

9 de enero de 2025

**SENTENCIA DEL TC DECLARA INCONSTITUCIONAL GLOSA QUE
IMPEDÍA AL MINSAL FINANCIAR TERAPIAS HORMONALES EN MENORES
DE 18 AÑOS**

**Roles N° 15.981-24, N° 15.993-24, N° 15.994-24, N° 15.995-24, N°
15.996-24 y N° 16.000-24-CPT (acumulados).**

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) abarca diversos temas relacionados con la Ley de Presupuesto 2025, entre esos la Glosa 46 que en noviembre del 2024 había aprobado el Congreso Nacional para prohibir al Ministerio de Salud (Minsal) financiar terapias hormonales en niños, niñas y adolescentes trans.

Declararon inconstitucional la Glosa 46 la presidenta del TC, Daniela Beatriz Marzi Muñoz y los/as ministros/as Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, María Pía Silva Gallinato, Raúl Eduardo Mera Muñoz, Catalina Adriana Lagos Tschorne, Alejandra Precht Rorris y Mario René Gómez Montoya.

En tanto, votaron a favor de la Glosa los/as ministros/as Miguel Ángel Fernández González, Héctor Mery Romero y Marcela Inés Peredo Rojas.

La sentencia es de 84 páginas¹. El presente documento es solo un extracto de la sentencia que replica exclusivamente aquellos contenidos vinculados a la Glosa 46.

“5.2.1. Prohibición de financiamiento a gastos relacionados con la adquisición, prescripción o administración de medicamentos con fines de uso de terapia hormonal por el Ministerio de Salud. Glosa 46 nueva a la Partida 16 del Ministerio de Salud,

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO: En causa Rol N° 16.000, S.E. el Presidente de la República formula cuestión de constitucionalidad respecto de la Glosa 46, incorporada a la Partida 16 del Ministerio de Salud, por medio de una indicación que se lee a fojas 683, propuesta por los Honorables Diputados señores Andrés Jouannet, Miguel Mellado, Cristián Araya, Juan Irrázaval, José Meza, Benjamín Moreno, Agustín Romero, Stephan Schubert, Luis Sánchez y Renzo Trisotti y las Honorables Diputadas señoras Chiara Barchiesi, Sofía Cid y Catalina del Real.

OCTOGÉSIMO OCTAVO: El contenido de la glosa en examen es el siguiente: “El Ministerio de Salud no podrá financiar gastos relacionados con la adquisición, prescripción o administración de medicamentos con fines de uso de terapia hormonal, sea bloqueo de pubertad u hormonación cruzada, que formen parte o sean en si una forma de tratamiento de la disforia de género, sea o no clínicamente diagnosticada en menores de edad. Tampoco

¹ Sentencia completa se encuentra en este enlace: <https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2025/01/sentencia-TC-presupuesto-2025-.pdf>

podrá incurrir en gastos de personal, bienes y servicio de consumo para operaciones de reasignación de sexo que formen parte o sean en si una forma de tratamiento de la disforia de género sea o no clínicamente diagnosticada en menores de edad”.

OCTOGÉSIMO NOVENO: Contrastada con las respectivas normas constitucionales, la glosa transgrede los artículos 65 incisos tercero, cuarto, N° 2°, y final; 67 inciso segundo; y 69 inciso primero. Abarca materias reservadas a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en la determinación de funciones y atribuciones de servicios públicos y, con todo, excede las ideas matrices que la Carta Fundamental establece para el proyecto de Ley de Presupuestos, conteniendo un vicio que amerita la declaración de inconstitucionalidad por este Tribunal.

NONAGÉSIMO: La glosa contiene un alcance y contenido normativo que incide directamente en las funciones y atribuciones del Ministerio de Salud, las que se encuentran establecidas en el D.F.L. N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N°2.763, de 1979, y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469. Además, busca regular por medio de prohibiciones en la asignación de gastos materias que son propias de políticas públicas, invadiendo la reserva en la iniciativa legal que, a este respecto, está entregada por la Constitución de forma exclusiva al Presidente de la República. La contravención a la Constitución, por ello, y en necesaria consecuencia, implica vulneración a las ideas matrices del proyecto de Ley de Presupuestos que se contienen en sus artículos 67 y 69.

NONAGÉSIMO PRIMERO: Unido a lo antes razonado, al examinar en su integridad la Partida 16 del Ministerio de Salud, no constan asignaciones o glosas que se refieran directamente a gastos asignados sobre los cuales la disposición en análisis pueda encontrar fundamento para restringirlos. En contrario, la glosa sólo contiene prohibiciones para imposibilitar el desarrollo de una específica política pública, cuya determinación, en definitiva, debe ser desarrollada por medio de la deliberación democrática bajo el proceso de formación de la ley que al efecto establece la Constitución Política y con pleno respeto a los marcos de competencia que ésta dispone.

NONAGÉSIMO SEGUNDO: La glosa no crea un nuevo gasto que se pueda reducir; más bien, lo imposibilita del todo. Esta circunstancia produce que, además de lo anterior, se regulen cuestiones que son propias de la administración financiera y presupuestaria reservadas al Presidente de la República, en quien reside la iniciativa exclusiva para una eventual iniciativa legal.

NONAGÉSIMO TERCERO: El marco presupuestario de la Nación no es la vía constitucionalmente permitida para legislar a este respecto, lo que sería factible en la medida en que se cumpla la Constitución bajo una ley con una específica idea matriz, pero no en el ámbito de lo reservado en su artículo 67 y con los alcances de sus artículos 665 y 69. De acuerdo con lo razonado en la STC Rol N° 5735, c. 49°, por el “principio de distribución de competencias, [...] ninguna magistratura puede atribuirse otras atribuciones que las que expresamente se les hayan conferido; principio este último que no viene sino a

expresar, un pilar básico del Estado constitucional, cual es el de la separación de poderes y la existencia de frenos y equilibrios entre ellos”.

NONAGÉSIMO CUARTO: Así, debe declararse la inconstitucionalidad de la Glosa 46, incorporada a la Partida 16 del Ministerio de Salud, en actual examen.

DISIDENCIAS

Los Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y HÉCTOR MERY ROMERO, y la Ministra señora MARCELA PEREDO ROJAS, concurren a la sentencia, pero estuvieron por rechazar los requerimientos en las impugnaciones que a continuación detallan:

3. Glosa en Partida del Ministerio de Salud. Medicamentos con fines de uso de terapia hormonal

9°. Que la parte requirente solicita que se declare la inconstitucionalidad de la glosa 46 nueva, asociada a la Partida 16, del Ministerio de Salud, de la Ley de Presupuestos para el Sector Público correspondiente al año 2025, debido a que estiman que, al tener dicha disposición un origen parlamentario, vulneraría la iniciativa exclusiva del Presidente de la República establecida en el artículo 65, inciso tercero, e inciso cuarto, numeral 2°, de la Constitución.

10°. Que, para poder realizar el examen de control de constitucionalidad que la parte requirente solicita a esta Magistratura, corresponde examinar el contenido del precepto que se viene impugnando.

Es en el contexto del examen de la partida del Ministerio de Salud que se aprobó en el seno de la Tercera Subcomisión de Presupuesto, y posteriormente en las salas respectivas, se incorporó una glosa 36 nueva (actualmente glosa 46 nueva), en las glosas comunes de la Partida Ministerio de Salud. Esto hizo que quedara, en consecuencia, modificada la Partida 16, en los siguientes términos:

El Ministerio de Salud no podrá financiar gastos relacionados con la adquisición, prescripción o administración de medicamentos con fines de uso de terapia hormonal, sea bloqueo de pubertad u hormonación cruzada, que formen parte o sean en sí una forma de tratamiento de la disforia de género, sea o no clínicamente diagnosticada, en menores de edad. Tampoco podrá incurrir en gastos de personal, bienes y servicios de consumo para operaciones de resignación de sexo que forman parte o sean en sí una forma de tratamiento de la disforia de género, sea o no clínicamente diagnosticada, en menores de edad.

11° Que, primero, debe tenerse presente que si bien el constituyente ha señalado que ciertas materias son de iniciativa exclusiva presidencial, a partir de una interpretación armónica de

la Carta Fundamental, es ineludible concluir que **la iniciativa exclusiva presidencial es una excepción a las reglas generales sobre la tramitación de la ley.**

Lo mismo ha explicado esta Magistratura en su jurisprudencia, desde sus inicios, señalado que *“la iniciativa de ley en Chile está conferida, por regla general, tanto al Presidente de la República como a los miembros de la Cámara de Diputados y del Senado, en su calidad de órganos colegisladores, tal y como se desprende del inciso primero del artículo 65 de la Carta Fundamental.*

Así la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de ley constituye una excepción a dicha regla general, configurando una prohibición para los parlamentarios que, en cuanto tal, sólo puede ser interpretada restrictivamente. Si así no se entendiera podría llegar a desvirtuarse del todo la función principal del Congreso Nacional y el ejercicio de la soberanía que se cumple a través de él” (STC Rol N°786, c. 14°).

En la misma línea, se ha dicho que *“las normas sobre iniciativa exclusiva son limitaciones constitucionales al proceso de formación de la ley, en orden a que sobre ciertas materias sólo el Presidente puede hacer propuestas legislativas, sea por la vía del mensaje, sea mediante indicaciones o formulando vetos, por lo que, como reglas de excepción de derecho estricto, deben ser interpretadas restrictivamente”* (STC Rol N°1.867, c. 8°).

12°. Que, por lo tanto, al enfrentarnos ante un requerimiento que alega vulneración a la iniciativa exclusiva presidencial, e interpretando la Constitución de forma armónica, no podemos sustraernos del contenido y significado de los preceptos de las Bases de la Institucionalidad, en cuya virtud Chile es una república democrática, y la soberanía reside esencialmente en la Nación, realizándose su ejercicio por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece.

Así, cabe tener presente el contexto constitucional, para conciliar debidamente la potestad presidencial de iniciativa exclusiva de formación de las leyes con las características del régimen político vigente en Chile, en los términos que manda el artículo 4° de la Constitución. Vistas las cosas de este modo, aquella atribución supone una excepción al rol que corresponde al Congreso Nacional dentro del régimen de gobierno democrático. No podemos olvidar que el Parlamento es un órgano representativo por excelencia de la comunidad política.

Bien lo grafica el profesor Patricio Zapata al señalar que *“El rasgo esencial del sistema Presidencial es que la agencia política del Pueblo se expresa a través de dos órganos separados de representación política democrática: una Jefatura de gobierno y un Congreso Nacional. Dada esta separación, es posible que estos distintos órganos de representación expresen mayorías de distinto signo político. Y, en todo caso, la operatoria de la Jefatura de Gobierno no está funcionalmente subordinada a la confianza de la mayoría en el Congreso Nacional.*

El sistema Presidencial asume que el Congreso Nacional, comoquiera que se llame, está en condiciones de ejercer poder político autónomo. Ese poder se expresará típicamente en

potestades legislativas y en potestades de control o fiscalización. Ocurre, entonces, que en un régimen en el cual el Presidente domina totalmente al Congreso no es Presidencial, sino una autocracia o un cesarismo” (ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2024): “Justicia Constitucional”, pp. 378-379).

En consecuencia, una aplicación demasiado extensiva de la iniciativa exclusiva, como por lo demás lo ha advertido esta Magistratura, “(...) podría llegar a desvirtuarse del todo la función del Congreso Nacional y el ejercicio de la soberanía que se cumple a través de él” (c. 14°, Rol N° 786).

Así lo sostuvimos estos disidentes en la STC 15.180-24-CPT, c. 11, 12, 13, 16.

13°. Que, en virtud de lo expuesto previamente, no podemos inferir que el Parlamento se encuentre maniatado por la iniciativa exclusiva presidencial, de manera tal que sobre este órgano y sus ramas pese un deber general de pasividad en el proceso de formación de las leyes. No es así en general en el proceso de formación de la ley, tampoco es así en materia de deliberación de una ley de presupuestos. Sostener lo contrario transformar al Presidente en el único legislador, tarea que, nos parece obvio señalarlo, no le compete en forma exclusiva.

Así, debe concluirse que el Congreso no es un mero colaborador inconsciente del Presidente de la República. El Congreso puede y debe ejercer la potestad de concurrir en la formación de la ley sin quebrantar las prohibiciones que el texto constitucional impone, pero sin dar a tales prohibiciones un alcance desmedido, ajeno a la finalidad que la Constitución contempla, de un modo tal que le impida concurrir a la formación de las leyes.

I. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MOCIÓN PARLAMENTARIA

14°. Que lo anterior se ve confirmado por la práctica legislativa, pues existen múltiples leyes que establecen políticas de Estado en materia de salud cuya constitucionalidad no fue cuestionada a pesar de tener su origen en mociones parlamentarias.

Entre ellas, destaca la **Ley N°21.545, que establece la promoción de la inclusión, la atención integral, y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación.** Esta ley, iniciada por dos mociones parlamentarias (N°14.310-35 y N°14.549-35) claramente establece políticas de Estado en materia de salud.

En efecto, en su Título II, “*de los deberes del Estado*”, se señala claramente la forma en que el Estado deberá actuar respecto a las personas con trastorno del espectro autista; tal como lo hace la glosa impugnada al no permitir a órganos estatales la hormonización y las cirugías de reafirmación de sexo para niños.

A mayor abundamiento, dicho cuerpo legal tiene un Título III, “*de la atención en salud a las personas con trastorno del espectro autista*”, en el cual se desarrolla latamente la política que las autoridades estatales, entre ellas el Ministerio de Salud, deben adoptar respecto a la salud de las personas del espectro autista; lo cual es similar a la forma en que

la glosa 46 de la Partida 16 indica cuál es la política de Estado que el Ministerio de Salud debe adoptar respecto al tratamiento de niños con disforia de género.

15°. Que, en esta línea, también puede mencionarse la **Ley N°21.531**, que **crea ley de fibromialgia y dolores crónicos no oncológicos**, cuya tramitación inició en virtud de la moción N°14.746-11.

En ella, se establecen claras directrices estatales en materia de salud respecto a las personas que padecen este tipo de dolencias, estableciendo, por ejemplo, que el Estado velará para que ellas tengan libre e igualitario acceso al sistema previsional de salud y a su adecuada protección (artículo 4).

Además, establece que el Ministerio de Salud: i) podrá dictar protocolos para el cumplimiento de los derechos reconocidos en dicha ley (artículo 6); ii) velará por incorporar preguntas en encuestas, con la finalidad de conocerlos porcentajes de la población que padecen este tipo de dolencias (artículo 7°); iii) debe promover la implementación de acciones de promoción y capacitación sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas de la fibromialgia y los dolores crónicos no oncológicos (artículo 8°).

Igualmente, la ley de fibromialgia impone la obligación al Estado, a través del Ministerio de Ciencias, Tecnología, Conocimiento e Innovación, de promover e incentivar investigaciones sobre estas áreas (artículo 9).

16°. Que, a pesar de que en las leyes mencionadas se establecieron políticas estatales en materia de salud por iniciativa parlamentaria, las cuales obligan a Ministerios de distinta naturaleza, durante la tramitación de los cuerpos legales mencionados no se cuestionó la constitucionalidad de estas normas ante este Tribunal Constitucional.

II. SOBRE LA CONDICIÓN DEL GASTO PÚBLICO

A. ARGUMENTO DE LA HISTORIA FIDEDIGNA DE ESTA GLOSA EN LA LEY DE PRESUPUESTOS

17°.- Que, por lo demás, consta del proceso de formación de la Ley de Presupuesto 2025 que, en la Tercera Subcomisión Especial Mixta del Congreso, durante el examen de la partida 16 sobre el Ministerio de Salud, el subsecretario de Redes don Osvaldo Salgado sostuvo que “ *...sobre el tema de las terapias hormonales – descrito por el diputado Romero- ... el Ministerio nunca ha tenido un programa de terapias hormonales y así se ha aclarado en la comisión investigadora. Lo que existe es el Programa de Apoyo a la Identidad de Género, que es un programa de acompañamiento de tipo promocional y preventivo y que tiene el trabajo de una dupla de trabajadora social y psicólogo. Recordó que las terapias hormonales efectivamente se han prescrito en el sector público, así como en el privado y son parte del ejercicio de la profesión y, cada vez que se prescriben, requieren de la autorización de un adulto si el que se está tratando es un menor de edad.*

Lo mismo con el tema de la cirugía, que es una materia que hemos estado tratando de aclarar en cada una de las comisiones. Por lo tanto, no está porque nunca ha habido un programa a ese respecto. Las hormonas están incorporadas dentro del arsenal farmacéutico de los Servicios de Salud, de los arsenales de los Hospitales, porque se usan para distintas patologías y por eso son parte de ese arsenal, pero no existe un programa ministerial que esté destinado a la entrega de hormonoterapia en circunstancias de transiciones de identidad de género ni tampoco de cirugías. Por eso no se contempla en el presupuesto.”.

La Ministra de Salud, señora Ximena Aguilera Sanhueza, añadió que “... que no existe un programa ministerial que tenga como finalidad entregar terapia hormonal o cirugía a personas que estén siendo acompañadas por temas de disforia de género. Lo que sí ocurre –explicó- en los centros de salud, es que se presentan patologías que requieren terapia hormonal, como también hay personas y jóvenes que están siendo acompañados y que han recurrido a médicos que sí les han indicado esas terapias de bloqueo hormonal para esperar a que estén en un momento de mayor madurez y puedan terminar sus procesos de transición.

Esas situaciones siempre cuentan con la autorización y el respaldo de los padres, y es parte de la evaluación clínica que se realiza. Las hormonas son parte del arsenal terapéutico que utiliza el Ministerio y, por ende, los hospitales, porque se aplican en distintas patologías, por ejemplo, en los niños que tienen pubertad precoz”.

La Senadora señora Ebensperger preguntó a la Ministra de Salud en qué capítulo, en qué ítem o asignación se encuentran los recursos destinados a estas terapias que había señalado, recibiendo como respuesta una reiteración en el sentido que “... no se cuenta con un programa ministerial que vaya orientado a dar terapia hormonal o cirugía a personas que estén siendo acompañadas por temas de disforia de género”.

Consecuencia de todo lo que se vienen explicando es que el requerimiento recae en una glosa que trata acerca de una materia a cuyo respecto el Ministerio de Salud no ha elaborado programa alguna, razón que a nuestro juicio basta por sí misma para desestimar este extremo del requerimiento incoado.

B. SOBRE LA CONDICIÓN DEL GASTO PÚBLICO EN ESTA GLOSA PROPIAMENTE TAL

18°. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que el Congreso no emite por vía de la indicación señalada estimación alguna sobre los ingresos o su rendimiento; ni aumenta o aprueba por sí mismo gastos nuevos, ni se erige en administrador de los recursos o rentas públicas. Dicho de otro modo, el Congreso no quebrantó prohibición constitucional alguna al actuar del modo que lo hizo.

Esto, pues, de la lectura de la glosa 46 nueva, de la Partida 16, del Ministerio de Salud, es evidente que ella **se encuentra dentro del marco de las atribuciones que la Constitución entrega a los parlamentarios en la tramitación y discusión de la ley de presupuestos, pues aquella no aumenta gastos, sino que simplemente los condiciona, en forma**

acorde a lo establecido en la Carta Fundamental. Así, es evidente que ella no está dentro del marco de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República respecto a la administración financiera.

19°. Que debe recordarse que el artículo 65, inciso final, de la Constitución habilita al Congreso para “*disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República*”. En similar sentido, el artículo 67, inciso segundo, señala que este “*podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente*”.

Teniendo presente las facultades que la Constitución otorga a los parlamentarios en materia de gastos, la doctrina ha señalado que “*no hay que olvidar otro aspecto relevante: el Congreso está autorizado para rechazar o disminuir gastos fiscales*.”

Así las cosas, es posible argumentar que una condición cuyo efecto directo sea disminuir gastos, si bien constituye administración financiera, sería admisible pues su objeto central – recortar gastos– está autorizado por la Carta Fundamental. No lo sería, en cambio, la indicación o moción que elimine condiciones o incorpore otras cuyo efecto directo implique un aumento en el gasto público” (SOTO VELASCO, Sebastián (2007): *Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su interpretación. Libertad y Desarrollo. Sentencias destacadas 2007, p. 251*).

20°. Que lo mismo ha explicado esta Magistratura en su jurisprudencia, al señalar que una glosa presupuestaria “[N]o infringe la iniciativa exclusiva de ley. En efecto, de conformidad con el inciso segundo del artículo 67 de la Constitución, **el Congreso** está facultado para reducir o eliminar gastos, salvo los que estén establecidos en leyes permanentes. Luego, se desprende que también **está facultado para introducir condiciones al gasto, siempre que ello no importe un aumento del mismo** (Soto, Sebastián (2015). *Congreso Nacional y proceso legislativo: teoría y práctica. Santiago: Thomson Reuters*), como sucede en este caso” (STC Rol N°9.869, c. 39°).

Voto de los Ministros señores Gonzalo García Pino, Nelson Pozo Silva y de la Ministra señora María Pía Silva Gallinato).

III. CONCLUSIÓN

21°. Que, por todo lo expuesto, para estos Ministros la glosa 46 nueva, de la Partida 16, del Ministerio de Salud, es constitucional, porque no vulnera la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en virtud de dos razones: primero, pues la Constitución permite que los parlamentarios tengan iniciativa en materia de salud, tal como queda acreditado de la práctica legislativa reciente; y segundo, porque la glosa impugnada condiciona el gasto público, de forma acorde a la Carta Fundamental.

Por lo tanto, el requerimiento deducido por el Ejecutivo debe ser rechazado, en cuanto impugna la glosa 46 nueva, de la Partida 16, del Ministerio de Salud. De modo tal que, para estos Ministros, esta glosa es constitucional.

PREVENCIONES

Las Ministras señoras DANIELA MARZI MUÑOZ, Presidenta, NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA y CATALINA LAGOS TSCHORNE previenen que, sin perjuicio de concurrir a la decisión adoptada por el Tribunal para acoger el requerimiento en lo relativo a la Glosa 46, común a la Partida 16 (Ministerio de Salud) de la Ley de Presupuestos para el Sector Público correspondiente al año 2025, en virtud de la configuración de los vicios de constitucionalidad de forma de acuerdo a lo señalado en los considerandos octogésimo séptimo a nonagésimo cuarto, estiman que la glosa examinada, además, presenta un evidente vicio de constitucionalidad de fondo, cuya referencia en la presente sentencia resulta ineludible, en virtud de las siguientes razones que a continuación se exponen:

1°. Que, la Glosa 46, común a la Partida 16 (Ministerio de Salud) de la Ley de Presupuestos para el Sector Público correspondiente al año 2025, dispone lo siguiente:

“El Ministerio de Salud no podrá financiar gastos relacionados con la adquisición, prescripción o administración de medicamentos con fines de uso de terapia hormonal, sea bloqueo de pubertad u hormonación cruzada, que formen parte o sean en si una forma de tratamiento de la disforia de género, sea o no clínicamente diagnosticada en menores de edad. Tampoco podrá incurrir en gastos de personal, bienes y servicio de consumo para operaciones de reasignación de sexo que formen parte o sean en si una forma de tratamiento de la disforia de género sea o no clínicamente diagnosticada en menores de edad”.

2°. Que, la jurisprudencia de esta Magistratura ha sostenido que el derecho a la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias (STC Roles N°2921-2015, c. 12°; 3028-2016, c.12°), y que supone una distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición, por lo que no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes (STC Roles N°2022- 2011, c.25°; 2841-2015, c.11; 2935-2015, c.32°), siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo.” (STC Rol N°53 c.72°; N°3005-2016, c.19 °).

De este modo, este Tribunal ha sostenido que el juicio de igualdad exige analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad (STC 2983 c. 12°, STC 4132 c. 18°, STC 5884 c. 15°, STC 7641 c. 15°, STC 7972 c. 45°), precisando que -si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso- ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, puntualizando que, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada y necesaria (STC 2703 c. 13°, STC

2921 c. 12°, STC 3028 c. 12°, STC 3473 c. 21°, STC 7217 c. 24°), a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley (STC 2983 c. 12°, STC 4132 c. 18°, STC 5884 c. 15°, STC 7641 c. 15°, STC 7972 c. 45°).

3°. Que, como se desprende de su tenor literal, la glosa impugnada establece una diferencia de trato en consideración a dos condiciones constitutivas de categorías sospechosas, a saber: la identidad de género y la edad. En concreto, y para lo que importa en el presente requerimiento, la concurrencia de categorías sospechosas como criterio para efectuar un trato diferenciado, tiene al menos dos consecuencias relevantes desde la perspectiva de la actividad jurisdiccional de esta Magistratura: (i) invierte la carga de la prueba, lo que en sede constitucional implica la inversión de la carga de la argumentación de la medida impugnada y, (ii) determina que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías.

Al respecto, como ha planteado Estefanía Esparza, las llamadas “*categorías sospechosas*” entrañan una sospecha o presunción de irracionalidad o de irrelevancia, y tienen como consecuencia activar un escrutinio más estricto (Esparza Reyes, Estefanía. (2017). *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*. Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, p. 159). Se trata, entonces, como plantea la precitada autora, de la presuposición de que su utilización es indebida y negativa y, en consecuencia, cada vez que ella se produzca debe existir una poderosa justificación en tal sentido (Ibid, p. 160).

Este Tribunal ha señalado que “*hay un riesgo de una clasificación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido estigmatizada por efecto de la clasificación, cuando la clasificación está basada en un estatus inmutable o basada en condiciones que la persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que aísla a los individuos sujeto de discriminación generando un debilitamiento de sus garantías en la protección de sus derechos civiles y fundamentales*” (STC Rol N° 8851-20, c. 33°).

Asimismo, ha reparado en que la existencia de categorías sospechosas “*obligan a un análisis más riguroso y exigente del principio de igualdad, pues su presencia invierte la presunción de constitucionalidad de que en virtud del principio de deferencia al legislador goza todo precepto legal, ya que pueden afectar a grupos minoritarios especialmente vulnerables a un trato discriminatorio. Ello implica que la discriminación por sexo, una categoría paradigmáticamente sospechosa, debe pasar un escrutinio estricto* (STC Rol N° 10.316-21, c. 27°, voto por acoger).

Sobre el particular, Laura Saldivia plantea que el escrutinio más estricto implica la inversión de la carga de la prueba y la sospecha de inconstitucionalidad de los actos y normas dictados por las autoridades que involucren una distinción en base a dichas categorías o motivos prohibidos de discriminación, de modo tal que su utilización debe ser muy restrictiva, y debe justificarse seriamente (Saldivia, Laura, «Categorías Sospechosas, su contextualización y flexibilidad», en Roberto Gargarella (comp.), *La Constitución en 2020*, Siglo XXI Editores, 2011, p. 37).

4°. Que, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, -como ya se ha planteado- en sede constitucional se traduce más bien en la inversión de la carga de la argumentación. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que tratándose de la prohibición de discriminación en base a categorías sospechosas *“la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”* (Corte IDH. Caso Olivera Fuentes Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484., Párrafo 108. En el mismo sentido, Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, Párrafo 228; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 286; entre otras).

En este sentido, Guillermo Treacy, al analizar la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad y no discriminación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, señala que *“en aquellos casos en que se aplicó el escrutinio estricto la Corte habló de una inversión de la carga de la prueba (o, lo que es lo mismo, del onus probandi)”*, precisando -a nuestro juicio, correctamente,- que *“[t]al vez sea más apropiado hablar de carga de la argumentación, en la medida en que lo que se exige de quien defiende la validez de la norma es que proporcione las razones que la justifican”* (Treacy, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011. pp. 209).

5°. Que, en relación con el escrutinio judicial estricto que procede respecto del trato diferenciado que dispone -de manera expresa- la glosa impugnada, en palabras de Guillermo Treacy, *“el test presenta mayores exigencias. Se exige un fin sustancial y medios que promuevan el fin perseguido y que no existan maneras menos restrictivas de alcanzarlo”* (Treacy, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011. pp. 211).

Así, como acertadamente apunta el precitado autor, en el caso del escrutinio estricto, la carga de justificación resulta particularmente agravada, de modo tal que la regla epistémica consiste en que, si luego de la argumentación subsisten las dudas, la norma es inconstitucional; a diferencia de los casos en que se aplica un test de mera razonabilidad, en los que la regla es la inversa, es decir, la duda es a favor de la constitucionalidad de la norma que realiza la distinción (Ibid. p. 211).

En un sentido similar, este Tribunal ha concluido que existe *“un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario”* (Nogueira, Humberto: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, T. II, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 223).” (STC Rol N° 10.316-21, c. 27°, voto por acoger).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado sobre el particular, que “[l]a capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría” (Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Párrafo 256).

6°. Que, adicionalmente, a propósito de la distinción establecida en la glosa impugnada, es preciso señalar que se configura una situación de interseccionalidad.

La jurisprudencia de esta Magistratura ha conceptualizado la interseccionalidad como un fenómeno producido por la interrelación y condicionamiento de varios factores de discriminación entre sí, con la consecuente afectación de la identidad misma del sujeto (véase STC Rol N° 11.859-21, c. 29°).

Al respecto, Mara Viveros señala que *“la interseccionalidad se ha convertido en la expresión utilizada para designar la perspectiva teórica y metodológica que busca dar cuenta de la percepción cruzada o imbricada de las relaciones de poder”* (Viveros, Mara. (2016). *La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación*. Debate Feminista 52 (2016) 1-17, Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género, p. 2).

A su vez, Yanira Zúñiga y Viviana Ponce de León, sostienen se trata de *“un enfoque que busca poner de relieve cómo influyen las discriminaciones cruzadas o superpuestas (clase, etnia, género) en la vida de las personas”* (Zúñiga, Yanira y Ponce de León, Viviana. (2020). *Las mujeres y los procesos constituyentes*. En: Bassa, Jaime (coord.). *Proceso constituyente en Chile: desafíos para una nueva Constitución*. Santiago. Thomson Reuters, p. 7).

De este modo, la identificación del fin legítimo de la medida que dispone el trato diferenciado y la determinación de su objetividad y razonabilidad (considerando en este último análisis que -en virtud del escrutinio estricto- su necesidad debe ser “imperiosa” y que debe satisfacerse la circunstancia de ser “el único método para alcanzarla”) debe efectuarse incorporando un enfoque interseccional, que tenga en cuenta distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a los sujetos sobre los cuales recae la norma impugnada.

7°. Que, en línea con lo anterior, para efectos del control de constitucionalidad de carácter abstracto que activa el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 93, número 3, de la Constitución Política, el escrutinio estricto que se efectúe de la disposición sometida a conocimiento de esta Magistratura, implica -al emplearse un enfoque interseccional- considerar los acervos normativos y los estándares constitucionales e internacionales desarrollados para otorgar especial protección a los sujetos que forman parte de grupos en situación de vulnerabilidad, como lo son las personas transexuales y las niñas, niños y adolescentes, de tal manera que se les pueda brindar una protección integral a partir de

considerar, comprender y dar un lugar central a las complejidades de las formas diferenciadas de discriminación que afrontan (Al respecto, ver: Corte IDH. Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506., Párrafo 887).

8°. Que, en cuanto al derecho a la identidad de las personas, este Tribunal ha señalado al efecto que, si bien *“el derecho a la identidad personal no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución chilena, diversas sentencias de esta Magistratura lo han reconocido como un derecho de carácter implícito”* (STC Rol N° 7670-19, c. 9°).

Agregando, respecto de la identidad de género, que *“el derecho a la identidad de género, como emanación del derecho a la identidad personal, ha ido recibiendo en este último tiempo reconocimiento tanto en el ámbito del Derecho Internacional como en la legislación comparada.*

Así Ximena Gauché Marchetti y Domingo [Lovera] señalan que “la identidad de género, qué duda cabe, es una manifestación específica de este derecho a la identidad general” (“Identidad de género de niños, niña y adolescentes: una cuestión de derechos”, en Ius et Praxis vol. 25 No.2 Talca, 2019). Se trata entonces de un derecho que, aunque es expresión del derecho a la identidad personal, tiene particularidades propias, conllevando su vulneración además diversas formas de discriminación” (Ibid., c. 10°).

En la misma sentencia se conceptualiza a la identidad de género a propósito de lo dispuesto en el Preámbulo de los Principios de Yogyakarta, identificándola como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”* (Ibid., c. 10°).

Tanto los órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales como los organismos consultivos de los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos que velan por el cumplimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos han reconocido a la identidad de género como una categoría sospechosa de discriminación. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que se encuentra proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en ella, y en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden de modo alguno disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su identidad de género (Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, Párrafo 123. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C

No. 310., Párrafo 104 y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 91.).

Al respecto, esta Magistratura ha sido explícita en reconocer la importancia de legislación como la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, al recalcar que “[e]l sexo, la orientación sexual y la identidad de género, han sido consideradas como factores no razonables de discriminación por la ley” (STC Rol N° 10.316-21, c. 49°, voto por acoger).

9°. Que, en línea con lo anterior, el tribunal interamericano ha sostenido que *“los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional”* (Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, Párrafo 124).

La Corte Interamericana ha precisado, adicionalmente, que la adecuación de la imagen para que esta sea acorde a la identidad de género auto-percibida -en tanto uno de los componentes esenciales de la identidad-, es un derecho protegido -entre otros- por los artículos 7.1 (derecho a la libertad) y 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana, y que *“como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines”* (Corte IDH. OC-24/17 Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Párrafo 116).

Asimismo, el legislador, en armonía con los estándares desarrollados en la jurisprudencia constitucional e interamericana, ha dispuesto en el artículo 1° inciso 3° de la Ley 21.120, que reconoce el derecho a la identidad de género y la rectificación de sexo y nombre registral, que el ejercicio de este derecho *“podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos”*, habiendo además consagrado expresamente en el artículo 5 literal b) de dicho cuerpo legal el principio de no discriminación arbitraria, disponiendo que *“los órganos del Estado garantizarán que, en el ejercicio del derecho a la identidad de género, ninguna persona sea afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable, en los términos del artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación”*.

10°. Que, en lo relativo a la niñez y adolescencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, sostuvo que *“cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, además del principio de la autonomía (...), los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que segarantice su participación”* (Corte IDH. OC-24/17 Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Párrafo 151) precisando a continuación que *“cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada”* (Corte IDH. OC- 24/17 Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Párrafo 154).

11°. Que, en lo que respecta al presente requerimiento, si bien en estrados el abogado de S.E. el Presidente de la República, al ser consultado sobre la razonabilidad de la medida, no brindó argumentos adicionales a los planteados en el respectivo requerimiento, no habiéndose por tanto pronunciado respecto de los posibles vicios constitucionales sustantivos que podrían afectar a la glosa impugnada, lo cierto es que a propósito de la concurrencia de las mencionadas categorías sospechosas – identidad de género y edad–, quién debía argumentar la objetividad y razonabilidad de la medida establecida mediante la Glosa 46 -y en definitiva, sobre su constitucionalidad- es la parte requerida en autos, quien, no sólo no se presentó a la vista de la causa, sino que -como consta del expediente- tampoco evacuó el traslado correspondiente.

Sin perjuicio de ello, pese a no haberse presentado una argumentación que justifique la medida, es preciso puntualizar que la determinación de las razones que motivan el trato diferenciado es, en realidad, *“una cuestión de derecho, que los tribunales pueden suplir a través de los métodos habituales de interpretación jurídica, en particular, el análisis de las fuentes de la norma o de los propósitos del legislador que resulten de los debates parlamentarios”* (Treacy, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011. pp. 209).

12°. Que, de este modo, -y a efectos de realizar el escrutinio estricto de razonabilidad-, en cuanto a la finalidad de la medida, aún cuando pudiera concederse que el fundamento de la glosa impugnada es brindar una protección especial a niños, niñas y adolescentes, es decir, no sólo un fin constitucionalmente legítimo, sino que además imperioso o sustancial; no es del todo claro que la medida sea realmente idónea para proteger –en particular– a niñas, niños y adolescentes trans. La adopción de un enfoque interseccional, conduce a cuestionar que la medida impugnada efectivamente respete y se fundamente en los principios rectores de la Convención de Derechos del Niño –de acuerdo a lo expuesto en el considerando 9°–, ya que justamente en virtud de su identidad de género, el acceso a medicamentos u operaciones de reasignación de sexo, podría resultar en un caso concreto, imprescindible

para asegurar su debida protección y, en definitiva, el respeto y garantía de sus derechos fundamentales, dado que la vivencia personal del cuerpo constituye un componente esencial de la identidad, lo que incluye la adecuación (o no) de la propia imagen.

Adicionalmente, resulta evidente –desde la perspectiva de la **necesidad** de la medida– que la proscripción absoluta, sin matices, de financiar gastos relacionados con la adquisición, prescripción o administración de medicamentos con fines de uso de terapia hormonal y de incurrir en gastos de personal, bienes y servicio de consumo para operaciones de reasignación de sexo, no puede ser en caso alguno ni el menos lesivo ni el único método de alcanzar el fin perseguido. Ello, puesto que una medida que se oriente a brindar una protección integral a los sujetos de derechos respecto de los cuales confluyen en forma interseccional distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación, no puede admitir la exclusión de un acervo normativo *iusfundamental* a objeto de hacer valer el otro, haciendo prevalecer únicamente una de sus características adscritas (en este caso la de niñez y adolescencia) por sobre la otra (identidad de género), sino que por el contrario, debe apuntar a armonizar las normas y estándares normativos que buscan asegurar la especial protección de dichos sujetos o grupos, a fin de permitir su realización en la mayor medida posible. Ello es del todo relevante, pues el interés superior de los niños, niñas y adolescentes es siempre concreto, no correspondiendo negar *ex ante* y a todo evento el tratamiento médico que corresponda acorde a sus necesidades, en un marco de respeto a los principios de autonomía progresiva, el derecho a la identidad y no discriminación.

Finalmente, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, de lo señalado precedentemente se desprende que el grado de afectación del derecho a la identidad de género que produce la medida impugnada, es desproporcionado, al privarlo de uno de sus componentes esenciales en toda circunstancia, sin excepciones, cual es el de la adecuación (o no) de la imagen, y por tanto, inconstitucional, por vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 19, N° 2, de la Constitución Política de la República y su garantía correlativa consagrada en el artículo 19, N° 26, del mismo texto.

De este modo, en atención a lo expuesto, cabe concluir que la glosa que se impugna es discriminatoria respecto de personas de especial protección como es el caso de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a la comunidad LGBTI+.

13°. Que, con lo razonado precedentemente se deja en evidencia la complejidad del debate que se ha querido abordar en una ley anual sobre estimación de ingresos y determinación de gastos para el sector público. Sin duda el legislador puede establecer políticas en este ámbito, pero del modo en que es planteado en la glosa incorporada a la Ley de Presupuestos, se constituye como una mera expresión odiosa, no sólo por la total ausencia de justificación –como ocurre con más de una materia que se incorpora en las llamadas leyes misceláneas donde no es posible recabar un debate legislativo– sino porque se ha pretendido establecer una prohibición en el ámbito de la salud que gravita en los derechos de personas pertenecientes a una de categoría protegida, en que la falta de conexión con ideas matrices y la irracionalidad de que se haga en una ley transitoria pasan a ser argumentos secundarios a lo que en definitiva es constitutivo lisa y llanamente de una expresión de discriminación que el Tribunal Constitucional no puede inadvertir.