivos que formula el Presidente de la República. Es decir, esta vía argumentativa constituye al contexto del proyecto de ley en una especie de pantalla, porque la constitucionalidad de la indicación estaría tras la pantalla del contexto contenido en el mensaje del proyecto de ley, y debería, por tanto, someterse a éste cuando sea necesario esclarecer su constitucionalidad. El examen de constitucionalidad que debe realizarse frente a las normas constitucionales, queda, sin embargo, impedido por la pantalla del contexto.

Paradójicamente, esto se asemeja al examen que se rea-

liza de las ideas matrices respecto de las indicaciones: una indicación deviene inconstitucional cuando sale del contexto del proyecto, porque lo transforma en misceláneo y las denominadas “leyes misceláneas” han buscado limitarse a través de nuestra historia constitucional, haciendo en tal sentido ingentes esfuerzos el constituyente de 1980. Sin embargo, la cuestión planteada no dice relación con la adecuación de la indicación a las ideas matrices, sino si su contenido es o no de aquellos que forman parte del conjunto de preceptos propios de la iniciativa exclusiva. Por ello, como es un juicio respecto del ejercicio de una potestad, este debe realizarse a la luz de la supremacía constitucional, es decir, si el ejercicio de la iniciativa está o no conforme con el artículo 65 de la Constitución. Y, por ello, es que el razonamiento de la mayoría no se ajusta a la exigencia del principio de supremacía constitucional: el proyecto de ley puede ser un antecedente, pero la indicación debe verse en su mérito frente a la Constitución, porque en tanto ella se encuentre dentro de la idea matriz del proyecto de ley –cuestión que no fue esgrimida por los recurrentes como vicio ni señalada como tal por el Tribunal– la regla general es que la iniciativa permite participar en igualdad de condiciones respecto del Presidente de la República en la formación de las leyes, salvo que se trate de una materia que es propia de la iniciativa exclusiva.

Los considerandos undécimo y duodécimo, a su vez, retoman un análisis particularísimo de la indicación antes de haber sentado las bases necesarias para entender, de manera objetiva, qué es la seguridad social y cuándo algo incide en ella. En los considerandos señalados, la mayoría del Tribunal realiza un análisis casi esencialista, cuestión curiosa considerando la trayectoria *iusfilosófica* de varios miembros de la mayoría: “es claro que la indicación N°8 no puede estimarse simplemente una fórmula de pago de una deuda civil, sino que es una norma que persigue un fin mucho más allá de eso; se trata de un precepto que busca impactar directamente en el sistema de protección social de la sa-

lud, posibilitando, en opinión de sus autores, que ese sistema de prestadores privados siga funcionando y, en concordancia con lo que también plantea el mensaje presidencial, que como consecuencia todo el entramado de protección público-privada de la salud siga siendo financieramente sostenible”¹⁹. Posteriormente, y sin tener a la Constitución y su dogmática a la vista, la mayoría señala que la fórmula de mutualización es propia de la seguridad social y por tanto ajena al pago de una deuda civil. Hasta aquí, la sentencia nada dice de qué deberíamos entender por seguridad social para poder afirmar que una determinada indicación es subsumible o no dentro de dicho concepto ni menos para poder ponderar si las afirmaciones del Tribunal están o no dentro de un mismo sentido de seguridad, porque una cuestión que habría sido propicia de esclarecer, por ejemplo, si el concepto del derecho a la seguridad social del numeral 18 del artículo 19 de la Constitución tiene el mismo sentido y alcance que el de normas sobre seguridad social que señala el numeral 6º del inciso cuarto del artículo 65 de la Carta Fundamental.

Con relación a lo anterior, la mayoría del Tribunal expone que la mutualización es propia de los regímenes de seguridad social, porque dicha fórmula aborda el problema desde la perspectiva de las prestaciones colectivas y compensadas, es decir, ajenas a la lógica de las deudas civiles, que son exclusivamente individuales o, si se comparten, divididas en cuotas que se corresponden con los derechos que a cada cual le pertenecen. Sin embargo, esta aproximación al problema no es correcta, porque confunde una cuestión conceptual, esto es, si las fórmulas de mutualización son propias de regímenes de seguridad social, con una práctica: si la fórmula de la indicación impugnada corresponde a una materia que, de acuerdo al artículo 65 de la Constitución (en sus términos con-

cretos y no en otros), se encuentra o no dentro del dominio de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Nuevamente, la falta de una mayor organicidad en la argumentación parece revelar que la mayoría de sus integrantes no abordó el tema central de la controversia y, en vez de ello, prefirió simplemente tomar partido por una de las posiciones.

Los considerandos decimotercero y decimocuarto son particularmente reveladores del espíritu partisano en la argumentación de la sentencia: ante la falta de una construcción objetiva para poder elucidar el sentido de un concepto, los sentenciadores de mayoría se dedican a rebatir específicamente los argumentos dados por la Mesa del Senado, así como por algunos de los parlamentarios que intervinieron en la discusión del proyecto de ley, llegando a interpretar lo que algunos de ellos expusieron durante el trámite del proyecto. Al Tribunal Constitucional toca interpretar mediante sus fallos las normas constitucionales, no las intenciones de los miembros del Congreso Nacional ni tampoco rebatir argumentos, sino ponderarlos y, propiamente, juzgarlos, es decir: atribuirles razonadamente pertinencia o impertinencia para alcanzar un racionamiento constitucional suficiente para resolver la controversia jurídica que se ha puesto en su conocimiento.

En este orden de argumentos, en el considerando decimocuarto, se desarrolla una exposición relativa a desvirtuar la naturaleza civil de la deuda reconocida eventualmente por la Corte Suprema. En ella el tribunal entiende que un efecto de la indicación, por ser una fórmula propia de la seguridad social, es convertir a la deuda en cotización. La pregunta que toca al analista formularse es si, conociendo de una cuestión de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe resolver sobre la naturaleza de las prestaciones ordenadas a enterar por una sentencia de la Corte Suprema o, por

19. *Ibid*, considerando undécimo.

el contrario, construir una argumentación respecto de los conceptos constitucionales para dilucidar si una determinada actuación parlamentaria se encuentra o no dentro de los márgenes que la Constitución establece. Los primeros quince considerandos de la sentencia son abundantes en disquisiciones sobre cotizaciones, excedentes, excesos y otras materias propias de los tribunales ordinarios, pero no en disquisiciones constitucionales propias de la magistratura constitucional.

Recién en el considerando decimoséptimo el Tribunal Constitucional se remite a aspectos doctrinarios para poder construir un fundamento de qué es lo que se ha de entender por seguridad social. Para ello recurre a definiciones de la Organización Internacional del Trabajo, a partir de diversas convenciones. Basta con citar unos cuatro convenios para dar por cerrada una discusión que resulta ciertamente más profunda: “luego, con toda claridad el sistema de protección al acceso a la salud, forma parte del concepto que analizamos”²⁰. El considerando decimooctavo, donde se recuerda diversa doctrina, y los considerandos decimonoveno y vigésimo, quedan sencillamente reducidos en su importancia porque el Tribunal ya ha señalado, sin necesidad de ellos que la protección de acceso a la salud forma parte de la seguridad social. Y aun cuando en el voto disidente se entregan argumentos tanto de doctrina como de jurisprudencia, en una materia central para el ejercicio de las potestades públicas, el Tribunal no se molesta en siquiera explicar o contrastar argumentos. El único momento en el cual hay un ejercicio de ponderación es en el considerando vigésimo primero, en el cual el Tribunal rebate los argumentos dados por el abogado del Senado en estrados.

Conviene, con todo, detenerse en el considerando vigésimo, en que la mayoría del Tribunal considera “*el fallo fundamental*” al dictado con ocasión del rol N°1.710-10, donde la magistratura constitucional declaró, de oficio, que determinados numerales del artículo 38 ter de la ley

N°18.933, que trataban, precisamente, de las tablas de factores que determinan el precio de los planes de salud ofrecidos por las ISAPRES eran inconstitucionales. Aquí se argumenta que el fallo versó sobre disposiciones de salud previsional y que se entendió por el Tribunal que las normas en comento vulneraban, entre otros, al numeral 18° del artículo 19 de la Constitución, a saber, el derecho a la seguridad social. Pero, hay tres consideraciones que la mayoría del Tribunal enfatiza:

- el contenido de la seguridad aparece cuando se interpreta sistemáticamente el texto constitucional;
- hay una estrecha vinculación entre el derecho a la salud y a la seguridad social; y
- el contrato de salud no es una convención civil, sino que se enmarca en un contexto de derechos constitucionalmente garantizados, por lo cual su régimen es propio de orden público.

Tales consideraciones, sin embargo, pese a ser consideradas como “fundamentales”, no dicen relación con la cuestión controvertida: ¿es la indicación N°8 propia de la iniciativa por abordar materias de seguridad social? A esto el Tribunal ha tratado de responder por la vía de señalar que la indicación recae sobre excedentes y que ellos son propios del régimen de cotizaciones previsionales, por lo cual pertenecen a las materias de seguridad social. Pero dicho análisis, construido como cadena, omite la necesaria ponderación y respuesta de preguntas que quedan en el aire: ¿el fallo, calificado como fundamental, trata sobre materias que permitan extender sus razonamientos y conclusiones por analogía? ¿Es lo mismo preguntarse por la constitucionalidad de un precepto legal de orden sustantivo que de una norma cuya vigencia y eficacia se extingue una vez que su propósito se cumple al cumplirse un fallo judicial? No es el objetivo de este artículo responder a esa pregunta, pero sí relevar que era una cuestión importante en el razonamiento

20. *Ibid*, considerando decimoséptimo.

judicial y que está, por desgracia, ausente.

En otro orden de ideas, llama la atención el rol que tiene el considerando vigésimo tercero donde la mayoría señala como fuente para fundar su razonamiento la jurisprudencia de los tribunales ordinarios. Es curioso, porque la naturaleza de la jurisdicción común es distinta a la jurisdicción constitucional y los razonamientos que uno y otro deben emplear también lo son. Los asuntos que la jurisdicción común resuelve son casos particulares y aplicaciones de leyes muchas de las cuales cuentan con desarrollos infraleales que permiten precisar y entender de mejor manera el sentido y alcance de los preceptos legales, como ocurre con los reglamentos, los dictámenes de la Contraloría General de la República o las numerosas interpretaciones administrativas que realizan las diversas superintendencias para poder completar o aclarar puntos oscuros o dudosos que puedan desprenderse de la aplicación de las leyes, no siendo consustancial a la jurisprudencia común la determinación de los detalles de la legislación. Sin embargo, en el caso de la jurisdicción constitucional, la referencia es constantemente a la Constitución misma, buscando responder la pregunta respecto de si tal o cual actuación o tal o cual interpretación es o no conforme a la Carta Fundamental; y para poder esclarecer aquella duda, es necesario desentrañar el sentido y el alcance que la Constitución le da a los preceptos respectivos a través del tiempo, pudiendo, para esta tarea, adoptar diversos enfoques hermenéuticos. Por tanto, la diferencia en la estructura del razonamiento entre una judicatura y otra hace poco plausible que la justicia ordinaria sirva como referencia y fundamento para la resolución de un asunto de naturaleza exclusi-

vamente constitucional.

Finalmente, los considerandos vigésimo cuarto a vigésimo séptimo, de manera relativamente inconexa, vuelven sobre el concepto de seguridad social. Cuesta, sin embargo, entender por qué esa clase de razonamientos, que habrían servido para establecer un acervo común para fundar una sentencia mucho más comprensiva, se encuentran al final, sin mayor importancia, pues lo substancial de la sentencia ya ha sido concluido.

En los considerandos que hemos comentado, el Tribunal en la opinión de mayoría pone mucho énfasis en rebatir y en entregar argumentos para afirmar una posición, pero no aparece un razonamiento estructurado que permita dilucidar la cuestión de constitucionalidad que le da origen. Volviendo a la metáfora de que los jueces deberían estructurar sus sentencias como quien construye sillas antes que quien forja cadenas, estos considerandos tienen la particularidad de constituir precisamente, una sucesiva concatenación de argumentos orientados a sustentar una tesis que está lejos de dar luz sobre el contenido de la Constitución, sino que, por el contrario, parece querer fundamentar una de las posiciones que ha hecho suya. Como hemos señalado en la distinción, la nota fundamental de la jurisdicción constitucional radica en poder esclarecer y actualizar el contenido de la Constitución, a la vez que deslindar los márgenes de acción de los poderes públicos.

V. CONCLUSIONES

Si volvemos sobre la idea de Ibáñez de entender al Derecho –y en especial a la función judicial– como una forma de descubrir qué es lo suyo de cada cual, esta sentencia, aun cuando ha resuelto el problema que se ha traído a su conocimiento, no ha permitido levantar el velo respecto de cuándo o bajo qué criterios deberíamos entender que las materias de seguridad social o aquellas que inciden en ella constituyen un límite a la iniciativa que poseen los miembros del Congreso Nacional. Junto a esta falta de claridad, la sentencia ha traído también una penumbra: a pesar de reiterar en el considerando vigésimo noveno que la iniciativa exclusiva es una norma excepcional y que, por tanto, debe interpretarse restrictivamente, el efecto práctico del fallo es que ha extendido la iniciativa exclusiva a todo lo relativo al derecho a la salud, de modo que cualquier materia que se relacione con cotizaciones de salud, está dentro del dominio de la iniciativa exclusiva. Así, por ejemplo, y como recuerdan los disidentes, las leyes N°20.317 (irrenunciabilidad de los exceden-

tes) y N°21.173 (administración y uso de ellos) fueron originadas en mociones parlamentarias y según consta en los expedientes de tramitación, no se formularon cuestiones sobre su admisibilidad. Ambas mociones, a la luz de esta sentencia del Tribunal Constitucional habrían sido consideradas inadmisibles.

Pero, más allá de los casos particulares, se advierte que esta sentencia ha restringido el ámbito de la iniciativa parlamentaria, cuestión que resulta preocupante, pues exagera el dominio exclusivo de la iniciativa presidencial en materias que ello no debería ocurrir. Como bien recuerda Silva Cimma, “es preciso no perder de vista que en la norma constitucional chilena, el orden de la actividad legislativa está entregado a los colegisladores, que son los que clásicamente se denominan poderes Ejecutivo y Legislativo. De esta manera no hay un poder legislativo propiamente tal sino que un Congreso que, junto con el Presidente de la República, concurre a la formación de las leyes y también a

la gestación de la norma constitucional misma” (Silva Cimma, 2008, p. 23). Precisamente porque, tal como recuerda Silva Cimma, hay una profunda interpenetración en las facultades de los legisladores, el rol del Tribunal Constitucional fue, ha sido y sigue siendo el de árbitro entre los conflictos de los poderes públicos y, especialmente entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República.

En este sentido, la sentencia que estudiamos se enmarcó dentro de un conflicto político particular: el que ocurrió con ocasión de la denominada “Ley Corta de ISAPRES”. En él, la discusión sobre la fórmula de la mutualización no fue cuestionada públicamente por ser contraria a la Constitución, sino por reducir los montos que deberían haber sido devueltos a los cotizantes, precisamente para evitar el colapso financiero del sistema privado de salud. La discusión jurídica, entonces, se dio en ese marco, donde el temprano requerimiento de los senadores oficialistas, apenas culminado el primer trámite constitucional, buscó impedir que una norma que contó con apoyo mayoritario en el Senado no pudiera continuar su trámite. Probablemente, el repentino sentido de celo constitucional –incluyendo el de muchos que apoyaron en su momento los retiros “extraordinarios y por única vez” de los fondos de pensiones, cuyos articulados transitorios perviven aún en la Constitución como verdaderas cicatrices del mayor ultraje constitucional y democrático de las últimas tres décadas– tuvo su causa en que la cuestión de constitucionalidad era el medio idóneo para que el Gobierno no sufriera una derrota política, toda vez que la Superintendencia de Salud, casi de manera temeraria, había fijado en la discusión pública la suma total de la deuda que se desprendía de su propuesta de cálculo plasmada en el mensaje. Como hemos señalado, la fórmula de la indicación N°8 disminuía significativamente dicho guarismo debido a la mutualización de la deuda. Asegurarse de que no se emplee políticamente la jurisdicción constitucional es una de las tareas del Tribunal Constitucional. Es pro-

bable que, por lo feble de la argumentación que entregó, esta tarea no haya podido ser debidamente lograda, al menos en esta sentencia.

Quizás, es verdad aquello que decía Marx en el Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte: “Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal aparecen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y la otra como farsa” (Marx y Engels, 1981, p. 404). En nuestro caso, los hechos que gatillan el surgimiento del Tribunal Constitucional parecen volver: sucesiones de conflictos constitucionales entre el Ejecutivo y el Congreso, presidentes que reclaman que el Congreso no los deja gobernar o actos que solo pueden encuadrarse dentro del inolvidable “parlamentarismo de facto” que proclamara hace algunos años un senador hoy oficialista, frente a las sucesivas transgresiones al texto expreso de la Constitución para sustituir en los hechos la conducción del Ejecutivo. Y si bien antes los conflictos se dieron en el contexto de luchas de poder revestidas con la trágica prestancia de conflictos ideológicos globales, hoy ellos ocurren como vulgares farisas: pretendidos defensores de ideas en las cuales no se cree y conflictos políticos que no tienen sentido por ser *performance*.

Precisamente, recordando que el Derecho tiene por finalidad poder crear las condiciones y las instituciones para la paz social, de la cual participa también la paz política, es que el Tribunal Constitucional viene a ser la sede de los conflictos fundamentales que, por encontrarse dentro de la política, requieren de un tratamiento especial y, por extensión de una judicatura especial que pondere y arbitre conflictos políticos que deben encauzarse por medio del Derecho. Por el contrario, la sentencia en estudio ha eludido el ejercicio de la verdadera judicatura, cual es ponderar los argumentos, revisar su propia jurisprudencia y señalar cómo debemos entender los principios y las normas constitucionales. La consecuencia de esto es que la argumen-

tación deviene partisana, pareciendo que el Tribunal toma parte por una posición en el conflicto, antes que zanjar, de manera neutra, la controversia que conoce.

Así, frente a la sentencia que hemos comentado, no cabe más que concluir que el Tribunal Constitucional, en el voto de su mayoría, parece haber renunciado al cumplimiento de su deber más esencial: arbitrar el uso político de la Constitución y sus herramientas, evitando que ellas sean empleadas de manera partisana. Tal es el mayor pecado del juzgamiento estudiado: no haber puesto todo el esfuerzo necesario en entregar una sentencia que, por su ponderación, sobriedad y estructura, fuese lo suficientemente fuerte no solo para zanjar el conflicto particular, sino para fijar mediante la robustez de su argumentación, una línea de razonamiento infranqueable para los actores políticos, de forma que se pudiera ahondar en el lento, pero progresivo, debilitamiento del Estado de Derecho, por las mismas causas que, hace más de medio siglo, llevaron a establecer una judicatura constitucional especializada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°21.674. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8298/>.

Ibáñez, Gonzalo (2010): Derecho y Justicia. Lo suyo de cada cual. Vigencia del Derecho Natural. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

Nogueira, Humberto (2012): Derecho Constitucional Chileno. (Santiago, Legal Publishing, Tomo I).

Marx, Karl y Engels, Friedrich (1981): “El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte” en Obras escogidas en tres tomos (Editorial Progreso, Moscú, Tomo I), pp. 404 – 498. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1850s/brumaire/brum1.htm#i>.

Ribera, Teodoro (1987): “Función y composición del Tribunal Constitucional de 1980”, Estudios Públicos, núm. 27 (junio): pp. 77-112. Disponible en: <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1628>.

Ribera, Teodoro (1989): “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho. Aspectos relevantes de sus primeros 59 fallos”, Estudios Públicos, núm. 34 (marzo): pp. 195-228. Disponible en: <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1542>.

Silva Cimma, Enrique (2008): El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973). (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, núm. 38).

Squella, Agustín (2006): “Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales”, Revista de Derecho (Valdivia), vol. 19, núm. 1, pp. 277-292. Disponible en: <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/695/433>.

JURISPRUDENCIA CITADA

Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio con relación al artículo 38 ter de la Ley N°18.933 de 1990: Tribunal Constitucional, 6 de agosto de 2010, rol N°1.710-10.

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Senadoras y H. Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto de la indicación signada bajo el N° 8 propuesta por los H. Senadores Sra. Ebensperger y Sres. Chahuán, Durán, Moreira y Sanhueza, al artículo 3° 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 N° 18.469, en las materias que indica, crea un nuevo modelo de atención en el FONASA, otorga facultades y atribuciones a la Superintendencia de Sa-

lud y modifica normas relativas a las instituciones de salud previsional, contenido en el Boletín N° 15.896-11: Tribunal Constitucional, 01 de abril de 2024, rol N°15.180-24.

Anabalón con ISAPRE Colmena Golden Cross S.A. (2022): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2022 (recurso de protección), rol N°16.630-2022.