

OFICIO N°
6.302
Remite
resolución.

EXCELENTÍSIMO SEÑOR
PRESIDENTE DE LA
CÁMARA DE
DIPUTADOS:

R
emito a V.E.
copias de las
resoluciones
dictadas por
esta Magistratura
con fecha 12 de
julio de 2011. en
los autos Rol N°
2.025-1I-CPT.
sobre el
requerimiento
formulado por el
Presidente de la
República
solicitando se
declare
inconstitucional la
actuación del
Senado y la
consecuente
modificación
introducida por
éste al artículo 197
bis del Código del
Trabajo contenido
en el proyecto de
ley que crea el
permiso postnatal
parental y
modifica el
Código del

Trabajo (Boletín
Nº 7526-13).
Asimismo.
acompañó copias
de los escritos de
fojas 448. fojas
495. 552 y de
Cojas 553.

creta
ria

A S. E.
EL PRESIDENTE DE LA CÁMARA
DIPUTADOS **DON PATRICIO MEI**
HONORABLE CÁMARA **DE DIPUT**
VALPARAÍSO.-

Dios guarde a

En lo Principal:

Téngase presente. **Primer Otrosí:** Solicitud que indica. **Segundo Otrosí:** Acompaña documento. **Tercer Otrosí:** Patrocinio y Poder.

Excmo. Tribunal Constitucional

Los parlamentarios que suscriben esta presentación, quienes representamos más de un cuarto de los Senadores de la República, respecto del requerimiento formulado por S.E. el Presidente de la República en los autos Rol N° 2025 ante V.E., en el que solicita se declare la inconstitucionalidad de la actuación **del** Senado y la consecuente modificación introducida por éste al artículo 197 bis del Código del Trabajo contenido en el proyecto de ley, Boletín N° 7526-13, que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo en las materias que indica, al Excmo. Tribunal Constitucional respetuosamente venimos en solicitar que él sea acogido teniendo presente las razones que a continuación exponemos.

PRIMERA PARTE

Antecedentes de flecho

1. La cuestión de constitucionalidad planteada.

S.E. el Presidente de la República ha formulado cuestión de constitucionalidad ante V.E. respecto del artículo 197 bis, inciso primero, del proyecto de ley Boletín N° 7526 13, luego que el Senado, al aprobar la frase que consagraba la creación del permiso post natal parental rechazara a la vez la frase siguiente que estipulaba el tope de 30 U.F. contemplado para el subsidio, elevando de esta forma el gasto del proyecto, otorgando un beneficio a las funcionarias del Estado y modificando normas sobre seguridad social. Con esta actuación, la Cámara Alta ha infringido diversas normas de la Constitución, las cuales consagran, entre otras, la facultad exclusiva del Ejecutivo para legislar en estas materias.

En consecuencia, la cuestión planteada busca establecer, si se ajusta o no a la Constitución el procedimiento de formación del artículo 197 bis y por tanto la constitucionalidad del mismo.

El proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código rabajo en las materias que indica.

Como es de público conocimiento, el Presidente de la República, con el objeto de proponer al país un proyecto de ley que regulara la extensión del permiso post natal, convocó el año 2010 una comisión interdisciplinaria compuesta por catorce expertos denominada "Comisión Mujer Trabajo y Maternidad". Esta comisión tenía por misión estudiar las alternativas que permitieran darle una adecuada forma a la iniciativa de extender el permiso postnatal. Finalmente, la referida Comisión se pronunció sobre la conveniencia de crear un nuevo permiso postnatal parental al que pudieran acceder tanto las madres corno los padres, una vez finalizado el descanso postnatal maternal.

Las conclusiones de este trabajo fueron la base del proyecto de ley que el Ejecutivo enviara al Congreso por Mensaje N° 611-358 (Boletín N° 7526-13). En este Mensaje, de 28 de febrero del año en curso, que el día 15 de marzo S.E. el Presidente de la República envió al H. Senado, se propone el proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y se modifica el Código del Trabajo en las materias que indica.

Dentro del contenido del proyecto enviado, destaca la creación del denominado permiso postnatal parental, que constituye un subsidio, en virtud del cual, las mujeres que se encuentren gozando del derecho a descanso de maternidad postnatal a que se refiere el artículo 195 del Código del Trabajo', al finalizar dicho período, podrán optar por extender dicho descanso hasta por doce semanas más, con derecho a un aporte estatal equivalente a su remuneración, con un tope límite de hasta 30 U.F., el que se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del Decreto con Fuerza de Ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Para dichos efectos, el artículo 1° N° 1 del proyecto enviado por el ejecutivo, entre otras modificaciones al Código del Trabajo, establece un nuevo artículo 197 bis, del siguiente tenor:

"Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del periodo postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la sexta semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de

Conforme con el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, del 31 de julio de 2002, del

Ministerio del Trabajo y Previsión Social, *"Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él"*.

este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando hagan uso del permiso postnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá el permiso establecido en el inciso anterior, a este último.

La madre o padre cuya remuneración imponible no sea cubierta completamente por el subsidio, podrá trabajar a jornada reducida durante el período correspondiente al permiso postnatal parental. Durante este periodo, la remuneración que se obtenga por la jornada respectiva, sumada al subsidio, en ningún caso podrá superar al promedio de las tres últimas remuneraciones anteriores al inicio de su descanso prenatal, en el caso de la madre, o al inicio del permiso postnatal parental en el caso del padre.

En caso que el derecho establecido en el inciso anterior, se ejerciere ante el empleador, la madre deberá comunicarle mediante carta certifica, enviada al domicilio del empleador 45 días antes del término del periodo postnatal, si decide hacer uso de este derecho.

En caso que el padre haga uso del permiso establecido los incisos anteriores, deberá comunicarlo por escrito a su empleador, mediante carta certificada enviada al domicilio de este con a lo menos diez días de anticipación al comienzo del uso del permiso. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la mujer y a la Inspección del Trabajo.

El empleador que obstaculice o impida el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 19 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso, podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto".

3 Discusión del proyecto en el Senado.

3.1. Estudio en Comisiones Unidas.

El proyecto ingresado al Senado en primer trámite constitucional, por decisión de la Sala fue estudiado por las comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Salud del Senado unidas, y, con posterioridad, por la Comisión de Hacienda del Senado.

Precisamente, durante los días 21 de marzo, 4 y 18 de abril, **4**, 11, 18 a 19 de mayo del año en curso, las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud, unidas, sesionaron para tratar el proyecto de ley.

En este sentido, el Informe conjunto de las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud, del Senado, emitido el 19 de mayo del presente año, y puesto en votación en general el proyecto de ley fue aprobado por la unanimidad de los miembros presentes de las Comisiones unidas. En la votación en particular del nuevo artículo 197 bis, que consagra, regula, y establece los requisitos y límites de este nuevo permiso postnata parental, se modificaron varios aspecto del proyecto original.

La votación separada respecto del inciso primero de esta norma, cuya admisibilidad fue sometida a votación por la señora Presidenta de la Comisión, fue aprobada por mayoría de votos.

En el **inciso primero del nuevo artículo 197 bis**, que se propone incorporar al Código del Trabajo, fue **aprobada su primera oración** con las indicaciones del Ejecutivo, **y la segunda**, sin enmiendas, por la unanimidad de los integrantes de las Comisiones Unidas del **H. Senado**.

En tanto, las **oraciones tercera a quinta del inciso primero del nuevo artículo 197 bis**, dado el voto en contra de la mayoría de la comisión, se entendieron rechazadas².

El **inciso segundo de la disposición en comento**, a su vez, fue aprobado sin enmiendas por la unanimidad de los miembros de las Comisiones unidas.

² Conforme con el informe, las oraciones en cuestión fueron rechazadas por 5 votos en contra de los Honorables Senadores señora Rincón y señores Girardi, Muñoz Aburto, Rossi y Ruiz Esquide, 4 votos a favor de los Honorables Senadores señores Chahuán, Kuschel, Longueira y Uriarte, y 1 **abstención** del Honorable Senador señor Bianchi, repetida la votación y considerándose la abstención como voto favorable a la posición que obtuvo el mayor número de votos (artículo 178 del Reglamento del Senado).

Por el contrario, en el caso del **inciso tercero de dicha norma**, fue **rechazada** su **primera oración** tras el doble empate registrado³, por aplicación del artículo 182 del Reglamento del Senado; y **consecuencialmente su segunda oración** tras la eliminación de la primera, por la votación referida.

Finalmente, los **incisos cuarto, quinto y sexto del nuevo artículo 197 bis del proyecto**, fueron **aprobados** por la unanimidad de los miembros de las Comisiones Unidas.

De esta manera, en virtud de las modificaciones introducidas por las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud, unidas, el nuevo artículo 197 bis del proyecto pasó para ser discutido en la sala del Senado, en primer trámite constitucional, con el siguiente texto:

*"Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del periodo postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la **séptima** semana del mismo, **por el número de semanas que acuerden, las que deberán ubicarse en el período final del permiso**. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198.*

"Con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá el permiso establecido en el inciso anterior, a este último.

"En caso que el derecho establecido en el inciso anterior, se ejerciere ante el empleador, la madre deberá comunicarle mediante carta certificada, enviada al domicilio del empleador 45 días antes del término del periodo postnatal, si decide hacer uso de este derecho.

*"En caso que el padre haga uso del permiso establecido **en** los incisos anteriores, deberá comunicarlo por escrito a su empleador, mediante carta certificada enviada al domicilio de este con a lo menos diez días de anticipación al comienzo del uso del permiso. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la mujer y a la Inspección del Trabajo.*

Votaron por la afirmativa los Honorables Senadores señores Bianchi, Chahuán, Kuschel, Longueira y Uriarte, y votaron por la negativa la Honorable Senadora señora Rincón y los señores Girardi, Muñoz Aburto, Rossi y Ruiz Esquile.

"El empleador que obstaculice o impida el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso, podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto."

3.2. Discusión del proyecto en la Sala del Senado.

El 19 de mayo del año en curso, se efectuó, en el primer trámite constitucional, la discusión en sala del proyecto referido.

Según consta del Diario de Sesiones del Senado, Sesión 20⁸, correspondiente a la Legislatura 359⁸, se aprobó el proyecto en general con 33 votos a favor⁴.

En tanto, respecto de la votación en particular del mismo, dado que luego de la votación en general de éste se presentaron indicaciones por parte del Ejecutivo con el objeto de reponer el proyecto original, la Sala aprobó dividir la votación en particular del mismo, entre a) aquellas disposiciones que fueron aprobadas por unanimidad en las Comisiones y que no hubieren sido objeto de indicación por parte del Ejecutivo, y b) aquellas que habiendo sido rechazadas en comisión fueron, por tanto, objeto de indicaciones por parte del Ejecutivo.

Sometidas a votación las primeras, esto es, aquellas que fueron aprobadas por unanimidad en las Comisiones y que, por tanto, no fueron objeto de indicación por parte del Ejecutivo, el Senado las probó con 31 votos favorables⁵.

A su vez, en el caso de aquellas disposiciones del proyecto que habían sido objeto de indicaciones por parte del Ejecutivo, y renovadas en la Sala fueron rechazadas por ella.

En particular, aquellas indicaciones del Ejecutivo relativas al nuevo artículo 197 bis que se propone introducir al Código del Trabajo, y en especial la indicación

⁴ Votaron las señoras Allende, Alvear y Rincón y los señores Bianchi, Chadwick, Chahuán, Coloma, Escalona, Espina, García, Girardi, Gómez, Horvath, Kuschel, Lagos, Larraín (don Hernán), Larraín (don Carlos), Letelier, Longueira, Muñoz Aburto, Orpis, Pérez Varela, Pizarro, Prokurica, Quintana, Rossi, RuizEsquide, Sabag, Turna, Uriarte, Walker (don Ignacio), Walker (don Patricio) y Zaldívar (don Andrés).

⁵ Votaron las señoras Allende, Alvear y Rincón y los señores Bianchi, Chadwick, Chahuán, Coloma, Escalona, Espina, García, Girardi, Gómez, Horvath, Lagos, Larraín (don Hernán), Larraín (*don Carlos*), Letelier, Longueira, Muñoz Aburto, Orpis, Pérez Varela, Pizarro, Prokurica, Quintana, Rossi, Ruiz-Esquide, Sabag, Tuma, Walker (don Ignacio), Walker (don Patricio) y Zaldívar (don Andrés).

referente al límite de 30 UF para el cálculo del subsidio, fueron rechazadas por 18 votos en contra y 12 a favor⁶.

De esta manera, el texto del nuevo artículo 197 bis que se propone introducir el proyecto al Código del Trabajo, ha quedado redactado, en primer trámite constitucional, conforme con las modificaciones introducidas por las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud del Senado.

En virtud de estas votaciones el texto aprobado por la Sala del Senado importa un mayor gasto público, incremento de remuneraciones de las funcionarias del Estado y modificación a una norma de seguridad social, que no contaron con la proposición del Presidente de la República.

4 Cuestiones de constitucionalidad planteadas tanto en el seno de la Comisión, cuanto en la Sala del Senado.

4.1. En la Sala de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social, y de Salud.

Al tratar sobre la votación particular del proyecto de ley se formularon diversas cuestiones de constitucionalidad por los órganos legitimados para efectuar este requerimiento.

En este orden pueden destacarse las siguientes:

Al procederse a la votación particular del proyecto de ley, respecto de su artículo 197 bis, y al solicitar el U. Senador Rossi la votación separada respecto de las oraciones primera y segunda del artículo 197 bis, nuevo, se plantearon los reparos sobre inconstitucionalidad que se iba a producir.

Así, distintos parlamentarios lo hicieron presente.

El Senador Longueira se opuso a la petición anterior, argumentando que dicha votación separada sería, en este caso, improcedente, toda vez que ella implicaba una intromisión en las facultades del Presidente de la República, única autoridad que, por mandato constitucional, tiene la iniciativa legal exclusiva en torno a una materia de esta

⁶ Votaron por la negativa las señoras Allende, Alvear y Rincón y los señores Escalona, Girardi, Gómez, Lagos, Letelier, Muñoz Aburto, Pizarro, Quintana, Rossi, Ruiz-Esquide, Sabag, Turna, Walker (don Ignacio), Walker (don Patricio) y Zaldívar (don Andrés). Votaron por la afirmativa los señores Chadwick, Chahuán, Coloma, Espina, García, Horvath, Larraín (don Hernán), Larraín (don Carlos), Longueira, Orpis, Pérez Varela y Prokurica.

naturaleza. La división de la norma, enfatizó, *"importa generar un mayor gasto fiscal, atribución que está vedada a la iniciativa parlamentaria."*

El Honorable Senador señor Chahuán señaló que no era posible votar separadamente la norma en cuestión por cuanto significaba aumentar el costo fiscal asociado al proyecto de ley, vulnerando potestades que son exclusivas del Presidente de la República, en concreto las relativas a la administración financiera y presupuestaria del Estado, al tenor de lo establecido en el artículo 65, inciso tercero, de la Carta Fundamental. Finalmente, hizo reserva de constitucionalidad respecto a esta materia.

El Senador señor Uriarte indicó que la votación separada solicitada sería inconstitucional y, como tal, inadmisibile, en la medida que repercute en el gasto público, aumentándolo, con lo cual se vulneran las normas sobre iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República. Al respecto recordó que, de conformidad al inciso final del artículo 65 de la Carta Fundamental, *"El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República."*

Luego, el señor Ministro Secretario General de la Presidencia formuló expresa reserva de constitucionalidad e hizo presente que era necesario considerar los efectos que tendría la aprobación parcial de la norma contemplada en el proyecto de ley. Explicó que, de votarse separadamente las normas contenidas en el inciso primero del artículo 197 bis, aprobándose solamente sus oraciones primera y segunda, rechazándose en lo demás el inciso en referencia, se eliminaría el tope considerado para el subsidio. De consiguiente, apuntó, por un lado, se aumenta el gasto público, porque no es igual contemplar un tope de 30 unidades de fomento que un límite de 66 unidades de fomento - que es el actual para el descanso de maternidad. Ello, indicó, no sólo lo impide la Constitución Política, sino que tampoco se condice con la práctica democrática observada durante estos últimos veinte años. Esto, subrayó, generará un grave daño a la política fiscal responsable, que ha sido cuidada con esmero por los distintos gobiernos de nuestro país.

Sometida a votación la admisibilidad ésta fue aprobada por cinco votos contra tres.

4.2. En la Comisión de Hacienda.

En la Comisión de Hacienda, la Dirección de Presupuestos hizo llegar un nuevo Informe Financiero señalando que de acuerdo con lo expuesto en él, el proyecto aprobado por las Comisiones Unidas supone, en comparación con el Mensaje inicialmente

presentado por Su Excelencia el Presidente de la República, un incremento de US\$ 35 millones.

En esta Comisión se trataron los artículos 195, 197 bis, 198 y 200 contenidos en el artículo 1°; y el artículo 2° permanente; y los artículos transitorios primero, segundo, tercero y cuarto del proyecto, en los términos que fueron aprobados por las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud, unidas, en conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Corporación.

Durante la discusión el H. Senador Zaldívar señaló: *"En cuanto al problema de constitucionalidad planteado por la señora Directora de Presupuestos y el Honorable Senador señor Longueira, señaló que asiste, a quienes objetan la resolución que tuvo lugar en las Comisiones unidas, ejercer su derecho a realizar reserva de constitucionalidad sobre el particular. De todos modos, puso de manifiesto que al realizarse la votación separada a que se ha hecho referencia, dichas Comisiones unidas no se pronunciaron en relación con una indicación, sino sólo respecto del texto del proyecto propuesto por el Ejecutivo, aprobando o rechazando una concreta parte de él."*

Por su parte el H. Senador señor Kuschel efectuó expresa reserva de constitucionalidad acerca del proyecto de ley puesto en conocimiento de la Comisión de Hacienda, y en particular respecto del artículo 197 bis, que al haber sido objeto de las supresiones cuya constitucionalidad ha sido observada, ha sido desnaturalizado y ha quedado desarticulado. Lo mismo hizo el H. Senador Longueira, quien luego agregó: *" (...) que la forma de ejercer la atribución parlamentaria de rechazar el gasto propuesto por el Ejecutivo, es rechazando el artículo 197 bis en su integridad. Eliminar solamente la base de cálculo y la referencia al Fondo con cargo al cual se financiará el beneficio, es no aceptar que la administración financiera del Estado es responsabilidad exclusiva del Presidente de la República, lo que supone un, a la vez que inédito, grave riesgo para la estabilidad y el equilibrio fiscal del país, cualquiera sea el Gobierno de turno, pues implica entender que es posible que una mayoría en el Congreso Nacional pueda alterar financieramente la administración del Estado. La coalición política que hoy apoya al Gobierno, subrayó, nunca actuó en este sentido mientras le correspondió ser oposición"*.

La Directora de Presupuestos, advirtió que el proyecto de ley despachado por las Comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Salud, unidas, tiene un costo superior al de los fondos que el Ejecutivo había contemplado al efecto en el Tesoro Público.

4.3. En la Sala del Senado.

En la Sala del Senado, varios señores Senadores efectuaron reserva de constitucionalidad durante sus intervenciones, específicamente al tratarse del artículo 197 bis del proyecto, destacando las siguientes intervenciones:

H. Senador Espina: *"Lo que se hizo en el caso del artículo 197 bis fue eliminar, por mayoría de la Concertación, el tope de hasta 30 unidades de fomento que contemplaba el proyecto para aquellas madres a las que se les extiende el posnatal de 3 a 6 meses. Y eso significa, sin duda, un gasto para el Estado que no se puede dejar de analizar en el procedimiento..."*

"(...) Este proyecto, señor Presidente, con lo que votó la Concertación ayer, se quedó sin financiamiento. Porque en el artículo 197 bis se eliminó la norma que establecía los recursos previstos para ello, con lo cual se aumentó de manera improcedente el gasto. Eso vulnera nuestra Constitución y la Ley Orgánica del Congreso Nacional, que en forma expresa le prohíben al Parlamento aumentar los gastos de una iniciativa.

"Lo que me preocupa del debate habido es esencialmente que por primera vez -no recuerdo otra ocasión desde el año 90- se viola de manera flagrante la Carta Fundamental en una norma que hasta ahora, coincidentemente, tanto el Gobierno como la Oposición habían acatado y respetado:"

Agregando que hacía *"reserva de constitucionalidad."*

El señor Chadwick: (. ..) *"En segundo lugar, tengo que referirme al problema de la constitucionalidad del texto.*

"La cuestión no dice relación directa con el financiamiento. Así que la argumentación que hemos escuchado no es pertinente para el otro efecto. Se origina otra consecuencia, que es distinta. (Se refiere a una intervención del H. Senador Escalona que planteaba que el procedimiento se ajustaba a la Carta Fundamental)

"¿Dónde radica lo referente a la constitucionalidad? En que los Senadores de la Concertación eliminaron, en las Comisiones Unidas y en la de Hacienda, el tope de 30 unidades de fomento que el artículo 197 bis del proyecto del Ejecutivo había establecido al subsidio por la extensión del posnatal.

"Ahí reside la dificultad."

⁷ El destacado es nuestro.

El señor Larraín.- *"Entonces, aparte de los argumentos que con anterioridad dio el Senador señor Chadwick referidos al inciso tercero y al numeral 6° del artículo 65 de la Constitución, cabe recordar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 67, que consagra lo siguiente: "El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos". Repito: "sólo podrá reducir los gastos".*

"En consecuencia, al separar la votación del artículo 197 bis del proyecto y rechazar la expresión que leí con antelación, se aumenta el gasto de la Ley de Presupuestos."

Agregando luego que *"por las razones expuestas, señor Presidente, la disposición a la aludí adolece de vicios de constitucionalidad."*

En suma, en la Sala del Senado se formularon cuestiones de constitucionalidad, por órganos legitimados.

SEGUNDA PARTE

El artículo 197 bis del Código del Trabajo aprobado por el Senado, en reemplazo del que fuera propuesto por el Presidente de la República en el artículo 1° del proyecto de ley Boletín N° 7526-13 es inconstitucional. Él importa un mayor gasto público sin iniciativa del Presidente de la República

5. Iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gasto público.

El artículo 65 de la Carta Fundamental estatuye que las materias que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en su calidad de colegislador.

Dispone este precepto que *"Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63 (artículo 65 inciso V).*

"El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios,

*empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, **gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República.**" (artículo 65 inciso final).*

El origen de esta norma se encuentra en la reforma constitucional aprobada por la ley N° 7.727, en el año 1943.

Como muy bien ha señalado el eminente profesor, don Enrique Silva Cimma⁸, la reforma, en comento, se justificó en tres razones, a saber: **1) la necesidad de restringir la iniciativa parlamentaria en materia de gasto público; 2) la necesidad de restringir los gastos públicos ordenados por el Ejecutivo, mediante decretos de insistencia**, y 3) la necesidad de dar carácter de Organismo Constitucional Autónomo a la Contraloría General de la República.

Precisamente, es trascendental destacar, con el fin de entender los fundamentos de la actual ordenación constitucional sobre gasto **público, que en virtud de la ley N° 7.727, no sólo se restringió al Congreso, en lo que respecta a la iniciativa legislativa en materia de gasto público, sino que también al Ejecutivo, con el fin de acabar con las malas prácticas que hasta ese entonces se habían cometido mediante la dictación de decretos de insistencia que menguaban el erario público. De** ahí que se introdujera en nuestro ordenamiento constitucional, la figura del **decreto de emergencia** *"mecanismo en virtud del cual se facultó al Ejecutivo para decretar pagos no autorizados por ley, cuando sobrevienen ciertos acontecimientos urgentes, imprevisibles o trascendentales, cuya especial naturaleza ha hecho imposible que el legislador consulte fondos para hacerles*

9
frente „ .

Todo lo anterior, destinado a **reforzar el principio de legalidad en materia de gasto público**, y con el fin de ordenar y **equilibrar la injerencia tanto del Congreso cuanto del Presidente de la República sobre las finanzas nacionales**.

Así, la reforma constitucional de 1943, reforzó dicho equilibrio, concediéndole al Congreso Nacional competencia únicamente para *"aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos o aumentos..."* que el Presidente de la República proponga.

A su vez, el año 1970, mediante la ley N° 17.284^{1°}, se amplió nuevamente el ámbito de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gasto público, al modificar

⁸ Véase, Silva Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, año 1968. Pág. 358.

⁹ Silva Cimma, Enrique. Ob. Cit. Pág. 359.

^{1°} El Presidente Jorge Alessandri, en el Mensaje con el que envió, en julio de 1964, al Congreso el proyecto de reforma constitucional en comento, señaló, abogando por la supresión de la facultad parlamentaria de iniciar proyectos de ley sobre jubilaciones, montepíos y pensiones de carácter general, que en ese entonces había devenido en múltiples abusos, que resultaba lógico que si es al Presidente de la República a quién corresponde la administración financiera y económica de la Nación, siendo responsable a dicho respecto,

los incisos segundo y tercero del artículo 45 de la Constitución de 1925, que pasaron a disponer: **"Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos a partidas o ítem de la ley general de Presupuestos; para alterar la división política o administrativa del país,. para suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de los servicios de la administración del Estado, tanto central como descentralizada; para fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; para establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; para conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia. No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional y a los servicios que de él dependan.**

"El Congreso Nacional sólo podrá aprobar o rechazar, o disminuir en su caso, la modificación de la división política o administrativa, los servicios o empleos y los beneficios pecuniarios a que se refiere el inciso anterior".

A propósito de esta reforma, resultan ilustrativas las palabras del ex Ministro de Estado de los gobiernos de los Presidentes Aylwin y Frei, don Sergio Molina quién al analizar la reforma constitucional de 1970 nos señala **"La Reforma Constitucional aprobada (...) no elimina la discusión en el Congreso de las materias que son objeto de ley, sino que limita a los parlamentarios la posibilidad de tomar iniciativas en ciertas materias económicas. (..) Este último aspecto tiene un profundo significado y está en la línea de la argumentación que se ha hecho en párrafos anteriores, en el sentido que los programas económicos y sociales deben cumplir con el requisito esencial de la coherencia y globalidad, y, en consecuencia, no es aceptable ni recomendable para el buen funcionamiento de la administración del país que**

"...que los parlamentarios no tengan derecho alguno de iniciativa en esta materia y que ella pertenezca exclusivamente al Jefe de Estado".

se rompa esa coherencia por quienes no tienen la responsabilidad de la administración que, en definitiva, está radicada en el Presidente de la República. "

En consecuencia, como bien han sostenido los profesores Mario Verdugo M., Emilio Pfeffer U. y Humberto Nogueira A. ***"Al aprobarse la facultad exclusiva en la proposición de todo gasto público y previsional, y la iniciativa para fijar por ley las remuneraciones en el sector privado, se dotó al Presidente de la República, por primera vez en la historia constitucional de Chile, de las facultades necesarias para llevar adelante una política de planificación económica y social sin interferencias del Parlamento ."***¹²

5.1. La iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gasto público en la Constitución de 1980.

Como bien ha señalado V.S. Excm., ***"ha sido una constante desde el año 1925 que dentro de las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República se incluyan las materias que implican gasto público y las que afectan la administración financiera del Estado".***¹³

Precisamente, acorde con ello, la Constitución de 1980 reforzó la idea de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gasto público. De esta forma, en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República se dejó constancia que ***"...en cuanto al gasto público, la Comisión ha tenido presente, además de algunas disposiciones relacionadas con la iniciativa de ley (...), un artículo del proyecto de reforma constitucional de don Jorge Alessandri, que dispone que no se podrá aprobar ningún nuevo gasto con cargo al fondo de la nación si no se crea o indica, al mismo tiempo, la fuente de recursos necesaria para atender dicho gasto, y que la estimación del rendimiento de los recursos que consulta la ley de Presupuesto y de los nuevos que establezca cualquier iniciativa de ley corresponderá exclusivamente al Presidente de la República, previo informe de los organismos correspondientes ..."***¹⁴

En este sentido, cobra valor lo señalado por don Enrique Ortúzar, presidente de dicha Comisión de Estudio, quién señalara al respecto ***"es preciso tener en cuenta que la***

Molina, Sergio: *"La planificación y la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materia económica y social"* (1970) en: Frei, Eduardo; Molina, Sergio; Evans, Enrique; Lagos, Gustavo; Silva Alejandro y Cumplido, Francisco: *"La Reforma Constitucional de 1970"*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Pág. 77 y ss.

¹² "Derecho Constitucional", Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, primera edición 1994, página 31.

¹³ Considerando décimo noveno de la sentencia Rol 1867de1 Tribunal Constitucional, de 30 de diciembre de 2010.

¹⁴ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, página 3031.

administración financiera y económica de la nación corresponde exclusivamente al Presidente de la República; de modo que si él tiene la responsabilidad, lo natural es que se proceda en esa forma...

De ahí que el artículo 65 de la Constitución Política de 1980, al consagrar la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materia de gasto público haya empleado la formula genérica "*administración financiera o presupuestaria del Estado*", y especifique, a su vez, que: 1) imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión; 2) crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; 3) contratar empréstitos o celebrar otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades; 4) condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas a favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos; 5) fijar normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento y concesión; 6) fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades antes señalados; y 7) establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella; constituyen, asimismo, materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, pues todas ellas inciden directa o indirectamente en la administración financiera del Estado.

En síntesis, de lo expuesto, resulta claro que cualquier materia que potencialmente pueda afectar la administración financiera o presupuestaria del Estado es, en nuestro sistema legislativo, de iniciativa exclusiva del Primer Mandatario, ya que por lo demás, él es, conforme con el artículo 24 de la Carta Fundamental, Jefe de la Administración del Estado.

5.2. Consecuencias de lo anterior a la luz de la materia objeto del presente requerimiento.

Acorde con lo expuesto, y a la luz de lo estatuido en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, ante un proyecto de ley del Presidente de la República, que implique compromiso de fondos públicos, **el Congreso Nacional sólo tiene facultades para aceptar, disminuir o rechazar, lo propuesto por el Ejecutivo, siendo contrario a la Constitución**, pues rompería el equilibrio de poderes que ha consagrado el constituyente, cualquier indicación, enmienda, forma de votación o modificación a la proposición Presidencial, que realicen los parlamentarios en cuya virtud, en definitiva, se altera lo ordenado en el artículo 65 recién citado. Ello, aún cuando en apariencia, formalmente, y dentro de las facultades de que la Carta Fundamental los ha dotado, puesto que **el lellos de la norma resulta sumamente claro**.

Por lo demás, dicho principio ha sido acatado y respetado por los Parlamentarios, desde que el Congreso Nacional reinició sus actividades legislativas el año 1990.

En este sentido son destacables los planteamientos formulados ante V.S. Excma. en la causa Rol N° 254, de 1997, iniciada por requerimiento de una cuarta parte del Senado, con el fin de que resolviera la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 1.679 del 31 de diciembre de 1996, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1997, que a juicio de los recurrentes autorizaba, por vía administrativa, a realizar gastos no contemplados en la Ley de Presupuestos del año 1997. En esa oportunidad un grupo de parlamentarios — Diputados y Senadores en ese entonces— formularon consideraciones ante V.S. Excma., en las que junto con hacer una importante reseña sobre la historia y voluntad del Constituyente de 1980, señalaron que era particularmente *"relevante mostrar —cualquiera sea el sentimiento que como parlamentarios tengamos respecto a esta severa limitación constitucional de las facultades del Congreso y las ideas nuestras respecto a esta severa limitación constitucional de las facultades el Congreso y las ideas nuestras respecto a futuros cambios de este sistema hiperpresidencialista que el Informe del Consejo de Estado dice a la letra: "En lo relativo al presupuesto anual y el manejo de los recursos del erario, que en épocas pasadas tantos y tan rayes daños provocó y que hasta fechas muy recientes se prestó para muy perjudiciales embates en las Cámaras y para encontradas interpretaciones de los preceptos constitucionales pertinentes, el proyecto dispone (y transcribe el actual artículo*

64) ..." (Citamos el Informe del Consejo de Estado publicado en la Revista Chilena de Derecho vol. 8, N° 1-6, enero-diciembre de 1981, página 390) (Véase asimismo 5.1. Gasto Público, página 395). Sigue el Informe precitado en el punto 11, Enmiendas introducidas por el Consejo al Anteproyecto, y se lee en el N° 22°: "artículos 68 y 70, El primero reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que digan relación con la Defensa Nacional y con la alteración de la división política o administrativa del país, como asimismo los referentes al gasto público, a la previsión social y a sueldos, salarios o emolumentos de cualquier clase del sector público. El segundo se refiere a la Ley Anual de Presupuestos. **En ambos casos el Consejo amplió y precisó cuanto pudo la redacción de los citados preceptos, tanto para asegurar un manejo sano del gasto público cuanto para resguardar cabalmente el precepto Constitucional, según el cual el Presidente de la República quien administra el Estado.**".

Terminando, como colofón, que "De estos antecedentes se deduce, por lo tanto, que enfrentado el interprete a dificultades de exégesis debe privilegiar, a menos de un tenor literal claro en contrario, aquella lectura de las normas a favor de las facultades del presidente de la República, de suerte que sus posibilidades tan perentoriamente queridas por el Constituyente no sean ni debilitadas en su esencia ni obstaculizadas en su ejercicio".

Son destacables los dichos de los parlamentarios firmantes —representantes de la coalición gobernante de esa época- porque muchos de ellos son actuales Senadores de oposición que sostienen una tesis contraria a la que hicieron presente en ese escrito.¹⁶

En consideración a los antecedentes expuestos, debe concluirse que en el caso en que recae esta presentación, V.S. Excma. debiera declarar que el artículo 197 bis del proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo en las materias que indica, aprobado por el Senado en la Sesión 20', correspondiente a la Legislatura 359a, es inconstitucional.

¹⁶ Autos rol N° 254. T.C. escrito ro/ante a fojas y siguientes.

TERCERA PARTE

El artículo 197 bis del Código del Trabajo aprobado por el Senado, en reemplazo del que fuera propuesto por el Presidente de la República en el artículo 1° del proyecto de ley Boletín N° 7526-13, es inconstitucional.

El aprueba una norma relativa a la seguridad social, sin iniciativa del Presidente de la República.

6. Iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de seguridad social.

Como se señalara en el número 5, precedente, el artículo 65, numeral 6, de la Carta Fundamental, estatuye como materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, la de *"establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado."*

Este carácter exclusivo que otorga esta norma al Presidente de la República, tiene su origen en la reforma constitucional aprobada en el año 1970, por la ley N° 17.284, del mismo año, que sustituyó el artículo 45° de la Constitución de 1925 y dispuso que *"Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos a partidas o ítem de la ley general de Presupuestos; (...) para establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; para conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia. No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional y a los servicios que de él dependan.*

"El Congreso Nacional sólo podrá aprobar o rechazar, o disminuir en su caso, la modificación de la división política o administrativa, los servicios o empleos y los beneficios pecuniarios a que se refiere el inciso anterior".

El primer informe de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto de reforma constitucional señala que *"La seguridad social persigue un fin de bien público. Puede definirse como un conjunto de técnicas destinadas a dar protección a cierto tipo de necesidades y situaciones. En la actualidad es un principio político y como tal debe inspirar la organización total de la comunidad nacional y también el plano internacional. Cualquiera que sean las técnicas que se utilicen, a base de cotizaciones o regímenes tributarios para financiar los servicios previsionales del Estado, los orígenes o fuentes*

de

los recursos financieros destinados a proporcionar la seguridad social son eminentemente públicos y desde ese punto de vista debe competir **en forma privativa al Presidente de la República**, en su dirección de toda política de seguridad social y no quedar entregada a la iniciativa parlamentaria que podría ser ejercida en forma errada e inorgánica por desconocimiento técnico del problema, que es sumamente complejo y vasto; además requiere un conocimiento muy especializado.

"Evidentemente, la mayor generalidad y ubicación que dentro del contexto tiene esta frase —explicó en informe de Comisión del Senado de 1° de septiembre de 1969- no deja lugar a duda que se extiende a todos los aspectos que, de una u otra manera, dicen relación con los regímenes previsionales o de seguridad social de los trabajadores tanto del sector público como del sector privado".¹⁷

La seguridad social garantiza a las personas el artículo 19 N° 18 de nuestra Carta Constitucional, que establece que *"las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado"*.

"La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de las prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias."

"El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social".

Es sólo a partir de la reforma constitucional de 1970 que se incorporó, como una garantía autónoma, el derecho a la seguridad social al texto de la Constitución de 1925. Y como lo señalan los profesores Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira que, *"con el propósito de darle estabilidad a esta norma, la Junta de Gobierno agregó el inciso 2º, Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. Con todo, la iniciativa legislativa para establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado, le corresponderá exclusivamente al Presidente de la República"*

La iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de seguridad social no conlleva falta de participación del Congreso en esta materia, que importaría una vulneración de las facultades que posee como Poder del Estado en su función legislativa- pues le compete aprobar o rechazar lo propuesto y, obviamente el debate parlamentario que

¹⁷ Cámara de Diputados. Diario de Sesiones. Sesión 26ª, de 9 de abril de 1969, págs. 2688 / 2721.

¹⁸ Verdugo M. Mario, Pfeffer U. Emilio, Nogueira A. Humberto, "Derecho Constitucional", Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 213

permitirá siempre enriquecer con nuevas ideas las proposiciones. La exclusividad en esta materia, sí tiene poderosas razones para su establecimiento.

Como lo comenta el profesor y ex Ministro de Estado, Sergio Molina, al referirse a la reforma constitucional aprobada por la ley N° 17.284 *"La tendencia del parlamento, es hacia el aumento del gasto público, ya sea otorgando beneficios sociales o propiciando obras de carácter regional, sin tomar en cuenta el debido equilibrio financiero. Es difícil para un parlamento negarse a este tipo de demandas porque pueden tener una justificación individual o porque constituyen grupos con fuerza electoral y política.*

*"La desarticulación de un programa a través de interferencias legislativas puede traer como consecuencia el fracaso en el cumplimiento de las metas propuestas, juicio adverso de la opinión pública sobre el Gobierno y, finalmente, el desprestigio institucional por la pugna entre los poderes del Estado, de donde el ciudadano común suele concluir que se debe a la ineficiencia del sistema. "*¹⁹

"La historia legislativa chilena está plagada de ejemplos en que, por la vía de la indicación a proyectos de ley o la iniciativa parlamentaria (..) se han creado obstáculos graves para el normal desenvolvimiento económico y social del país (..) Lo que sucede es que la presión o presencia de ciertos grupos induce a tomar iniciativas en su favor, sin ponderar debidamente todas las repercusiones que esto puede acarrear. (..) Es difícil para un parlamentario negarse a este tipo de demandas porque (..) constituyen grupos con fuerza electoral y política (...) El ejemplo más claro y trágico se encuentra en la caótica, injusta y dispendiosa legislación sobre seguridad social. "²⁰

Ahora bien, analizando las votaciones en el Senado —respecto de la materia en que recaen estos autos- se puede apreciar que como consecuencia de ellas se ha producido un mayor gasto público y un incremento en beneficios de seguridad social de trabajadores de los sectores público y privado. Así, se ha modificado **en** el Senado una norma de seguridad social que no fue propuesta por su único titular, en consideración a la materia, el Presidente de la República.

Con este proceder se ha vulnerado la Carta Fundamental.

Molina, Sergio. Ob. Cit pág. 82.

²⁰ Ibid. Nota

6.1. Jurisprudencia del Tribunal.

V.S. Excma. se ha pronunciado sobre la exigencia constitucional de que las normas relativas a la seguridad social requieren iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Así, en sentencia recaída en los autos rol N° 534 de 2006, este Excmo. Tribunal sostuvo *"NOVENO: Que por consiguiente, estamos ante disposiciones que modifican normas sobre seguridad social o que inciden en ella tanto del sector público como del sector privado, las cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Constitución Política, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República:*

"DECIMO: Que sin embargo, y como consta del Acta de la Sesión n° 67, de 10 de enero de 2006, de la Cámara de Diputados, y de los demás antecedentes que obran en conocimiento de esta Magistratura, la proposición que tuvo por objeto conceptualizar la definición de empresa que se encuentra contenida en el artículo 183 ter, surgió por indicación parlamentaria y no de la Presidenta de la República, a pesar de que se trata de una materia reservada por la Constitución Política a la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado, como se ha señalado en el considerando anterior;

"DECIMOPRIMERO: Que de lo expuesto resulta que, en la tramitación y aprobación del artículo 183 ter del Código del Trabajo, se ha vulnerado el artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Carta Fundamental, lo que configura un vicio de inconstitucionalidad de forma del precepto legal sometido a control de esta Magistratura; "

Con anterioridad, había sostenido igual tesis en los autos rol N° 231, en que declaró que *"Asimismo, resulta de las mismas disposiciones que es exigencia constitucional que para "establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado" se dicte una ley por exclusiva iniciativa del Presidente de la República;"*.

E N A D

CUARTA PARTE

**El artículo 197 bis del
Código del Trabajo
aprobado por el Senado,
en reemplazo del
que fuera propuesto por
el Presidente de la
República en el artículo
1° del proyecto de
ley Boletín N° 7526-13 es
inconstitucional.
Él incrementa los
beneficios del personal
de la Administración de
la Administración
del Estado**

**7. Incremento de
beneficios de
trabajadores del sector
público y privado.**

El artículo 65 de la Constitución Política en su inciso 4° numeral cuarto, establece la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de fijación, modificación, concesión o aumento, de beneficios al personal en servicio de la Administración Pública y

otros Órganos a los que hace referencia, al disponer:

"Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 4°.- Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, ".

Al igual que en los casos señalados en la segunda y tercera parte de esta presentación, relativos a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gasto público y de fijación de normas de seguridad social, la inclusión de los beneficios del personal de la Administración del

Estado como materia propia de la iniciativa exclusiva del Primer Mandatario, tiene como precedente insoslayable la reforma constitucional

introducida el año 1970 al artículo 45 de la Carta de 1925, por la ley N° 17.284.

En efecto, en razón de dicha reforma, el artículo 45 inciso 3° de la Constitución de 1925, quedó redactado con un texto muy similar al que posteriormente empleara el Constituyente de 1980, para referirse a los beneficios, que además de la remuneración, entregaba el Estado chileno a sus empleados en calidad de mejora laboral, al establecer: "Corresponderá

exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos a partidas o ítem de la ley general de Presupuestos; (...) para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios

*del personal de los
servicios de la
administración del Estado,
tanto central como
descentralizada.*

*"El Congreso Nacional sólo podrá aprobar o rechazar, o disminuir en su caso, la modificación de la división política o administrativa, los servicios o empleos y los **beneficios pecuniarios** a que se refiere el inciso anterior".*

Cabe señalar, que a diferencia de lo que disponía el artículo 45 inciso 3° de la Constitución de 1925, que empleaba la formula **"beneficios pecuniarios"**, el artículo 65 inciso Constitución Política de 1980, suprimió la expresión "pecuniario", haciendo únicamente referencia a la fijación, modificación, concesión o aumento de **"beneficios al personal en servicio o en retiro (...) de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, "**. De esta manera, con la supresión de la expresión, "pecuniario", queda claro que el Constituyente de 1980 pretendió extender la iniciativa exclusiva del Presidente, a otros beneficios que eventualmente podrían constituir mejoras para el personal de la Administración del Estado y de los Órganos del Estado a que la disposición hace referencia, y que pueden ser de la más diversa índole, y no tan sólo susceptibles de ser avaluados económicamente, tales como feriados legales, disminución de las jornadas de trabajo, etcétera.

Al respecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la expresión beneficio significa en su primera acepción cualquier *"Bien que se hace o se recibe"*²¹.

En ese sentido, no cabe duda que **el derecho que concede el artículo 197 bis, inciso primero, del proyecto de ley Boletín N° 752643 aprobado por el Senado en Sesión 20a, correspondiente a la Legislatura 359', constituye un beneficio para el personal de la Administración del Estado**, toda vez que, por una parte, concede a las mujeres un permiso de tres meses, una vez concluido el periodo postnatal a que se refiere el artículo 195 del Código del Trabajo, para dedicarse al cuidado del recién nacido, y, por otra, un subsidio con un tope de 66 UF., consecuencia de las modificaciones introducidas por el Senado, por la supresión de las oraciones tercera a quinta del inciso primero del nuevo artículo 197 bis del proyecto original enviado por Mensaje N° 611-358 (Boletín N° 7526-13).

De esta forma, corresponde que V.E. declare la actuación de los Senadores, y la norma jurídica aprobada por ellos, inconstitucional, puesto que se ha vulnerado fehacientemente lo dispuesto por el artículo 65 de la Carta Fundamental.

²¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

En: http://buscon.rae.es/draellSrvitConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=beneficio, visitado el 6 de julio de 2011.

QUINTA PARTE

Competencia del Excmo. Tribunal Constitucional

El requerimiento de inconstitucionalidad presentado por S.E. el Presidente de la República en estos autos, es procedente atendido que, como se ha recordado en el número 3, precedente, fueron planteadas, oportunamente, cuestiones de inconstitucionalidad por órganos legitimados como lo son diversos señores Senadores y el señor Ministro Secretario General de Gobierno.

El Tribunal Constitucional tiene competencia para pronunciarse sobre este requerimiento pues el Senado ha aprobado una norma que contraviene la Carta Fundamental al arrogarse facultades que ésta entrega de manera exclusiva en el Presidente de la República. El Senado ha cometido esta infracción a la Constitución al aprobar la división de la votación de un precepto que era indivisible por el mandato que contenía.

En sentencia de 16 de junio de 2009, recaída en los autos Rol N° 1.410-09, ese Tribunal declaró admisible y se pronunció en requerimiento de treinta señores Diputados que representaban más de la cuarta parte de esa Cámara en que pedían se declarara la inconstitucionalidad de las actuaciones del Senado. En este fallo, ese Tribunal aplicó la doctrina en la sentencia recaída en los autos Rol N° 464 y en ambos pronunciamientos reconoció su plena competencia para pronunciarse sobre requerimientos en que se denuncia la infracción a la Constitución Política originada en cuestiones de procedimiento.

Observación final

En el presente escrito hemos expuesto las consideraciones jurídicas que, a nuestro juicio llevan a la conclusión de que son inconstitucionales tanto la actuación de la mayoría del Senado, cuanto la modificación que con ella ha aprobado un artículo 197 bis del Código del Trabajo, diferente del contenido en el proyecto de ley, Boletín N° 752-13.

Pero, además de tales consideraciones, nos resulta imperativo señalar que más allá de la opinión que cada uno de los H. Senadores pudo haber tenido respecto del proyecto presentado por el Presidente de la República, los parlamentarios que concurrieron con su voto para aprobar el proyecto, rechazando a su vez el tope de 30 UF estipulado en el Mensaje presidencial, debieron tener claro conocimiento, de que dicha determinación en el hecho, ha implicado un aumento del gasto público.

De aceptarse la posibilidad de que el Congreso, por medio del uso indebido de mecanismos reglamentarios en la tramitación legislativa, aumente el gasto público, excediendo las facultades que le confiere la Constitución Política, se pondrá en riesgo todo el sistema de formulación presupuestaria y de financiamiento del gasto público, que durante los últimos decenios ha garantizado el equilibrio presupuestario de las finanzas públicas, y ha permitido que éstas se mantengan sanas.

Todo ello es un activo del país que cada día más se destaca como ejemplo en los foros internacionales.

Esta presentación ante V.E. quiere así resaltarlo.

Por tanto,

Rogamos a V.S. Excma.: Tener presente estas consideraciones y antecedentes al fallar e] requerimiento a que se refieren estos autos.

Primer Otrosí: Constituyendo quienes suscribimos este escrito más de una cuarta parte de los Senadores en ejercicio y encontrándonos todos interesados en el asunto constitucional objeto de autos, solicitamos ser oídos en la audiencia citada para día 14 de julio del presente año en resolución de fojas 441.

Por **tanto**,

Rogamos a V.S. Excma.: Acceder a lo solicitado.

Segundo Otrosí: Por este acto venimos en acompañar copia del escrito mediante el cual un grupo de parlamentarios se hizo parte el año 1997 ante SS. Excma. en contra del requerimiento presentado por un grupo de Senadores contra el Decreto N° 1679 del Ministerio de Hacienda, de 31 de diciembre de 1996.

Dicho escrito merece ser destacado porque en él se sostiene igual doctrina que la que sustenta el requerimiento y, además, porque él aparece suscrito por varios parlamentarios que hoy detentan la calidad de Senadores, que apoyan la norma cuestionada.

Por tanto,

Rogamos a V.S. Excma.: Tener por acompañado el documento individualizado.

Tercer Otrosí: Rogamos a SS. Excma., se sirva tener presente que por este acto venimos en designar abogado patrocinante y conferir poder a doña Olga Feliú Segovia, abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, domiciliada en Miraflores 113, Oficina 51, Santiago, quien firma en señal de aceptación.

Por tanto,

Rogamos a V.S. Excma.: Se sirva tenerlo presente.

Valparaíso, 6 de julio de 2011.

El Secretario General del Senado, quien suscribe, certifica que las firmas que aparecen en documento que se adjunta pertenecen a los Honorables Senadores señores Carlos Cantero Ojeda, Andrés Chadwick Riñera, Francisco Chahuán Chahuán, Juan Antonio Coloma Correa, Alberto Espina Otero, José García Ruminot, Antonio Horvath Kiss, Hernán Larraín Fernández, Carlos Larraín Peña, Pablo Longueira Montes, Jovino Novoa Vásquez, Jaime Orpis Bouchón, Víctor Pérez Varela, Baldo Prokurica Prokurica y Gonzalo Uriarte Herrera.

id //

A

spados
 administrativos y
 fi ▶ anolerp
 generales que
 podrlan
 producirse si iáo
 lacogiese la
 presentalción que
 realiza la minoría
 de parlamentarios
 al Tribunal
 Constitucional y
 que constituyen los
 argumentos de
 fondo para que el
 legislador
 promulgare el
 1263 del 1975,
 que rioiece
 Inclusive al
 promulgar la
 Constitución de
 1960 ■■ In que
 fuese derogada
 por'llsta.

N

o cabe duda 4.1L
 K9 las raz~ 1::t..113
 tuyo el legislador y

el constituyente sobre, lo gravedad que significaría para el país que por razones de carácter político en el Parlamento su pusiese en juego la estabilidad económica y financiera del país, al entrar en un juego político una materia tan delicada.

M

ág gréwe, Os hoy 1911 esta mataría tal colocar una incertidumbre grave como la que expongo el 'anexo que acompaño en esta presentación que hacemos a ese Excmo. Sr. Presidente del Tribunal en conjunto con más de 100 parlamentarios y otros miembros de la Sonlidoce y Diputados, muchos de los cuales participamos directamente en la aprobación de los acuerdos con la oposición y posteriormente con su aprobación.

A

I
O
n
t
e
r
n
e
n
l
e
,

JORGE LAVANDERO
LLAMES Presidente C
de Presupuesto Cong
Nacional

SE TENGA PRESENTE

EXCMO. T

PABLO RUIZ-TAGLE VIAL, PATRICIO ZAPATA LARRAIN y FRANCISCO ZUÑIGA URBINA, abogados, por el H. Senado de la República, en autos Rol N° 2025 — 2011 CPT, a US. Excma. decimos:

Que por este acto procesal, y en virtud de lo resuelto por esta Judicatura con fecha 7 de Julio de 2011, rolante a fojas 438 a 439, venimos en hacer presente un conjunto de observaciones acerca del requerimiento de inconstitucionalidad formulado por S.E. el Presidente de la República en relación a "la actuación del H. Senado y la consecuente modificación introducida por este al artículo 197 bis del Código del Trabajo".

Para una adecuada exposición, se desagrega el presente escrito en los apartados y capítulos siguientes:

SECCION PRIMERA

FALTA DE PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN INTERPUESTA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Control de Normas y Conflicto Constitucional.

Con carácter de previo y especial pronunciamiento es menester abordar la falta de presupuestos procesales de la acción interpuesta ante el Tribunal Constitucional para resolver el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por S.E. el Presidente de la República y Ministros de Estado, en contra de las "actuaciones ejecutadas por el H. Senado", que modificaron el nuevo artículo 197 bis que se incorpora al Código del Trabajo (en adelante CT), mediante el proyecto de ley que modifica el permiso post natal parental y modifica el Código del ramo (boletín 5726-13), por infringir a juicio de la requirente dichas "actuaciones" los artículos 6°, 7° y 65 de la Constitución Política de la República de Chile, en adelante Constitución, CPR o Carta Fundamental.

El enjuiciamiento de "actuaciones ejecutadas por el H. Senado", es una materia que excede la órbita competencial del Tribunal Constitucional compendiada en el artículo 93 de la Constitución Política; en la medida que la competencia de este tribunal supremo es una competencia tasada y de derecho estricto. Por ende, se utiliza la vía procesal del control de

constitucionalidad preventivo, facultativo y abstracto, del número tercero del artículo 93, sin que la acción impetrada guarde relación con pretensiones procesales de anulación por inconstitucionalidad de normas que tengan como soporte un conflicto constitucional.

En efecto, el control jurisdiccional de constitucionalidad, tanto el control preventivo como el represivo, preceptivo o facultativo, abstracto o concreto, es un control de normas, como se colige de los números 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 16 del artículo 93 de la Carta. En la especie, el control de constitucionalidad de normas (proyecto de ley, de reforma constitucional o de tratados) previsto en el número 3 del artículo 93 es un control preventivo, facultativo y abstracto. Preventivo, porque refiere a un acto estatal no incorporado al ordenamiento jurídico sino en su iter de formación, en rigor, una prenorma, susceptible de enjuiciamiento constitucional. Facultativo, en la medida en que el control se activa por la vía de la acción de sujeto legitimado activo procesalmente que pasa a ser parte en un proceso constitucional. Abstracto, en la medida en que el control de constitucionalidad es un enjuiciamiento que se produce entre la Constitución, es decir, una norma iusfundamental de conducta o de organización y la norma o acto estatal sometido a control (prenormas), por infringir esta una norma iusfundamental dogmática u orgánica de producción válida de la norma, produciéndose un vicio de inconstitucionalidad material, formal o competencial, según sea el caso.

La "cuestión sobre constitucionalidad" es un conflicto de normas, en la que el control jurisdiccional de constitucionalidad es un juicio de legitimidad abstracto, que se realiza como un examen de "cotejo objetivo" entre el precepto infra constitucional que se impugna con los "valores, principios y normas" consagrados en la Carta Fundamental (STC Rol N° 786, coxis. 5°); contradicción que abre un abanico de vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial, según sea el caso.

En la causa, no existe un acto estatal normativo impugnado, sino "actuaciones ejecutadas por el H. Senado".

Por otra parte, las normas constitucionales concernidas en este

contencioso refieren a las "cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso"; debiendo impetrarse el requerimiento del sujeto legitimado procesalmente antes de la promulgación de la ley, o de la remisión de la comunicación que informa la

aprobación del tratado por el Congreso Nacional y en caso alguno "después de quinto día del despacho del proyecto de la comunicación señalada" (Artículo 93 CPR). La misma norma constitucional dispone que el requerimiento impetrado no suspende el iter legis y
en

la parte impugnada del proyecto de ley, esta no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, con las salvedades del proyecto de ley de presupuestos o del proyecto de ley relativo a la declaración de guerra. A su vez, el Art. 94, en armonía con el contenido anulatorio de la declaración de inconstitucionalidad, contenida en la sentencia estimatoria, dispone que "las disposiciones que el tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate". Esto significa que las "cuestiones sobre constitucionalidad" conciernen a proyectos de ley, en el iter legis, y por ende a su contenido preceptivo o normativo y no a las "actuaciones" de parlamentarios, órganos internos de las Cámaras o de la corporación misma. El artículo 93 N° 3 de la Constitución descansa en un conflicto de normas: todo o parte de un proyecto de ley y la Constitución.

Confirma lo anterior el desarrollo que el legislador orgánico constitucional hace del procedimiento que encausa el proceso constitucional tratándose del control de "cuestiones de constitucionalidad sobre proyectos de ley, de reforma constitucional y tratados en tramitación legislativa" (Ley número 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Título II, Párrafo 3, artículo 61 a 71, en adelante LOCTC); desarrollo legislativo que exige al requirente, al plantear la cuestión de constitucionalidad, indicar los vicios de inconstitucionalidad e indicar con precisión "la parte impugnada" del proyecto de ley, reforma constitucional o tratado (inciso final del artículo 63 LOCTC).

En cambio, examinado el requerimiento de inconstitucionalidad no se impugnan normas (todo o parte de un proyecto de ley), sino que por el contrario en diversas partes de su texto se identifican las "actuaciones ejecutadas por el H. Senado" que se impugnan de constitucionalmente viciadas:

"...una actuación inconstitucional que consistió en dividir la votación de un artículo eliminando con ello el tope del subsidio que se proponía..." (Fs. 1),

que se permitió mediante el expediente de la división de

una votación en una materia vinculada directamente con la iniciativa exclusiva del Presidente de la República que se violaran disposiciones de la Carta Fundamental. Esta actuación inconstitucional es impugnabile ante U.S. Excma. pues la división de una votación no puede, bajo ningún pretexto, sustentar actuaciones contrarias a las normas contenidas en la Constitución..." (Fs. 39)

En suma, el requerimiento de inconstitucionalidad del Presidente de la República, va dirigido a impugnar las "actuaciones ejecutadas por el H. Senado", de sus miembros, el procedimiento legislativo, de sus órganos internos y de la corporación misma, y en ningún

momento va dirigido a impugnar una parte componente del proyecto de ley o contenido normativo de este; pretendiendo agregar la norma legal (prenorma) suprimida en el proyecto de ley en votación, previa división de la votación, dejándose así sin efecto la referida "votación dividida". Así, el accionante pretende que el Tribunal Constitucional se sustituya al legislador democrático al pretender anular la votación dividida y de esta manera, como lo dice la petitoria del requerimiento: dejar sin efecto la "actuación del Senado (...) adoptando las medidas que U.S. estime conducentes a restablecer el imperio del derecho y la supremacía de la Constitución en la tramitación de dicho proyecto de ley". Esto viene a significar que para el accionante el Tribunal debe heterocomponer el supuesto conflicto constitucional adoptando una decisión o sentencia estimatoria propia del proceso de amparo, reintegrativa del derecho, y no una sentencia propia del proceso de constitucionalidad en la que el Tribunal actúa como "legislador negativo" empleando la expresión figurativa del jurista vienés Hans Kelsen de su obra de 1928 en que defiende el modelo concentrado. El Tribunal Constitucional es primordialmente un tribunal de control de normas y no un tribuna] de amparo extraordinario del derecho en lo referido al N° 3 del artículo 93 de la Constitución.

2. No justiciabilidad del Reglamento Parlamentario.

El reglamento parlamentario es una fuente formal del derecho, en general, y una fuente formal del derecho constitucional, en particular, con un contenido preceptivo que en parte es sub-constitutione y en parte es sub-lege, es decir, una parte de su contenido normativo confiere desarrollo de preceptos constitucionales sin mediación legislativa y en otra parte de su contenido normativo tiene la mediación legislativa, del legislador orgánico constitucional; y en su contenido material refiere a normas relativas a organización,

funcionamiento del Congreso Nacional, función pública parlamentaria, función pública administrativa, conducta parlamentaria, personal y medidas de policía, gobierno y administración interior de las corporaciones. Tradicionalmente, el reglamento parlamentario recoge en su contenido usos y prácticas parlamentarias, las que de suyo tienen también entidad como fuentes en el derecho constitucional.

La potestad de auto legislación reglamentaria de las cámaras, tiene su fuente directa

en el Art. 56 Inc. 2 de la Constitución y tiene equivalencia con otras potestades normativas de poderes públicos tradicionales, a saber, potestad reglamentaria autónoma y de ejecución

del Presidente de la República y potestad autorreglamentaria de la Corte Suprema expresada a través de autos acordados.

Con motivo *de* la reforma constitucional de 2005, cuya tramitación se prolongó por un lustro, se planteó la conveniencia de completar el control de constitucionalidad de normas integrando a la competencia del Tribunal Constitucional actos normativos más allá de la ley misma que asegurasen la supremacía constitucional. Así quedaron integradas a la competencia del Tribunal el control preventivo obligatorio de tratados internacionales, cuando su contenido pudiese concernir a la competencia del legislador orgánico, autos acordados de Tribunales Superiores de Justicia y de Tribunal Calificador de Elecciones y quedaron excluidos otros actos normativos relevantes de autonomías constitucionales, tales como: instrucciones generales de Ministerio Público, acuerdos del Consejo del Banco Central, reglamentos regionales, ordenanzas municipales y naturalmente el reglamento parlamentario; como ocurre con las mencionadas instrucciones cuya inclusión figuró inclusive en el veto del Presidente de la República al proyecto de reforma (Consultar "Reformas Constitucionales 2005. Historia y Tramitación", Senado de la República, 2006, p. 356).

En términos simples, los reglamentos de la Cámara de Diputados o del Senado, e inclusive funcionalmente del Congreso Pleno, quedan fuera de la competencia del Tribunal Constitucional. En la especie el requerimiento de inconstitucionalidad impugna las "actuaciones ejecutadas por el H. Senado", consistentes en "dividir la votación", de un artículo de un proyecto de ley (nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo), eliminando así el tope del "subsidio" o permiso post natal parental. Es decir, el requerimiento de inconstitucionalidad impugna la "división de la votación" prevista en los reglamentos parlamentarios (Art. 146 del Reglamento de la Cámara de Diputados y Art. 164 *del* Reglamento del Senado de la República).

El Art. 164 del Reglamento del Senado dispone: "Cualquier

Senador podrá pedir que se divida una proposición antes de empezar su votación, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 35", este dispositivo del iter legis: división de la votación tiene extraordinaria antigüedad en el reglamento cameral y se remonta al vigente bajo la Constitución de 1925 y de la Constitución de 1833, siendo una novedad la modificación introducida al Reglamento de la Cámara Baja el año 1994 el mecanismo de control de constitucionalidad político por la propia Cámara de la decisión de dividir la votación.

En suma, el requerimiento de inconstitucionalidad debe ser rechazado por impugnar las "actuaciones ejecutadas por H. Senado", consistentes en la utilización de un

dispositivo del iter legis: contemplado de la votación, prevista en el Art. 164 del Reglamento del H. Senado; reglamento parlamentario que es un acto estatal normativo excluido de la competencia del Tribunal Constitucional; competencia tasada y de derecho estricto.

3. Control Político de Constitucionalidad y Control Jurisdiccional de Constitucionalidad

El Estado de Chile en una decisión iusfundamental contenida en el Capítulo 1 de Bases de la Institucionalidad de la Constitución, adopta la forma jurídico política de Estado de Derecho. El Estado de Derecho tiene un sistema de garantías jurídicas, políticas y sociales que buscan asegurar la sujeción a derecho de los poderes públicos. El control de constitucionalidad de los actos estatales se inscribe en dicho sistema de garantías.

Nuestra Constitución diseña por ende, una pluralidad de controles en el esquema de reparto de poder, controles jurídicos, políticos y sociales de poder y tratándose de los controles jurídicos estos pueden operar en el campo de la regularidad de los actos de las autoridades públicas, en la adopción de decisiones de relevancia patrimonial y naturalmente en el campo de las decisiones normativas.

La evolución histórica de Chile en dos siglos deja en evidencia el paso de un control de constitucionalidad eminentemente político, bajo el imperio de las Constituciones del siglo XIX (1828 y 1833), a un control de constitucionalidad compartido o mixto, en las constituciones del siglo XX; pero dejando subsistente el control político de constitucionalidad y los controles de juridicidad que directa o indirectamente importan control de constitucionalidad.

La reforma constitucional de 2005, que refunda nuestro sistema de jurisdicción constitucional, establece la concentración del control jurisdiccional de normas en el Tribunal Constitucional, modificando las posibilidades de un control difuso de constitucionalidad por los tribunales del sistema judicial.

Sin embargo, la concentración del control jurisdiccional de constitucionalidad de normas por el Tribunal Constitucional no significa el monopolio del control de constitucionalidad, subsiste en nuestro ordenamiento constitucional y legal diversas manifestaciones de control político de constitucionalidad residenciado en órganos políticos del Estado, como ocurre con el control de admisibilidad de constitucionalidad previsto en *el* procedimiento legislativo (artículo 25 de la Ley N° 18.918 orgánica constitucional del

Congreso Nacional, en adelante **LOCN**) como **también en** el procedimiento de la acusación en juicio político (artículo 43 de la LOCN), en el procedimiento legislativo el Presidente de la corporación respectiva o los presidentes **de comisión, tienen la facultad de pronunciarse acerca de la admisibilidad constitucional de mociones e indicaciones en la tramitación** de la ley, sin perjuicio de que la sala o la comisión pueda revisar la decisión del órgano unipersonal (artículos de la LOCN y artículos 53, N° 2, 237 N° 2 del Reglamento de la Cámara **de Diputados y artículo 23 del** Reglamento del Senado). Este control político funciona normalmente en el iter legis y es un mecanismo usual en la tramitación de la ley, incluso más, los ejemplos que el Requerimiento cita en que la corporación o sus órganos internos **ha** ejercido el control político de **constitucionalidad, vía admisibilidad, es un compendio elocuente de cómo opera este control** político.

En otro orden de materias, las acusaciones constitucionales votadas en la Cámara de Diputados, en las **que se plantea la cuestión previa de admisibilidad constitucional de la acusación misma**, es un notable **ejemplo de que este control político de constitucionalidad** opera inclusive en el campo más político de decisión de la Cámara Baja. Es menester destacar **que un número importante de acusaciones constitucionales han decaído producto de la cuestión previa de admisibilidad, en que se examina la constitucionalidad de** la acusación en razón de la autoridad imputada y del tipo de delito, abuso de poder o infracción de la Constitución que se reconduce a capítulos acusatorios.

El Requerimiento de inconstitucionalidad pretende hacer tabula rasa del control político de constitucionalidad que el Senado ha ejercido con motivo del dispositivo de división de votación; ya que cuando se propone la división de la votación por el H. Senador **Fulvio Rossi respecto de las oraciones primera y segunda del inciso primero del Art. 197 bis del Código del Trabajo**, se trabó una oposición a dicha petición solicitándose en las comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Salud del H. Senado, que se declárase la

inadmisibilidad de dicha **votación dividida** **haciéndose incluso un** fundamento a dicha petición. Siguiendo el procedimiento preceptivo **para estas incidencias se** desecha la petición de que fuere declarada inadmisibile la votación dividida obrando así el órgano camaral como órgano dotado de una potestad de control político, único **control** admisible en un Estado **de Derecho para decisiones interna corporis acta** del procedimiento legislativo. Por tanto, hacer tabula rasa de la necesaria coexistencia de controles de constitucionalidad de naturaleza diferente en un Estado de Derecho como el nuestro es quebrantar el esquema de reparto de poder diseñado en la Constitución **y el complejo**

entramado de controles que los actos del poder tienen para asegurar su vinculación al ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional es incompetente para resolver una supuesta cuestión de constitucionalidad que descansa en el pretendido enjuiciamiento de las "actuaciones ejecutadas por el H. Senado"; ya que las actuaciones interna corporis acta, ligadas al iter legis, como en la especie, la división de la votación, prevista en el Art. 164 del Reglamento del Senado de la República, es una actuación sometida a control político de constitucionalidad y no a control jurisdiccional; actuación cuyo enjuiciamiento constitucional queda fuera de la orbita de competencia del Tribunal, fallando nuevamente un presupuesto procesal de la acción indicado en el N° 3 del artículo 93 de la Constitución: impugnación de normas, como es todo o parte de un proyecto de ley.

4. Conclusiones: Traslado de un Problema Político a la Esfera de Competencia del Tribunal Constitucional.

El requerimiento de inconstitucionalidad del Presidente de la República, al pretender enjuiciar las "actuaciones ejecutadas por el H. Senado", lo que pretende en rigor es trasladar a un tribunal supremo, la decisión de una cuestión política dura, como la relativa a la negociación que debe haber entre el Presidente de la República y sus Ministros de Estado con motivo de la tramitación de cualquier proyecto de ley.,

Ciertamente en un régimen presidencialista como el nuestro, el derecho de iniciativa del Presidente de la República y el derecho de iniciativa exclusiva en materia de legislación financiero pública no está en cuestión, ya que objetivamente el Congreso Nacional ha experimentado una racionalización creciente, durante el siglo XX, a fin de sustraer de la potestad legislativa la decisión acerca de la administración de los recursos financieros del Estado como lo

demuestran las reformas constitucionales de 1943 y 1970 a la Carta de 1925 y la vigente Constitución de 1980.

Congruente con tal racionalización, están fuera de discusión también dos reglas constitucionales que cautelan el derecho de iniciativa exclusiva, a saber, el inciso final del Art. 65 y el inciso final del Art. 67, los que señalan, en sus incisos finales:

"Art. 65.

El Congreso Nacional solo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleo, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República."

Art. 67

"Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servido o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, debera reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera sea su naturaleza."

Esto viene a significar que el Congreso Nacional en el iter legis de proyectos de ley relativos a aquel fragmento de la competencia legislativa, comprendidos en el derecho a iniciativa exclusiva del Presidente de la República podrá "aceptar, disminuir o rechazar". En la especie, cuando se enjuicia la votación dividida del inciso primero del nuevo Art. 197 bis que se incorpora al Código del Trabajo, la decisión camaral es de rechazo decisión que deja subsistente el tope en unidades de fomento para el permiso post natal parental, tope contenido en la norma vigente del Código del ramo, por ende la modificación o adecuación de dicho tope (de 66 UF a 30 UF), es una decisión legislativa, en la que el Presidente de la República tiene derecho a iniciativa exclusiva. En tal decisión legislativa, el Presidente de la República, no puede trasladar su responsabilidad politica al Tribunal Constitucional, la decisión en torno al mayor costo financiero asociado a mantener el guarismo vigente es una decisión financiero pública propia del Presidente de la República en un régimen presidencialista.

Pero, por otra parte, la cuestión relativa a modificar el tope en permiso post natal parental en el proyecto de ley en trámite, boletín número 7526-13, es una cuestión entregada a las decisiones que adopten los órganos intervinientes en el procedimiento legislativo, pudiendo reponerse la indicación referida al tope por parte del Presidente de la República, sea en el segundo trámite constitucional o en Comisión Mixta; incluso más, dicha materia puede ser objeto de la

prerrogativa o atribución especial del Presidente de la República de veto suspensivo y parcial. Es decir, con motivo del procedimiento legislativo el Presidente de la República puede, dado que nos encontramos en el campo de las ideas matrices del proyecto de ley, formular observaciones bajo la técnica del denominado veto sustitutivo o veto aditivo y en tal campo sabido, en virtud de la ley orgánica y del reglamento parlamentario es que las Cámaras no podrán introducir en la votación de las observaciones el dispositivo de la votación dividida; todo según lo disponen el artículo 35 LOCN, el artículo 146 del Reglamento de la Cámara de Diputados y el artículo 188 N° 2 del Reglamento del Senado.

Por ende, no sólo se pretende trasladar un problema político, asociado a la lógica de la negociación y acuerdo entre gobierno y mayorías parlamentarias al Tribunal Constitucional; sino que además se pretende trasladar al Tribunal Constitucional una cuestión de mera legalidad, es decir, una cuestión de técnica legislativa y de decisiones asociadas al procedimiento legislativo o eventualmente al ejercicio de la prerrogativa del veto. En último término, el problema planteado por el requerimiento de inconstitucionalidad, subsistencia en la ley vigente (C1) del tope de las 66 UF por el "rechazo" con votación dividida de la indicación en la cámara de origen, es una "cuestión de fiera legalidad", objeto de simple resolución en el iter legis, como antes se explicó en el segundo trámite, en Comisión Mixta y por la vía del veto, dado que el Presidente de la República es órgano colegislador, y en cuanto a la incidencia financiera del proyecto de ley, el mensaje (N° 311-358) éste correspondiendo a una materia de "iniciativa exclusiva" cumplió con el informe financiero de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda ordenado en el artículo 14 de la LOCN. En lo demás un proyecto de ley queda entregado al depositario de la función-potestad legislativa: el Congreso Nacional, a esa verdadera factoría de legislación que son las Cámaras y sus órganos internos, como las comisiones permanentes que sectorialmente informan los proyectos y la Comisión de Hacienda que vela por su adecuada Financiación debiendo indicar la fuente de recursos para atender los gastos que se irroguen (artículo 223 del Reglamento de la Cámara de Diputados y artículo 27 del Reglamento del Senado).

Por todo ello, el Tribunal Constitucional, dada la inconcurrencia de los presupuestos procesales del contencioso constitucional del N° 3 del artículo 93 de la Constitución necesarios para que prospere la acción basada en un conflicto que obliga al control de normas, y por ende, carece de competencia para heterocomponer una cuestión de constitucionalidad que en rigor no posee de los presupuestos propios del control de constitucionalidad de normas y que en cuanto a actuaciones del H. Senado se trata de

actuaciones sometidas a control político de constitucionalidad.

SECCION SEGUNDA

EXAMEN JURISPRUDENCIAL DEL REQUERIMIENTO

En las secciones anteriores, se ha planteado, como cuestión de previo y especial pronunciamiento, que por el hecho de no indicarse en el requerimiento cuál es el precepto concreto del proyecto que presenta un vicio de inconstitucionalidad, V.S. se encuentra en imposibilidad de acoger en definitiva la pretensión de S.E. el Presidente de la República.

Existen, en efecto, y como se ha visto, muy contundentes razones de texto constitucional, de historia fidedigna, institucionales, doctrinarias e incluso prácticas para concluir que, bajo nuestro orden jurídico, la individualización de una disposición específica objeto de reproche es un presupuesto esencial a efectos que el Tribunal Constitucional pueda ejercer la atribución del artículo 93 N° 3 de la Carta Fundamental.

El requerimiento, sin embargo, afirma que no es necesario dirigir el reproche contra un precepto concreto. En su parecer, es posible solicitar al Tribunal Constitucional que controle y sancione, directamente y sin la mediación de una norma, lo que denomina las "actuaciones inconstitucionales" del Honorable Senado, incluida la forma en que se discute y vota un determinado inciso. El escrito de S.E. el Presidente de la República quiere convencernos, en todo caso, que un control de ese tipo no presentaría mayor novedad. En tal sentido, el Requerimiento expresa textualmente que "...la jurisprudencia de SS. Excm. permite concluir que la actuación que se ha descrito es impugnabile constitucionalmente" (a fojas 41).

El Requerimiento también recurre a la jurisprudencia de V.E., a la que denomina en este punto como "frondosa" (fojas 43), a efectos de afirmar que su propia interpretación sobre el alcance y consecuencias de la iniciativa presidencial en materia de gasto estaría avalada en precedentes del Tribunal Constitucional.

Estas reiteradas referencias a la jurisprudencia constituyen uno de los ejes argumentativos centrales del Requerimiento. Por lo mismo, merecen ser examinadas con seriedad y rigor analítico. Es lo que se hará en esta sección.

5. DE LA JURISPRUDENCIA EN GENERAL.

La palabra jurisprudencia puede significar dos cosas muy distintas. Puede ser, en primer lugar, el término empleado para describir la simple suma de las resoluciones emanadas de un Tribunal. O bien, puede ser también -en una acepción más restringida y compleja-, el concepto con que se designa al sistema relativamente coherente de soluciones, y argumentaciones, con que un ente jurisdiccional ha respondido a las preguntas y problemas que le han sido planteados.

La distinción anotada aparece parcialmente recogida por el Diccionario de la Real Academia. De esta manera, y de acuerdo a dicho texto, la "Jurisprudencia" es, en primer lugar, el: "Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen" (segunda acepción). En segundo término, la "Jurisprudencia" es definida como el: "Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes" (tercera acepción).¹

En un sentido similar, aunque no idéntico, Máximo Pacheco, alude a la jurisprudencia como las normas jurídicas individuales emanadas de las sentencias pronunciadas por los tribunales, y, por otra parte, se refiere a ella también como un conjunto de principios generales emanados de los fallos uniformes de los tribunales.²

Que la producción normativa de un órgano del Estado pueda ser calificada apropiadamente como jurisprudencia, en el sentido más completo y exigente, depende de la concurrencia de dos condiciones fundamentales.

Sólo podrá hablarse de jurisprudencia, en primer lugar, si las sentencias tienen su fundamento en una argumentación pública y conocida. En efecto, lo propio de la jurisprudencia es recoger no sólo las resoluciones del Tribunal sino también aquellos razonamientos que han conducido a ellas.

Desde esta perspectiva, y considerando los fallos que pronuncia V.E., debe valorarse positivamente el esfuerzo desplegado por incluir siempre una explicación razonada de los motivos para decidir en uno u otro sentido. Se da cumplimiento así, por lo demás, a la obligación que pesa sobre todos los tribunales del país en orden a fundar debidamente las sentencias.³

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Edición, Madrid, 1984, p. 805. ² Pacheco,

Máximo: "Teoría del Derecho", Editorial Jurídica de Chile, 2° Edición, 1984, pp. 346-347.

El artículo 39° de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional establece: "Las sentencias del Tribunal deberán **cumplir, en lo pertinente, con los requisitos indicados en los números 1° a 6°, inclusive**, del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Los Ministros que discrepen de la opinión mayoritaria del Tribunal harán constar en el fallo su disidencia."

El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, a que se remite la ley orgánica del Tribunal Constitucional, dispone,

entre otras cosas, que: "Las sentencias ...contendrán: ...4° Las consideraciones de hecho y derecho que sirven de fundamento a la sentencia".

Esta exigencia de Fundar las resoluciones no sólo obliga al Tribunal a ponderar detenidamente los problemas que plantea cada caso concreto, sino que, además, constituye una garantía eficaz contra Fallos de inspiración puramente política.

Una jurisprudencia auténtica exige, en segundo término, una relativa coherencia a través del tiempo en las argumentaciones y soluciones enunciadas por el Tribunal. La expresión "relativa coherencia" quiere dar cuenta de un rango de posibilidades.

En algunos sistemas jurídicos, impera lo que se conoce como la regla del stare decisis, en cuya virtud el juzgador está obligado a tomar todas sus decisiones bajo la luz de las razones que explican las decisiones anteriores, ya fuere las de un tribunal superior (stare decisis vertical) y/o las suyas propias (stare decisis horizontal).

En otros regímenes legales, y sin que se adopte formalmente el stare decisis, se estila, por razones de igualdad y certeza, que, antes de fallar un asunto, el tribunal considere cuál ha sido su propia práctica previa en la materia. En la medida en que existan precedentes, ellos deberán ser ponderados en las deliberaciones y decisiones del juez.

Algunas personas piensan que en Chile la jurisprudencia no tiene ningún peso como fuente interpretativa del derecho. En apoyo a esa posición citarían, probablemente, el artículo de nuestro Código Civil según el cual "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren" (art. 3, inciso segundo).

Discrepamos de esa visión. Nos parece que la citada regla de derecho privado solo tiene por objeto precisar los alcances obligatorios de la resolución de un juicio, pero no prejuzga sobre el valor que ha de reconocerse a las razones por las cuales se ha fallado.

Desde un punto de vista constitucional, por otra parte, son muchas las razones para entender vinculante el deber de coherencia.

Es verdad, por supuesto, que, respecto del Tribunal Constitucional, no existe ninguna norma concreta, ni en la Constitución Política ni en su Ley Orgánica, que le obligue a seguir sus propios precedentes.¹ Lo anterior no obsta, sin embargo, a que dicho deber se desprenda del sistema

¹ Este puede ser el momento de recordar, y lamentar, la forma displicente

con que el legislador orgánico abordó esta materia. El Mensaje original propuesto por el Ejecutivo en 2006 proponía agregar un inciso final al artículo 31 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, expresando: "El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad.". La Cámara de Diputados aprobó la idea, aunque cambió la redacción: "...Toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustantivamente lo que hubiere resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta.". En segundo trámite, el Senado aprobó el mismo texto. La sorpresa, sin embargo, se produciría en el tercer trámite. La Comisión de Constitución de la Cámara, sin dar razones, y a instancias del diputado Monckeberg suprimió la indicación respectiva. En la Comisión de Mixta, se confirmó la decisión de la Cámara. Decisiva fue la opinión de los Ministros del Tribunal Constitucional invitados a colaborar en el proceso legislativo, señores Juan Colombo y Jorge Correa, quienes expresaron: "...en lo que respecta al numeral 30) del artículo único del proyecto

constitucional y que, además, el Tribunal Constitucional haya desarrollado una práctica muy consistente al respecto.

Esta "consideración" o "respeto" al precedente, no significa que el Tribunal Constitucional deba atarse absolutamente al precedente, pero si le impone la obligación de ponderarlo como el necesario punto de partida en la solución del problema interpretativo en examen.⁵

La sujeción al precedente debe, en consecuencia, constituir la regla general. Sólo razones poderosas justificarían desechar una doctrina previa. Para proceder a desestimar un precedente el Tribunal Constitucional tendría que explicar las razones del giro y fundamentar adecuadamente su nueva interpretación.

La doctrina recién expuesta está cumpliendo mayoría de edad en los anales de nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, en pocos días más se cumplen 18 años desde que, en el fallo "Juzgados de Policía Local", Vuestra Excelencia se pronunció derechamente a favor de otorgar efecto vinculante a los precedentes. En palabras del fallo "...por último, debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquéllos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen".

De esta manera, y en nuestro derecho constitucional, el respeto al precedente se caracteriza, al menos, por las siguientes siete características:

Deber general de considerar. Frente a cualquier caso nuevo el Tribunal Constitucional asume la obligación de tomar en cuenta todas sus propias decisiones anteriores relativas al problema en cuestión. Deber de universalidad. El Tribunal debe considerar tanto los precedentes a favor de la decisión que va adoptar como los que apuntan en sentido contrario. Aún cuando no es posible exigir la misma actitud de las partes en litigio, es deseable que se hagan cargo no solo de lo favorable sino que también de lo desfavorable.

..relativo a la necesidad de explicitar y fundamentar los cambios sustantivos en la

jurisprudencia del Tribunal

Constitucional, es innecesario, porque es obvio que toda sentencia debe expresar sus fundamentos" (. •).

⁵ Este planteamiento, sin congelar una determinada interpretación de la Constitución, contribuye a evitar giros violentos o insospechados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se trata, en síntesis, de una solución que propende, simultáneamente, a rescatar la seguridad que emana del *s i'are deán'*, y a reconocer la posibilidad del progreso *y* la corrección de los errores.

⁶ Sobre el tema véase: En Chile: Buchheister, Axel y García, José Francisco: "Coste Suprema, Cerciorar' y Precedentes", "Reforma el Poder Judicial", Universidad Adolfo Ibañez, Pontificia Universidad Católica de Chile e Instituto Libertad y Desarrollo, 2007, pp. 129-153.

Consideración de las razones atingentes. Concretamente, el foco del análisis se dirige a las razones explícitas de orden constitucional que, enunciadas en respuesta a los problemas discutidos, han servido como fundamento importante para la resolución (razón decisoria o ratio decidendi).

No vinculación de los razonamientos o declaraciones impertinentes. El Tribunal no puede sentirse obligado a considerar, o a seguir, los razonamientos o declaraciones que no han tenido relación directa o necesaria con el problema y la solución del caso anterior (Obiter Dicta).

La aplicación del precedente. Cuando el caso nuevo es suficientemente igual a los anteriores, debiera, en principio, aplicarse la misma razón decisoria. Cuando el Tribunal trata analógicamente, debe explicar claramente los términos de la comparación (tertium compara tionis).

La posibilidad de distinguir. Los casos nuevos pueden, sin embargo, presentar nuevas y relevantes características que pueden constituir razones para distinguir, excluyendo total o parcialmente la aplicación de la razón decisoria anterior. Cuando el Tribunal distingue, tiene que ocuparse de explicar bien los términos de la diferenciación (tertium comparationis). La enunciación de los factores que circunscriben el alcance del precedente sirve para que el Tribunal **reformule** el alcance de la regla de derecho que éste contiene.

La posibilidad de revertir. Existiendo razones fundadas y poderosas, el Tribunal podrá desestimar un precedente (jurisprudencia) reemplazando una vieja razón decisoria por una nueva (over rule). Esta revocación tiene que declararse expresamente y las razones en que se funda dicho cambio deben explicitarse.

6. EL ENJUICIAMIENTO DE "ACTUACIONES INCONSTITUCIONALES" EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El requerimiento afirma que "la jurisprudencia" del Tribunal Constitucional "permite concluir" que la actuación que se reprocha al Senado es impugnabile constitucionalmente. Un examen atento a estas sentencias revela, sin embargo, que ellas no configuran ningún tipo de precedente jurisprudencial y, **por tanto, su cita** es completamente inoficiosa.

Veamos:

El requerimiento comienza citando la sentencia pronunciada el 26 de Septiembre de 1984 (Causa Rol 23). Nada dice el escrito de S.E., sin embargo, sobre el **hecho** que este fallo es conocido principalmente por haber planteado

muy tempranamente una lectura estricta o restrictiva sobre la resolución de las cuestiones de constitucionalidad. Jor qué no se cita, nos preguntamos, la parte en que este fallo declara que: "El Tribunal Constitucional, pues, no es un órgano de consulta sobre el sentido y alcance de la preceptiva constitucional que pueda incidir en futuros proyectos de ley, ni

tampoco está autorizado para emitir dictámenes durante la tramitación de dichos proyectos, sobre materias jurídico-constitucionales abstractas o generales" (Considerando Sexto) ¿Por qué no informar al lector que esta sentencia declaró improcedente el requerimiento formulado? ¿No era acaso pertinente recordar a V.E. que esta sentencia reproduce el interesante párrafo del Mensaje del proyecto de Reforma Constitucional que creaba nuestro primer Tribunal Constitucional en que se indica "De los conflictos entre esos dos poderes del Estado (Presidente y Congreso), muchos son superados por acuerdos políticos, logrados dentro del libre juego de nuestras instituciones. Pero el problema se presenta cuando esos acuerdos no se obtienen, porque nuestro sistema no prevé el medio para zanjar la disputa"?

También resulta llamativo, por decir lo menos, que el Requerimiento no se haya referido a la exegesis que se hace en el fallo de las normas constitucionales y legales relativas a las cuestiones de constitucionalidad: *"se desprende la necesidad de que el Requerimiento señale con rigor en qué consiste la cuestión de constitucionalidad suscitada, precisando la desarmonía que se teme o sustenta entre un determinado texto de un proyecto de ley y una o más normas concretas de la Carta Fundamental"*, Considerando Quinto.

Sorprende, en fin, que el análisis jurisprudencia] de esta sentencia se limite a la cita de trozos aislados de 6 y 13 palabras que no tienen absolutamente nada que ver con la justiciabilidad de "actuaciones" y que se extraen quirúrgicamente de un muy extenso Considerando Cuarto (más de trescientas palabras).

El segundo fallo citado por el requerimiento para probar que existe una jurisprudencia que permite concluir que las actuaciones inconstitucionales pueden ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional es la pronunciada el 20 de Julio de 2009 (Causa Rol N° 1410).

La sentencia del 20 de Julio de 2009 resuelve un requerimiento de inconstitucionalidad deducido por un grupo de diputados que afirman haberse consumado un vicio de procedimiento en la votación por parte del Senado de la República del proyecto de ley "sobre declaración de ausencia por desaparición forzada de personas" (Boletín N° 5971-17). Más concretamente, se objeta que pese a votar una mayoría del Senado (21 votos) a favor del Informe de la Comisión Mixta, el Senado de la República haya considerado rechazada dicha

propuesta sobre la base de entender que la normativa en cuestión era de rango orgánico constitucional, requiriendo, por ende, los 4/7 de los senadores en ejercicio (22 votos favorables).

En su escrito, los requirentes solicitaban al Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de las actuaciones del Senado a objeto que se tenga por aprobada la proposición de la Comisión Mixta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política (disposición que no distingue Quórum).

Previo al examen sustantivo del asunto sometido a su conocimiento, el Tribunal Constitucional desechó la indicación del ministro Navarro en el sentido que la controversia "más que propiamente constitucional versa acerca de la adecuada interpretación de normas legales y reglamentarias, tal como ya se ha resuelto por esta Magistratura en materias similares (Rol N° 464 del 2006)".

En cuanto al fondo del problema, se produjo una clara división en el Tribunal Constitucional. Cinco de los Ministros, incluyendo al Presidente señor Coloraba decidieron acoger el requerimiento, expresando que, en la medida que varios de los artículos del proyecto eran materia de ley simple, había errado el Senado al votar como norma orgánico constitucional, y como un solo paquete, todo el Informe de la Comisión Mixta. En forma algo críptica, el fallo declara que "la actuación del Senado impugnada por los requirentes debió ajustarse a lo dispuesto en los artículos 66 y 70 de la Constitución".

Otros cinco Ministros del Tribunal, sin embargo, rechazaron el requerimiento sobre la base de sostener que no habiendo planteado la comisión Mixta la posibilidad de dividir la votación de su propuesta, la Cámara y el Senado debían aprobar o rechazar dicha fórmula con el quórum más alto que correspondiere según el contenido normativo del proyecto.

Como se ve, la sentencia Rol N° 1410 no es un fallo sobre iniciativa exclusiva presidencial en materia de gasto. Es una resolución sobre la forma en que deben votarse los proyectos de ley mixtos, es decir, aquellos que contienen tanto preceptos simples como disposiciones orgánicas. Sobre este tema, el Tribunal Constitucional tiene una muy abundante doctrina jurisprudencial.

El requerimiento hace un gran caudal del hecho que los diputados requirentes de la causa N° 1410 pretenden impugnar "actuaciones inconstitucionales". De hecho, el escrito de S.E. el Presidente de la República cita in extenso —como si fueran precedentes jurisprudenciales— las expresiones de los abogados de la parte requirente en 2009. Aún cuando dichos argumentos pueden ser interesantes, no es posible aceptar que se les cite como si en modo alguno fueren vinculantes.

El Tribunal Constitucional tenía en claro que la referencia a las "actuaciones inconstitucionales" no implicaba crear ni aceptar un nuevo objeto de control ni ampliar la esfera de atribuciones del artículo 93 N° 3 de la Carta Fundamental. Reveladora de esta convicción es la forma en que la Ministra Marisol Peña explica su decisión de rechazar la excepción de incompetencia del

Presidente del Senado. Así, y luego de reivindicar que el Tribunal Constitucional puede abocarse al conocimiento del asunto en cuestión, agrega que "la conclusión anterior no se ve desvirtuada, en forma alguna, por la circunstancia de que la cuestión de constitucionalidad que habrá de resolverse se encuentre formulada como una impugnación de "actuaciones del H. Senado" ni tampoco por el hecho de que incida en aspectos del proceso de formación de la ley, a que se refieren los artículos 65 y siguientes de la Constitución"

Agrega luego el voto de la Ministra Peña: "En efecto, la misión asignada a este tribunal] de velar por la efectiva vigencia del principio de supremacía constitucional —como soporte esencial del Estado de Derecho y de la democracia abarca tanto la denominada "constitucionalidad de forma" que apunta a la conformidad de los preceptos legales con el proceso nomogenético o de formación de la ley como la "constitucionalidad de fondo" que dice relación con la conformidad sustantiva de las normas legales con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental" (Considerando Vigésimoquinto).

De esta manera, entonces, queda claro que las actuaciones inconstitucionales no son otras, ni pueden ser otras, que aquellas decisiones del legislador que tienen como efecto la producción de una norma aquejada de un vicio, sea de forma o de fondo.

Mas adelante, siempre en plan de defender la justiciabilidad genérica de las actuaciones inconstitucionales, el Requerimiento se refiere al derecho comparado. Lo hace aludiendo a algunos fallos del Tribunal Constitucional español.

Si el recurso a la jurisprudencia nacional que hace el Requerimiento es poco convincente, la referencia al Derecho comparado aporta aún menos. La verdad, en efecto, es que esta referencia al derecho español es completamente impertinente.

El Requerimiento pasa por alto, en primer lugar, las enormes diferencias que existen entre la Constitución de la Monarquía parlamentaria española y el régimen institucional de la República presidencial de Chile. Ahora bien, la existencia de esas diferencias no obsta, por supuesto, a que las soluciones o criterios de un orden jurídico puedan ser útiles para enfrentar problemas del otro. Lo que se requiere, sin embargo, es que esa comparación se haga cargo de las distinciones. Dicho en otras palabras, cualquier intento por importar a nuestras discusiones una solución hispana supone, necesariamente, hacer ciertas indispensables traducciones y contextualizaciones. El escrito del Presidente de la República no lo hace.

El Requerimiento ignora, en efecto, que a diferencia de lo que ocurre con el Tribunal Constitucional chileno, el Tribunal Constitucional español ha sido expresamente facultado para conocer de la constitucionalidad de los reglamentos parlamentarios. Esa sola diferencia, que el requerimiento soslaya, bastaría para concluir su impertinencia.

Dicho lo anterior, llama la atención el contraste entre la forma desaprensiva en que el Requerimiento menciona un par de fallos españoles para apoyar el control irrestricto de toda y cualquier actividad inconstitucional y la forma prudente y circunspecta con que la mejor doctrina

española aborda este delicado asunto.

Angel Garroteas, por ejemplo, reconoce el carácter controvertido de la atribución del Tribunal Constitucional para examinar la inconstitucionalidad de la ley in procedendo, esto es, por defectos producidos a lo largo de su procedimiento de elaboración parlamentaria. Según Garrorena la razón

fundamental de tal dificultad "es que con ello se pone sobre el tapete el delicadísimo problema -problema que empieza a ser ya de "frontera entre poderes"¹- de la admisibilidad o no del control sobre los interna corporis, es decir, sobre los actos internos de las Cámaras que integran el poder legislativo; posibilidad esta que la doctrina tradicional (Hatschek, Craushaar, entre otros) siempre había rechazado y a la que lógicamente los Parlamentos se han opuesto también con explicable y no disimulada beligerancia".⁷

Ahora bien, en lo que respecta al tipo de procedimientos cuya vulneración justifica la intervención del Tribunal Constitucional, Garrorena excluye formalidades no previstas en la Carta Fundamental, "... en la competencia del Tribunal ... entra, senza dubbio, el control de las interna corporis materialmente previstos en el texto constitucional, pero no, en cambio, el de aquéllos exclusivamente regulados por los reglamentos de las Cámaras".⁸

Con posterioridad, sin embargo, el Tribunal Constitucional hispano declararía: "Los reglamentos de las Cámaras se encuentran directamente incardinados a la Constitución (arts. 72, 79 y 80, entre otros), siendo el contenido de tales normas regular, con sujeción a la Constitución, su propia organización y funcionamiento, en el que ha incluirse lógicamente la constitución del órgano como tal. De aquí que, desde una perspectiva constitucional, a la que debe ceñirse exclusivamente el enjuiciamiento de este Tribunal, no puede negarse que los Reglamentos de las Cámaras, dada la función que cumplen en el sistema jurídico, son normas cuyo contenido puede comprender la exteriorización del deber positivo de acatamiento contenido en la Constitución para los titulares de poderes públicos, sin perjuicio de que tal requisito pueda exteriorizarse con carácter más general por una ley" (Sentencia del 18 de Noviembre de 1983, Fundamento 3°).⁹

En un trabajo de 1991, y citando la referida jurisprudencia del Tribunal español, Paloma Bighno sostiene que sólo las infracciones al Reglamento Parlamentario que alteran de forma sustancial la formación de voluntad de la Cámara pueden ser causal de la invalidación de la norma aprobada.¹⁰

-
- Garrorena, An.gel: "La Sentencia Constitucional", Revista de Derecho Político, N° 11, Otoño 1981, p. 12
- 8 Garrorena, Angel: "La Sentencia Constitucional", Revista de Derecho Político, N° 11, Otoño 1981, p. 13.
- 9 Citado en Figueruelo, Angela: "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo", Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), N° 81, julio-Septiembre 1993, p. 59.
- 10 Biglino, Paloma: "Los Vicios en el Procedimiento Legislativo", Centro de Estudios Legislativos, Madrid, 1991,p. 41.

SECCION TERCERA
ANÁLISIS DOGMATICO CONSTITUCIONAL DEL REQUERIMIENTO

7. El rol **privilegiado del legislador democrático en relación con los** derechos fundamentales.

El proyecto de ley y la tramitación que del mismo se discute en el Requerimiento dice relación con los derechos fundamentales, y con la configuración de éstos, tarea en la que el Parlamento tiene un rol cuya importancia resulta inconciliable con la interpretación que el Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por el Ejecutivo ha hecho de la normativa constitucional.

"Porque en Chile, ser madre no debe ser un impedimento para tener trabajo, y tener trabajo no debe ser un impedimento para ser madre," son las palabras con que concluye la introducción del Mensaje Presidencial con que se inicia la tramitación del proyecto de ley."

El uso prescriptivo que en esta oración se hace del lenguaje es extremadamente elocuente en el sentido de lo que aquí se trata de poner relieve. Precisamente porque en Chile no es cierto que ser madre no sea un impedimento para tener trabajo y que tener trabajo no sea un impedimento para ser madre, es que se reconoce que lo contrario es debido. Las palabras citadas contienen así una afirmación que indudablemente no constituye un hecho, sino que un derecho.¹²

Hablar de un derecho implica hablar de algo debido a la persona. No es algo simplemente concedido por el gobierno, que produce en los ciudadanos un sentimiento de dependencia. Que ellos puedan exigir ciertas cosas como derechos, y por lo tanto, como algo que les es debido, les da un sentimiento de no dependencia y de respeto de si mismos. En esto consiste la diferencia entre una legislación benefactora y tener la posibilidad de

¹¹ Mensaje Presidencial, foja 52.

¹² Contrástese lo anterior con lo señalado por la Declaración Universal a propósito de la libertad e igualdad de los seres humanos. Si se considera su redacción desde un punto de vista literal, la declaración contiene, como bien advierte Bobbio, una afirmación que no es cierta, puesto que no es verdad que todos los seres humanos nazcan libres e iguales. Sin embargo, una vez interpretada, se percibe que con esto se quiere decir en realidad que los seres humanos deben ser tratados como si fueran libres e iguales. De este modo, la redacción no describe un hecho sino que trata de prescribir un deber. La libertad y la igualdad de las que se habla no son un hecho sino un derecho, y unís concretamente, el derecho que se deriva de ser humano, antes aún que una constitución positiva; Bobbio, Norberto, *Teoría ,general de lapolalica*, Trotta, 2009, pp.522-523.

hablar de derechos positivos que nos reconocemos mutuamente como personas dignas libres e iguales en un sistema constitucional y democrático.¹³

La lectura del mensaje presidencial y de todo el expediente de la tramitación de este proyecto, no ofrece ninguna duda en cuanto a que la discusión que nos convoca dice relación con derechos. Es importante tener presente que, como la mayoría de las constituciones actuales, la nuestra intenta conciliar la concepción de la Constitución como norma fundamental de garantía de libertades con la concepción de la Constitución como norma directiva fundamental que compromete solidariamente a todos y a la que deben conformarse en sus acciones todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados, en nombre de los valores constitucionales. En este último sentido, las constituciones vuelven a plantearse como normas que dirigen a los poderes públicos -además de que condicionan a los particulares- en orden a asegurar la realización de los valores constitucionales."

En este orden, el artículo 1° inciso cuarto de nuestra Carta Fundamental, establece que *"el Estado está al servicio de la persona humana) su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos) cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece,"* y en la misma línea, el artículo 1° inciso segundo que: *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad,"*. Todo es concordante con lo dispuesto en el artículo 23 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que: *"La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad del Estado"* y con lo dispuesto en el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, los Estados Partes, entre los cuales se encuentra Chile, *"reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución) mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su*

caigo."

El propio Mensaje Presidencial señala explícitamente que: *"Son justamente esas familias a las que debemos entregarles las máximas herramientas para el pleno desarrollo tanto físico como humano"*

¹³ El fundamento de los derechos humanos en la dignidad (no dependencia) personal no sólo puede servir de punto de referencia para determinar el contenido de los derechos sino también puede ayudar a comprender la importancia de postular derechos en general, es decir, porque parece tan importante no sólo establecer ciertas obligaciones del gobierno sino entender esas obligaciones como obligaciones *hacia* los individuos concebidos como ciudadanos y no como súbditos. Tugendhat, Ernst, "Liberalismo, libertad y el asunto de los derechos humanos económicos," en *SerVerdad-Acción, Ensayos filosóficos*, Gedisa, Barcelona, 1998, p.253.

¹⁴ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de la historia de las constituciones*, Trona, Madrid, 2007, págs. 127 a129.

de los nidos, permitiéndoles así a todos sus integrantes alcanzar el cumplimiento de sus aspiraciones y metas. De modo que, según se desprende del propio mensaje y del tenor de lo expresado

en las actas de su tramitación, el proyecto de ley trata de resolver la necesidad de compatibilizar, la consideración de la familia como un valor fundamental de la sociedad, ciertos derechos fundamentales de los niños y ciertos derechos fundamentales de las personas en el ámbito de la familia,¹⁶ con la libertad (derecho) fundamental al trabajo. En este esfuerzo, dirigido en última instancia a mejorar la efectividad de este valor y de estos derechos y a evitar que ella se vuelva ilusoria, tiene un rol clave el derecho -también fundamental- a la seguridad social. Todo lo anterior en el marco del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminaciones arbitrarias.

Además, conviene tener especialmente presente que a todo intento de solución de conflictos en el derecho subyace una tensión que se produce entre el ideal de coherencia y el hecho de que en el derecho coexisten valores, principios y derechos contradictorios y es precisamente esta la principal justificación de la así denominada cuestión de constitucionalidad.

Si bien es muy común que los jueces solucionen esta clase de conflictos a través de la técnica de la ponderación, la Carta Fundamental otorga atribuciones y derechos al Congreso y nada obsta a que el legislador en el Parlamento pueda hacer también un juicio de ponderación haciendo uso de las competencias que la propia Constitución le confiere en materia de derechos fundamentales, siempre que respete los límites establecidos en la misma Carta. Y esto es precisamente lo que trata de hacer el proyecto de ley cuya tramitación se ha controvertido. Los problemas del sistema actual que el Mensaje Presidencial menciona entre los antecedentes del proyecto de ley y que éste se propone solucionar," dicen relación con carencias de las cuales el Estado debe hacerse cargo," en orden a lograr una mayor efectividad de los derechos fundamentales, principios y valores

¹⁶ Mensaje Presidencial, foja 52.

¹⁶ Por ejemplo, el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, establece que Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, entre otros, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos y los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la

consideración primordial. Estos derechos unidos a otros permiten hablar propiamente de un "derecho a formar a una Familia."

- Mensaje Presidencial, fs. 56-61.

¹⁸ Ibíd, foja 56.

involucrados, por la vía de solucionar los conflictos que impiden o dificultan la señalada efectividad.

En este contexto, los objetivos del proyecto de ley" sólo pueden entenderse como parte de una lógica sustentada en un enfoque de derechos en materia de políticas públicas y estrategias de desarrollo, es decir, de una lógica de elaboración de tales políticas y estrategias sobre la base de sujetos que ejercen la ciudadanía y el sufragio de manera activa y que tienen derecho a demandar determinadas prestaciones, en lugar de personas con necesidades que deben ser asistidas.²⁹ Se contrapone entonces una concepción de ciudadanía social a otra que se funda en dádivas y asistencialismo discrecional de parte del Estado.

Si bien la protección de la maternidad descansa parcialmente en que ella trae consigo beneficios para toda la sociedad,²¹ es evidente que la obligación de su protección, se entiende como correlativa a ciertos derechos de las mujeres y de los hombres trabajadores en relación con su maternidad y paternidad, pero asimismo como correlativa a ciertos derechos de los niños, tales como, el derecho a ser alimentados por su madre, a recibir los cuidados de su madre y padre, y su derecho a la salud, además de que se entiende como una concreción del valor de la familia considerado fundamental en la sociedad.

En efecto, al describir el estado actual de la protección de la maternidad, el Mensaje Presidencial señala por ejemplo: *"En nuestro país toda trabajadora tiene derecho a un permiso y subsidio por maternidad"* A los padres adoptantes también se les reconoce el derecho

de tener un periodo de postnatal...²³ *"Las trabajadoras de nuestro país gozan además de fuero maternal, que consiste en el derecho de toda mujer embarazada a no ser despedida por motivo de su maternidad(...)"* fuero que también comprende a las trabajadoras adoptantes.^{2.1} *"Se reconoce al*

¹⁹ Mensaje presidencial, fs. 61-64.

²⁰ El reconocer a las personas en su calidad de ciudadana que son titulares de derechos obligan al Estado a procurar cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, porque el punto de partida no puede ser la existencia de súbditos o menesterosos con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas de la autoridad y de las demás personas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como obligaciones jurídicas,

imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento. Ciertas prácticas culturales y algunos marcos políticos y jurídicos que facilitan o promueven la discriminación contra ciertos individuos o grupos, actúan como mecanismos de exclusión social que causan o contribuyen a causar pobreza; Abramovich, Victor, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo" en *Revista de la CEPAL*, N°88, abril 2006 p.36.

²¹ Mensaje Presidencial, foja 53.

²² Mensaje Presidencial, foja 54.

²³ Mensaje Presidencial, foja 55.

²⁴ Mensaje Presidencial, fs. 55-56.

padre el derecho a un permiso pagado por el empleador de cinco días desde el nacimiento de su hijo (..)," que también incluye al trabajador adoptante.'

Al describir los problemas que posee el sistema actual de protección de la maternidad el Mensaje señala: *"La duración actual del permiso maternal impide que madre e hijo puedan aprovechar los beneficios que tiene, para ambos (..)"* haciéndose especial referencia a la salud de los niños y a la importancia que en ella tiene la lactancia materna.' En este contexto conviene recordar que el permiso maternal es actualmente un derecho consolidado en el ordenamiento jurídico chileno y que el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño establece que: *"Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza] el desarrollo del niño".*

En relación con el derecho Fundamental a la igualdad, se identifican problemas relacionados con el uso del permiso y subsidio por enfermedad grave del hijo menor de un año y, además, la necesidad de perfeccionar el fuero en orden a asegurar que no se transforme en una traba que impida la contratación de mujeres en ciertos trabajos.²⁷

Los objetivos del proyecto son, según se expone en el Mensaje, garantizar el mejor cuidado de los hijos, permitir que más mujeres se beneficien con la protección de la maternidad, y aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres de nuestro país. *"En definitiva, el proyecto que hoy se presenta reconoce que es necesario modernizar nuestra actual legislación de protección de la maternidad para dar un gran salto que nos permita proyectarnos hacia futuro, mediante el fortalecimiento de estos derechos, el incremento de su cobertura, la mejora en sus plazos, la superación de sus rigideces, el incentivo de la corresponsabilidad, la disminución de las discriminaciones contra la mujer y la localización de los recursos del Estado en las familias y niños más vulnerables de nuestro país."*²⁸

La gran cuestión constitucional del siglo XXI se refiere al goce efectivo de los derechos sociales, como la educación, la subsistencia, el trabajo,²² la salud, la seguridad social y, en general, todos aquellos cuyo contenido, que algunos autores denominan por

²⁵ Mensaje Presidencial, foja.56.

²⁶ Mensaje Presidencial, fs. 56-57.

²⁷ Mensaje Presidencial, fs. 58-59.

²⁸ Mensaje Presidencial, Es 61-64. Las cursivas son nuestras.

²⁹ Fioravanti, Maurizio, op cit, p.129. Sobre el punto, ver también Langford, Malcolm, "La justiciabilidad de los derechos sociales: de la práctica a la teoría," en Langford, Malcolm (coord.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias incipientes en el Derecho Internacional y Comparado*, 2010 y Ribota, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.), *Los derechos fundamentales en el siglo XXI. Un desafío clase para el derecho /ajusticia*, Dykinson, Madrid, 2010.

sus rasgos propios como prestacional." Este es el caso de los aludidos en el proyecto de ley que se discute. No obstante, y en el marco del intento conciliatorio al que ya se ha hecho referencia, ha ido ganando terreno la concepción según la cual todos los derechos fundamentales constituyen un complejo de obligaciones negativas y positivas,³ que tienen como contrapartida sustantiva vínculos, intereses colectivos y limitaciones jurídicas.

En este contexto, se sitúa el enfoque de derechos en materia de políticas públicas y estrategias de desarrollo, que considera el derecho internacional sobre derechos humanos como un marco vinculante que es aceptado por la comunidad internacional y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas, dotando a las estrategias de desarrollo de una referencia explícita, del cual puedan inferirse elementos valiosos para reflexionar sobre los diversos componentes de esa estrategia: los mecanismos de responsabilidad, la igualdad y la no discriminación, la participación y el otorgamiento de poder a los sectores postergados y excluidos, que además contribuye a definir con mayor precisión las obligaciones de los Estados Frente a los principales derechos humanos involucrados en una estrategia de desarrollo, tanto económicos, sociales y culturales como civiles y políticos. Si bien los derechos no dicen mucho acerca del contenido de las políticas, sí pueden decir algo sobre la orientación general de ellas y brindar un marco conceptual que guíe su formulación e implementación, en la medida que el cuerpo de principios, reglas y estándares que componen el derecho internacional ha fijado con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado sino también un cúmulo de obligaciones positivas, definiendo con mayor precisión no sólo lo que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones sino también aquello que debe hacer para lograr la plena materialización de los

³. Así, desde una perspectiva jurídico-positiva -según la cual la fundamentalidad de los derechos fundamentales es interna y jurídica, en lugar de externa y meta jurídica-, se ha puesto de relieve que los derechos fundamentales son indisponibles para el legislador -e incluso para el órgano de reforma constitucional-, que de la eficacia directa de la constitución se derivaría una potencial disponibilidad inmediata, y que los derechos fundamentales tienen este carácter con independencia de quién sea su titular y de cuál sea la estructura en la que estén articulados, pudiendo ser derechos fundamentales tanto los derechos de libertad y de defensa, como aquellos que se caracterizan por tener un alto contenido prestacional. Bastida, Francisco, "Son los

derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos," en Alexy, Robert y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p p.116-119.

³¹ Se plantea así la existencia de niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos, es decir, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de una u otra categoría y, siguiendo a Van Hoof y Eide, se propone un esquema en el cual este núcleo de obligaciones comunes se agrupa en tres niveles de obligaciones: de respeto, de protección y de satisfacción, aplicable a todo el espectro de derechos; las primeras estarían ligadas fundamentalmente a obligaciones de abstención, mientras las demás involucrarían un mayor activismo estatal. Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 20-31.

derechos civiles y políticos, y también los económicos, sociales y culturales. De modo que hoy los derechos no sólo son pensados como un límite a la opresión y al autoritarismo sino también como unas directrices y programas que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas, particularmente en procesos de transición o en democracias deficitarias o débiles, destacando el rol que la jurisprudencia internacional, en especial en el sistema interamericano, ha tenido en el proceso de globalización de estándares en materia de derechos humanos, y su consiguiente incidencia en la transformación de los sistemas de justicia en los países de la región. Así, desde la perspectiva de que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales constituyen un complejo de obligaciones positivas o negativas, el derecho internacional de los derechos humanos no formula políticas sino que establece estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define.³²

Como lo destaca el mismo requerimiento que da origen a esta cuestión de constitucionalidad, el proyecto de ley regula materias de seguridad social: *"Ello queda claro no sólo del contenido mismo del proyecto de ley, de su mensaje y de la discusión en el Congreso Nacional, sino que también de la calificación que el H. Senado mismo hizo de numerosas normas del proyecto, entre las cuales se encuentran el nuevo artículo 197 bis CT. En efecto, consta en el Primer Informe de las Comisiones Unidas de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, que el artículo 197bis y otros que no son motivo de controversia- fueron considerados de quórum calificado. Al respecto dicho informe hace presente esta calificación 'por cuanto regulan el ejercicio del derecho a la seguridad social, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 18 de la Constitución Política de la República, en relación a lo establecido en el artículo 66, inciso tercero, de esa Carta Fundamental' Luego agregan que necesitan tal quórum aprobatorio, la primera de dichas normas (artículo 19, en cuanto reemplaza los artículos 195, 198 y 200 del Código del Trabajo, e incorpora a ese cuerpo de leyes un artículo 197 bis, este último objeto de la controversia en autos. La Sala del Senado no cuestionó cal calificación."*

El requerimiento argumenta que: *"De esta manera, la actuación del H. Senado creó un nuevo beneficio, de características radicalmente*

diversas a aquél contenido en el mensaje del Ejecutivo, en una materia de su iniciativa exclusiva, pues modifica normas sobre seguridad social"

Pero esta afirmación del requirente está lejos de constituir un argumento plausible en orden a invalidar la actuación del 1-1. Senado,³⁴ sino que más bien respalda la tesis según

³² Ver Abramovich, Víctor, op cit, pp.36-40.

³³ Véase el Requerimiento, Es. 28-29.

³⁴ Ver fs 29 del Requerimiento.

la cual la actuación del Senado se ha conformado cabalmente a lo establecido por la Constitución, entre otras razones, porque la seguridad social es un derecho fundamental.'

Una interpretación coherente de la Constitución, de sus normas iusfundamentales y de las normas de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, debe reconocer que, a través de técnicas que forman parte del ámbito del derecho fundamental a la seguridad social, la discusión y el rechazo parcial impugnado a este proyecto de ley, ha consistido en una vía legítima de solucionar conflictos entre derechos, principios y valores que son *prima facie* aplicables, en miras de asegurar su mayor efectividad y eficacia en coherencia con su estipulación constitucional. También reconoce que el rechazo del Senado se funda en una consideración de derecho fundamental que no altera lo esencial del proyecto porque en verdad el inciso rechazado que estableció el tope de 30UF es susceptible de una medida que implica la construcción de una categoría sospechosa tal como se argumentará en esta misma sección. Como consecuencia de lo anterior, el requerimiento que de la actuación del H. Senado el Ejecutivo solicita, se funda en una equivocada interpretación de la normativa constitucional en lo que se refiere al derecho fundamental a la seguridad social.

Confirma esta interpretación la sentencia rol 786 del TC, celebrando que el TC haya rechazado la inconstitucionalidad alegada de la INDICACIÓN (MOCIÓN) presentada por el Senador Larraín, porque esta no cumpliría con dos criterios de interpretación que el TC menciona en su sentencia: los de objeto central y efecto colateral.

Estas ideas sí, son citadas en el requerimiento pero en el caso Rol 786 se dice lo contrario de lo que afirma el requirente, lo que resulta particularmente curioso, porque en este caso se alega que la división de la votación sí trata sobre el objeto central y tiene efecto directo (por lo tanto no se podría dividir la votación).

Sin perjuicio que acá se trata del ejercicio de la potestad constitucional y legal de rechazar un proyecto presentado por el

Ejecutivo conjuntamente con el ejercicio que emana del Reglamento de las Cámaras de dividir de la votación, por lo que la actuación erróneamente impugnada no puede ser considerada strictu sensu como una moción, sino más bien como el ejercicio de un potestad o atribución reglada en el contexto del ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo que corresponde a los parlamentarios. De esta idea se concluye que lo determinante entonces es que se divide la votación en el ejercicio de un derecho en un caso, y en el requerimiento se intenta impugnar esta actuación invocando el control del gasto, la disciplina fiscal, la focalización etc. En el Mensaje se dice que el

^{3s} Así lo establece el artículo 19 N° 18 de la Constitución Chilena.

subsidio maternal actual es uno de los subsidios más regresivos en Chile y señala, para fundamentar su aseveración, que *"Del total de recursos gastados en el subsidio maternal, solo cinco por ciento se destina al quintil más pobre de nuestro país y más del cincuenta), dos por ciento a las madres del primer quintil de mayores ingresos de Chile"*. En este mismo sentido, la Ministra del SERNAM indica, en la discusión en las Comisiones Unidas del Trabajo y Salud, que *"Otro punto importante a considerar, expresó la señora Ministra Directora, es que el subsidio maternal es el más regresivo de los existentes en Chile, ya que sólo el 5% de los recursos alcanzan a las madres trabajadoras del primer quintil de ingresos, el 9% a las del segundo quintil, el 75% al tercero, el 19% al cuarto, y el 52% de los fondos de este subsidio se entrega al quintil de mayores ingresos del país. presente además que, por su actual cobertura, de los 235.365 niños que nacieron el año 2009, sólo un tercio accedió al sistema de protección legal, es decir, 83.997 madres gozaron de los beneficios del permiso y subsidio de pre post natal"*.

Por subsidio regresivo se entiende, si lo definimos desde un punto de vista puramente económico, como la diferencia entre el precio real de un bien o servicio y el precio real cobrado al consumidor de estos bienes o servicios. En efecto, se entiende que el gasto público en un determinado servicio o categoría es progresivo si las unidades familiares más pobres obtienen una cuota proporcionalmente mayor de los beneficios que las unidades familiares más ricas (como lo evidencian los porcentajes de utilización, etc.) en relación con la distribución global del gasto (o de la renta). Por su parte, gastar en un servicio determinado es regresivo si los pobres no obtienen beneficios del servicio prestado, o si los sujetos beneficiarios más ricos obtienen una cuota proporcionalmente mayor de dichos beneficios.³⁶ Por ello, entendemos que el subsidio regresivo es aquel en el que la mayor parte de los recursos destinados por el Estado van a parar a las manos de las personas con mayores ingresos. El IVA sería en este sentido un impuesto regresivo, y el subsidio a los combustibles también puede ser considerado un subsidio regresivo en la medida que beneficia a los que tienen vehículos motorizados, cuando se los compara con quienes no

tienen vehículos o los utilizan con menos intensidad.

La cuestión de constitucionalidad planteada desde el punto de vista de los derechos fundamentales es que desde el punto de vista del requirente el tope con 30 UF al subsidio es parte esencial e indivisible del art 197 y por consiguiente del derecho a la seguridad social, entendida esta como una política social que en sus prestaciones óptimas deben ser focalizadas de una manera no regresiva. En cambio para la mayoría del H. Senado e] tope

³⁶ Obtenido de:
http://siteresources.worldbank.org/iNTPRS1/Resources/3836061205334112622/47687831205337105916/11064_pubspend_aux_sp.pdf
[última visita 11 de julio de 2011]

de 30UF del subsidio contradice el concepto de derecho fundamental a la seguridad social por establecer una discriminación arbitraria, y porque no torna en cuenta que los sujetos titulares de este derecho son además de las madres, los niños, y por el deber de protección y promoción que el Estado tiene respecto de la familia, entendida esta en sentido amplio y no solo de base matrimonial, y que este mandato surge de la dimensión objetiva de protección que se dispone en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental. La misma arbitrariedad anotada podría plantearse respecto de la caprichosa exclusión de los funcionarios de la Administración pública de los beneficios que le impiden gozar del derecho fundamental de la seguridad social.

8. Garantía de reserva legal en los derechos fundamentales y competencia del Parlamento en la configuración *de* los derechos fundamentales.

Las garantías de los derechos fundamentales no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos **fundamentales en** coherencia con su estipulación constitucional." En los ordenamientos modernos los derechos son garantizados en sede jurisdiccional, pero también mediante garantías de otra naturaleza, como las técnicas de organización constitucional que se **pueden reconducir** a la separación de funciones del poder y a la creación de contrapoderes.³⁸ A diferencia de estas garantías generales que dicen relación con el Estado de Derecho, la idea de los límites al poder, el principio de separación de poderes, el principio de legalidad y gobierno de las leyes, la concepción del Estado como un Estado democrático, entre otras, las garantías específicas son mecanismos de protección jurídica de los derechos.³⁹

A través de las llamadas garantías normativas, la Constitución prevé el cumplimiento de los derechos fundamentales, evita su modificación, así como vela por la integridad de su sentido y

función." Uno de los significados de estas garantías es su dimensión de desarrollo y aplicación que, en uno de sus sentidos, se refiere a la necesidad **que** los **derechos** fundamentales sean regulados por ley, o más bien, que sólo **por** ley podrá

³⁷ Fenajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2009, p.25. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi.

³⁸ Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y inetateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 185-186. Traducido por Jordi Ferrer.

³⁹ Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del estado, 1999, pp.504-505.

⁴⁰ Pérez, Lurio Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos-Madrid, 1984, p.66

regularse el régimen jurídico de estos derechos. ⁴¹ Esta consiste en la garantía de que la regulación del estatuto de los derechos fundamentales es materia reservada de modo principal al legislador para así evitar la afectación o desviación de los derechos por parte del Gobierno y la Administración, con lo que se asegura la integridad y colaboración en la determinación del significado y función de tales derechos.⁴² Esta forma de garantía hace que el régimen jurídico de los derechos deba ser configurado por el Parlamento, lo que provoca que su significado sea expresión de la voluntad de los ciudadanos." La segunda dimensión de las garantías de regulación es la garantía de reforma y se trata de los mecanismos diseñados por la Constitución en orden a restringir la posible reforma de las disposiciones que contienen los derechos fundamentales.⁴⁴

Nuestra Carta Fundamental establece el principio de reserva legal a través sus artículos 19 N° 26, 63 y 64, siendo la garantía institucional más relevante en materia de derechos fundamentales por su indudable vínculo con el valor constitucional de la democracia, siendo su efecto legal doble, por cuanto inhabilita a los demás poderes públicos para intervenir en la regulación de los derechos fundamentales y, por otra, determina que la potestad legislativa es irrenunciable en la materia reservada. Especialmente en el caso de los derechos sociales o prestacionales estos derechos son de configuración legal es decir, su contenido y alcance es determinado esencialmente por el legislador.⁴⁵

Y, si bien es cierto que ella contempla al Poder Legislativo, como integrado por el Parlamento y por Ejecutivo como órganos colegisladores, y en esta línea reglamenta, entre otros aspectos, el origen que pueden tener las leyes, reservando ciertas materias a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, debemos entender la iniciativa exclusiva como *"la primera fase o etapa del proceso de formación de una ley y consiste en el acto por medio del cual un proyecto de ley se somete a la consideración del órgano o poder legislativo. Sin embargo, en ciertas materias la Constitución exige que la iniciativa sea del Presidente, o sea, reserva la exclusividad de la*

Pérez Luño, Antonio, op cit p.70

⁴³ Peces-Barba, Gregorio, op cit, p.506.

⁴⁴ Peces-Barba, Gregorio, op cit, pp.507-508.No obstante, la rigidez de la constitución puede ser vista, no como una garantía **SINO** que como un rasgo estructural de la Constitución ligado a su ubicación en el vértice de la jerarquía de las normas, **de modo que una constitución que** no es rígida es en realidad una ley ordinaria; Ferrajoli, Luigi, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales," en *Doxa*, N°29, 2006, p.23. Traducido por Ali Losada. En el mismo sentido, Guastini sostiene que la expresión "ley ordinaria" sólo tiene sentido en un ordenamiento regido por una constitución rígida, cuya garantía depende de la previsión de alguna forma de control sobre la conformidad de las leyes con la constitución; Guastini, Ricardo, *E...di:dios de teoría constitucional*, Fontamara, México D.F, 2001, p.189.

Nogueira, Humberto, *Derechos Fundamentales y ffirnilas constitucionales. Tomo T*. 3ª edición, Santiago, Chile, Cecoch, Librotecnia, p.119.

*iniciativa para esta állima autoridad*⁴⁶, ya que de lo contrario, la garantía de reserva legal carecería de sentido, especialmente si en una materia tan relevante como la de los derechos fundamentales, la competencia del Parlamento estuviese limitada a la de ser un mero "buzón" de las propuestas del Ejecutivo.

Se hace necesario concebir la Constitución, como norma fundamental de garantía de los derechos y libertades pero al mismo tiempo, como norma directiva fundamental que compromete solidariamente a todos y a la que deben conformarse en sus acciones todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados, en nombre de los valores constitucionales. Es especialmente importante comprender que, en este último sentido, las instituciones políticas se vuelven a vincular con la voluntad de los individuos, en la medida que éstos recobran la primera y más originaria libertad política positiva que había sido anulada por el estatalismo liberal, que es el derecho del individuo, junto a los otros individuos, de decidir sobre los caracteres generales del orden político."

En el requerimiento se argumenta que la tramitación del proyecto de ley tiene lugar en el marco de un intento de dar solución a conflictos entre derechos, principios y valores fundamentales, en miras de su mayor efectividad y eficacia. Concretamente, se trata de un subsidio con un tope que afecta a un conjunto de derechos de las personas, siendo estas madres y/o cónyuges, derechos de los niños la protección de la maternidad y la familia, y el derecho al trabajo.

Una interpretación coherente de las normas que integran el subsistema de los derechos fundamentales en Chile, sugiere que estos pueden pensarse aplicando la noción más integradora de sub-sistema de constitucionalidad, que se construye a partir de una visión democrática y liberal como una verdadera regla de reconocimiento que sirve para identificar el subsistema constitucional de los derechos fundamentales en Chile. Este sub-sistema está conformado por las disposiciones constitucionales referidas a estos derechos, esparcidas a lo largo de todo el texto constitucional además de las normas y

principios sobre derechos de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Y esta explicación del derecho positivo relevante de los derechos fundamentales debiera considerar también su regulación y su aplicación judicial, parlamentaria y administrativa en el contexto del

⁴⁶ Squella, Agustín, *Introducción al Derecho*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 229. " Como advierte Fioravanti, el liberalismo (estatalista) rompe en dos al individualismo revolucionario: por una parte, contra la Constitución como norma directiva fundamental, se hace paladín de las libertades negativas, de los derechos del individuo en cuanto miembro de una sociedad civil que pide autonomía frente a las exigencias dirigistas de los poderes públicos, pero por otra parte, *desvincula las instituciones políticas de las voluntades de los individuos, y margina hasta su total anulación la primera y más originaria libertad política positiva que es el derecho del individuo, junto a los otros individuos, de decidir sobre los caracteres generales del orden político*,- Fioravanti, Maurizio, op cit, pp. 104-105.

desarrollo jurisprudencial y dogmático iniciado en 1990 en el gobierno constitucional en Chile." La aplicación de este concepto a la cuestión de constitucionalidad en que se funda equivocadamente este requerimiento no ofrece ninguna duda en cuanto a que la actuación del H. Senado es constitucionalmente válida y legítima."

Que la Constitución sea rígida no sólo significa que las normas constitucionales no puedan ser modificadas por la ley, sino también que la conformidad formal y material con las normas constitucionales es una condición de validez de la ley misma,^{5°} y de cualquier norma o acto de las autoridades públicas. Así el constitucionalismo puede concebirse como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones, reglas, límites y de obligaciones impuestas por las Constituciones, que se expresan en los principios y derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo.^{6°} La observancia de todos estos derechos por los tres poderes se encuentra plenamente controlada por los tribunales comenzando por los inferiores y terminando en el Tribunal Constitucional.⁵²

Nuestra Constitución reconoce en el N° 16 del artículo 19 la libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Y se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal.⁵³ Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por Chile, los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, una remuneración que proporcione, como mínimo a todos los trabajadores, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; debiendo en particular asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a la de los hombres, con salario igual por trabajo igual, y condiciones de existencia digna para ellas y para sus familias conforme a las disposiciones del Pacto.¹⁴

Ahora bien, cuando a través de mecanismos propios de la seguridad social, que también está contemplada como derecho en el Art.19 No.18 de nuestra Constitución, en un proyecto de ley se trata

de resolver la necesidad de compatibilizar este derecho al

⁴⁸ Ver en Bordalí, Andrés, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Lexis Nexis, Chile, 2006, pp.108-110.

⁴⁹ Guastini, Ricardo, *Distinguiendo*, op cit, p.320.

⁵⁰ Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, op cit, pp.188-189.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales," en Carbonen, Miguel (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Txotta, Madrid, 2007, p.71. Traducido por Miguel Carbonen.

⁵² Alexy, Robert, "Derechos fundamentales en el estado constitucional democrático," en Carbonen, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Txotta, Madrid, pp.32-34. Traducido por Pilar Allegue.

⁵³ Artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena.

⁵⁴ Artículo 7 letra a.

trabajo, con la consideración de la familia como valor fundamental de la sociedad, con ciertos derechos de los niños, y con ciertos derechos de las personas en relación con la familia, por cierto se configuran y eventualmente afectan estos derechos que son fundamentales. Los derechos de las madres y padres trabajadores y los permisos y subsidios vinculados a estos no son otra cosa que una consecuencia de este esfuerzo de armonización y configuración jurídica subjetiva y eventualmente objetiva.⁵⁵ A través de tales normas, se imponen límites internos a los derechos⁵⁶ y, por tanto, su contenido es la concreción — más o menos lograda— del mismo esfuerzo de armonización y eventualmente sirve de guía al juicio de ponderación.

De allí que sea muy importante tener presente que el método de la ponderación en la cuestión de los derechos fundamentales, sea utilizado en sede judicial, legislativa o administrativa conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto?' Porque si bien el intérprete aplica el principio al cual le atribuye mayor peso o valor mientras el otro es dejado de lado, esta relación de valor no es estable sino mudable porque sólo vale para el caso concreto específico en que esta ha de aplicarse. La atribución de valor relativo puede ser diversa en otro caso, ya que el principio desplazado siempre parcialmente por el efecto de la ponderación no es declarado inválido." Además, conviene tener presente que el principio o derecho parcialmente desplazado por efecto de la ponderación siempre conserva su contenido esencial por efecto de la garantía del Art.19 No.26 de la Constitución.

⁵⁵ Pertenecen a esta clase derechos los que se regulan en el proyecto de ley cuya tramitación se revisa en estos autos, y otros, tales como algunos de los contemplados en la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer. Así por ejemplo, el artículo 10 N°2 de este instrumento internacional establece que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil, implementar la licencia de maternidad con sueldo

pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales, alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de

trabajo que se haya probado pueden resultar perjudiciales para ella.

· Los límites son internos precisamente porque los derechos no vienen perfectamente delimitados desde un texto constitucional coherente, sin perjuicio de que se parta de una hipótesis de la coherencia del sistema constitucional en el sentido de no derivar del mismo ningún orden jerárquico de bienes o derechos que no se deduzca claramente de su propia preceptiva; Prieto, Luis, op cit, p.448.

⁵⁷ Prieto, Luis, op cit, p.443.

ss Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, op cit, pp.145-147.

En este orden, la configuración de los derechos de las madres y de los padres trabajadores sustituye, en una medida importante, la decisión mudable de los intérpretes **frente a los conflictos a que se ha hecho referencia por una decisión algo más definitiva que, en consecuencia, se radica también y con una titularidad equivalente a la de los** demás órganos de la democracia constitucional chilena en el órgano que de modo tan directo como en el caso del Presidente de la Republica representa la voluntad ciudadana, que es el Congreso. Por **mandato de la Constitución chilena expresado en sus artículos 5, 6 y 7 el H. Senado siendo parte del Congreso tiene un título al menos equivalente y equilibrado con el Presidente de la República en cuanto** colegislador democrático a participar en la configuración **legislativa** y en la ponderación que debe realizarse para los efectos de dicha configuración de los derechos fundamentales durante el proceso **de formación de la ley.**

La Constitución no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos, por lo que decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos "merece la pena" desde la perspectiva de la satisfacción de otro, entraña sin duda una valoración. Y si ésta es efectuada por un individuo, pesará la importancia que él conceda a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia estimación en cada caso concreto. Pero la situación es diferente cuando esta valoración debe hacerla el legislador. Si bien éste no puede resolver el conflicto entre principios de un modo definitivo -pues eliminar esa colisión requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía **legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, supondría asumir un poder constituyente-**⁵⁹ **de acuerdo con el artículo 56 de la Constitución sí puede establecer leyes y regulaciones, y en este caso concreto "aprobar, rechazar o disminuir" "derechos", "permisos" y/o "subsidios" o "topes de subsidios" que privilegien o respondan a cierto principio o disposición de derecho fundamental que impliquen afectar dicho carácter 'sus fundamental porque inciden en su detrimento, y son esas regulaciones, que entrañan una primera valoración, las que**

constituyen el objeto del juicio de ponderación legislativo"⁹ en que participa tanto el Presidente y el Congreso de la República de Chile, en este caso el H. Senado en carácter de co-legislador.

En este orden de ideas, no parece que la iniciativa exclusiva del Presidente de la República- pueda sustituir al Parlamento y, en consecuencia, no aparece como justificada la declaración de inconstitucionalidad que el requerimiento del Ejecutivo solicita. No parece que ésta sea una interpretación coherente, en un sistema, que contiene en la regla última de

⁹⁹ Prieto, Luis, op cit,
p.450. a° [bid.

reconocimiento un criterio supremo de validez," la protección de los derechos fundamentales que, como tal, prevalece frente a los demás criterios en caso de conflicto." Los derechos fundamentales constituyen parte de la norma básica material de identificación de normas, y su función se vincula al contenido posible y a los límites del resto de las normas del ordenamiento, y se ubica en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación de éstas. Con su decisión definitiva, el Tribunal Constitucional prolonga la norma básica material al decidir con supremacía sobre la interpretación adecuada. Los derechos fundamentales forman parte de la norma básica material de identificación de todas las normas de nuestro sistema jurídico, incluidas las relativas a "permisos", "subsidios" y por cierto prevalecen sobre cualquier criterio de focalización,^o y constituyen, como se ha dicho, criterios hermenéuticos preferentes en toda operación de creación o aplicación del derecho," por lo que la actuación del H. Senado ha de ser juzgada a la luz de tales derechos fundamentales.

Los criterios de política pública racionalizada y focalizada que esgrime la parte requirente en sus informes, no puede sustituir ni afectar arbitrariamente el sistema del derecho fundamental a la seguridad social chileno sin que al mismo tiempo se destruya el objeto central del proyecto así reconocido en el mismo Mensaje de proteger y ampliar derechos adquiridos en esta materia. En caso que esto suceda y se produzca un efecto directo de afectación como el alegado respecto del tope de 30 UF para considerar el subsidio como arbitrario, corresponde rechazarlo como lo ha hecho el H. Senado. Sin perjuicio, que en la cuestión constitucional que plantea el requerimiento trata del ejercicio de la atribución de rechazar parcialmente el proyecto y a la división de la votación, y no de una moción, por lo que lo determinante es que se podría dividir la votación si estimamos que en un caso se trata de un derecho y en otra del subsidio, pero ha sido el mismo requirente y quienes lo apoyan en este punto han planteado que el subsidio es parte esencial e indivisible del art 197. Esto obliga a considerar como objeto central del

p

royecto la protección y ampliación de derechos fundamentales y el rechazo impugnado y el supuesto incremento en el gasto y la también supuesta afectación de la iniciativa exclusiva del

⁶¹ Hart, Herbert: *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 132-133. Traducido por Genaro Carrió.

⁶² Vilajosana, Josep: *E/ derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.101.

Los derechos fundamentales constituyen parte de la norma básica material de identificación de normas, y su función se vincula al contenido posible y a los límites del resto de las normas del ordenamiento, y se sitúa en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación de éstas. Con su decisión definitiva, el Tribunal Constitucional prolonga la norma básica material al decidir con supremacía sobre la interpretación adecuada, Peces Barba, Gregorio, op cit, pp. 416-417 y421.

Nogucira, Humberto, op cit.

Presidente de la República, como un efecto colateral indirecto, que por su mismo carácter no alcanza a activar la intervención del TC fundado en el Art.93 No.3 de la Carta Fundamental.

No es casualidad que como recogieron varios Senadores en el debate de las sesiones y varias organizaciones sociales entre ellas Comunidad Mujer" y la Central Unitaria de Trabajadores el subsidio en cuestión con el tope de 30UF haya sido considerado como "modesto".

Un subsidio "modesto" a un lado que incrementa por cierto, de modo "modesto" el gasto fiscal, atendida la envergadura del proyecto de ley sub Lite, no puede ser usado para paralizar la legítima controversia legislativa en el Congreso sobre el modo en que pueden verse afectados derechos fundamentales de seguridad social, que ya son derechos consolidados de las ciudadanas y los ciudadanos en Chile.

En resumen, a un lado de la cuestión constitucional que es objeto de este requerimiento está el Presidente de la República con su atribución de iniciativa exclusiva argumentando que el derecho fundamental a la seguridad social está ligado de forma central al tope del subsidio de las 30UF que se justifica por un criterio de focalización parcial, que sólo considera la madre según su nivel de ingreso; al otro lado de la cuestión constitucional está el H. Senado con su facultad y atribución de rechazar parcialmente un proyecto de ley, argumentando que el derecho fundamental a la seguridad social se afecta arbitrariamente al imponer el tope de las 30UF por ser arbitrario, porque el propio proyecto dice tener como objeto proteger y crear derechos que se afectan o privan con este tope y por ser en verdad una cuestión "modesta" de carácter colateral el determinar si hay variación en el gasto o en el financiamiento fiscal para este subsidio limitado a 30UF, que por lo demás ha de financiarse igual que el resto

de las prestaciones de seguridad social equivalente y no con cargo a un fondo especial lo que implica llegar a un nuevo tope general de 66UF.

⁶⁵ Boletín Mayo 2011 Comunidad Mujer "Mujer y trabajo: los cambios propuestos al sistema de protección de la maternidad" en: <http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/contenido/uploads/2011/04/BOLETIN-MAYO-2011-baja.pdf> [última visita 11 de julio de 2011]

**9. Los valores, principios y derechos fundamentales y su relación con el
Requerimiento.**

El proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental (en adelante el "Proyecto de Ley") se enmarca dentro del derecho fundamental a la seguridad social consagrado en el artículo 19 N° 18 de la Constitución. Este derecho, puede ser definido *como "un cog'unio de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales) cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello".* Se inspira en el principio de solidaridad, que es una forma de expresión del valor constitucional de la igualdad que constituye un deber que le impone la Constitución al Estado de *"garantiar el acceso de todos los habitantes al goce de las prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas".*

Este derecho constituye una igualdad constitucional y en forma activa garantiza la protección en las contingencias o situaciones de vulnerabilidad, tales como enfermedades, maternidad, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, desempleo, vejez y muerte. Es un derecho de aquellos denominados derechos sociales y como tal plenamente exigible y justiciable con determinadas características propias. Además, corresponde a un criterio orientador de las políticas públicas estatales, y no corresponde a una simple concesión paternalista y por esencia revocable de las mismas. En nuestro derecho puede asumir la modalidad de un derecho universal que implica permisos y subsidios, estos últimos que en la medida que sean localizados no pueden alterar el valor y el principio de la solidaridad que, como ya se ha expresado, es una forma particular de expresión del valor de la igualdad constitucional. En el fondo, al ser considerado como un derecho fundamental no puede vincularse a un subsidio discrecional que al igual que otros beneficios de esta clase sólo atienden en su provisión al grado óptimo de su focalización desde el punto de vista económico. Los subsidios ligados a la seguridad social pueden no ser necesariamente universales aunque algunos de ellos lo

sean pero, en todo caso, deben expresar el valor de la igualdad constitucional expresada en la prueba de la no arbitrariedad que dispone el Art. 19 N°2. Esto es se prohíbe respecto de ellos la disposición caprichosa, ilógica o infundada.

⁶⁶ Peña, Marisol: "Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales por el Tribunal Constitucional chileno, en: Dogmática y Aplicación de los Derechos Sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú, p.312.

⁶⁷ Sentencias Tribunal Constitucional (STC) 1218 y 1287, considerando 24, citado en ibidem p. 312.

Este derecho implica en su configuración en algunos casos tanto la universalidad (protección a todas las personas sin distinciones), integralidad (cobertura completa de los riesgos) como la uniformidad (sometimiento de todos al mismo régimen previsional)," lo cual va en contra de establecer diferencias irracionales, caprichosas o injustificadas en las prestaciones a que da lugar. Siguiendo este razonamiento, proponer el establecimiento del tope en 66 UF está justificado por cuanto se reemplaza o sustituye la remuneración de la trabajadora en un monto equivalente al de su contribución o aporte al sistema, es decir, con un tope establecido, el cual no es arbitrario, sino que está asociado al máximo permitido para cotizar en el régimen previsional, tal como ha expresado la Senadora Ximena Rincón, a fojas 277 del requerimiento.

El permiso parental para ausentarse del trabajo por un periodo previo y posterior al nacimiento del hijo, constituye un derecho vinculado a la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 18 (esto puede desprenderse de lo que expresan los senadores Girardi, Rossi, Muñoz Aburto y Rincón) que involucra no solo el desarrollo profesional y laboral de la madre y padre, sino que también el derecho del niño a un adecuado desarrollo, y se encuadra en el proceso de universalización de los derechos de los niños en los términos que ha explicado el Presidente y Senador Guido Girardi, a fojas 271 del requerimiento. En efecto, debemos recordar que Chile ratificó la Convención de Derechos del Niño en 1990, y ésta se rige por cuatro principios fundamentales:

1) la no discriminación: el niño no deberá sufrir debido a su raza, color, género, idioma, religión, nacionalidad, origen social o étnico, o por ninguna opinión política o de otro tipo; ni tampoco debido a su casta o por alguna discapacidad. En este punto, es de especial importancia lo señalado en el artículo 2° en cuanto a que todos los derechos se aplican a todos los niños, y los niños deben ser protegidos contra toda forma de discriminación:

"Los Estados Partes /amarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares";

Y, el artículo 26 que dispone:

"1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional."

2) el interés superior del niño;

["] Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional. Torno 1*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 211.

- 3) su supervivencia, desarrollo y protección; y,
- 4) su participación en las decisiones que los afecten.

También, los derechos sociales se vinculan con valores constitucionales adicionales a los de la igualdad y solidaridad constitucional tales como con el concepto y valor de la dignidad, tal como ha argumentado la Ministra Marisol Peña quien sostiene la identificación de nuestra Constitución con una concepción centrada en la persona y su dignidad sustancial fundándose en el artículo 1° de la Constitución que expresa "*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*"⁶⁹, pero también se puede relacionar la protección de la familia que envuelve el derecho del proyecto de ley, con una forma de concretar el valor de la dignidad humana tanto en su dimensión fáctica como normativa. Este punto Peces Barba sostiene que la dignidad humana es tanto la posibilidad fáctica (nuestra capacidad de elegir, razonar, comunicar, dialogar, de buscar y seguir un plan o proyecto de vida) como la idea normativa (el deber ser que supone realizarnos como personas)" que se concreta en los derechos sociales, esto es en la satisfacción de las necesidades básicas que muchos individuos no pueden alcanzar por sí mismos. Así, la familia en Chile debe ser considerada como núcleo del desarrollo humano, como un sistema de relaciones sociales que cumple una función protectora respecto de sus integrantes y que, contando con las condiciones básicas para su buen funcionamiento, es capaz de cumplir eficiente y eficazmente ese rol.⁷¹ Sobre el particular, también podemos citar a la representante de la Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad, quien señala que el proyecto de ley que presenta el Ejecutivo constituye un avance en la protección de la familia.⁷²

10. Obligaciones del Estado y de sus órganos

Teniendo presente que el derecho que envuelve el Proyecto de Ley trata del derecho a la seguridad social que pertenece al subsistema de derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico chileno, el Estado se encuentra sujeto a un complejo de

⁶⁹ Peña, Marisol, op.cii., p. 305 y ss.

⁷⁰ Peces Barba, Gregorio, "Reflexiones sobre los derechos sociales", en su: *La Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2006, p. 155.

⁷¹ Ruiz-Tagle, Pablo, "Derechos fundamentales, democracia y pobreza", en: Cristi, Renato y Ruiz-Tagle Pablo, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Lom Ediciones, Santiago, 2006.

⁷² "Para nosotros fue evidente que si el pos/natal se iba a extender, debía ser ¹⁻¹¹¹ permiso para la familia, de manera de desligar un poco el cuidado de los by'os de la madre". 'Entrevista María Gracia Cariola: una mirada al proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental" por Verónica Undurraga. En: *Anuario de Derechos Humanos 2011*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 216.

obligaciones, tanto negativas, pero especialmente, positivas. Más aun, a este respecto también influyen los instrumentos internacionales de derechos humanos fijando estándares que buscan orientar a las políticas públicas, como por ejemplo, estándares de razonabilidad, no discriminación arbitraria, progresividad, igualdad, o de contenidos mínimos.

Dentro del complejo de obligaciones, tanto negativas como positivas, que le caben al Estado se encuentran las siguientes:

- Respeto: deber del Estado de no interferir e impedir la adecuada prestación de los bienes y servicios que constituyen el objeto del derecho;
- Protección: deber de impedir que terceros obstaculicen el goce de los bienes y servicios que constituyen el objeto del derecho. La obligación de proteger los derechos sociales implica que el Estado tome las medidas legislativas necesarias para impedir que el igual disfrute de los derechos sociales pueda ser menoscabado;
- Garantía: asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no pueda realizarlo por sí mismo; y,
- Promoción: remover los obstáculos que impidan una efectiva realización del derecho.

Estas obligaciones se irradian y que se vinculan respecto de todos los órganos del Estado, y en el cumplimiento de las mismas es que el H. Senado de manera legítima ha actuado en la tramitación del proyecto de ley sobre el posnatal que en este requerimiento se pretende cuestionar por una supuesta inconstitucionalidad. Específicamente se argumenta que el rechazo parcial del H. Senado de un inciso referido al tope de 30UF de un subsidio afectaría la atribución de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, sin reparar como corresponde que se trata de dos atribuciones (la del rechazo parcial y la de iniciativa exclusiva) que se contraponen por efecto de un freno y contrapeso constitucional que prevé nuestra Carta fundamental. El requerimiento pretende vincular el ejercicio legítimo de la facultad y atribución al rechazo parcial de una norma del proyecto de ley que ha ejercido el H. Senado con una supuesta inconstitucionalidad ocasionada por

afectar la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, sin detenerse a analizar que el H. Senado se encuentra dentro del ámbito de su competencia, especialmente considerando las obligaciones a las cuales se encuentra comprometido en la regulación de estas materias.

Por su parte, a pesar que en materia de derechos sociales el Comité del Pacto Internacional de derechos sociales (en adelante denominado PIDESC) ha establecido que el logro de su plena efectividad puede ser realizada progresivamente, entendiendo que la realización de la protección efectiva de los derechos sociales admite como límite relativo la

disponibilidad efectiva de los recursos económicos que disponga el Estado -y, por ende su racionalización o focalización-, como medida de eficiencia, como contrapartida a esta flexibilidad o progresividad presupuestaria -que daría base para entender de manera limitada que es posible aplicar en forma restringida la focalización a los recursos que se vinculan a los derechos sociales-, existen ciertas obligaciones mínimas, o con efecto inmediato, entre las cuales está la de garantizar que los derechos pertinentes se ejerzan sin discriminación arbitraria (artículo 2.2 del PIDESC).⁷³

De esta forma, el Estado tiene el deber de adoptar ciertas medidas sin poder excusarse en la eventual falta de recursos, y entre ellas se cita la de eliminar cualquier discriminación de iure o de facto, debiendo derogar o eliminar sin demora cualquier norma, regulación o práctica discriminatoria (incluyendo acciones positivas o acciones por omisión) que afecten el goce de los derechos sociales. En este caso lo sería el aprobar una norma que establezca una diferenciación y discriminación arbitraria entre las mujeres que ganan más y menos de 30 UF mensual fundado en un principio de focalización exclusivamente limitado a comparar el ingreso de las madres según el quintil al que pertenecen y sin tomar en cuenta los derechos fundamentales, el interés superior del niño, y los derechos fundamentales del cónyuge, y tampoco ha considerado la protección de la familia cuyas obligaciones de derecho objetivo surgen de nuestra Constitución según se dispone en el artículo primero.

Por tanto, en el ámbito solidario, igual y que considera la dignidad de la persona humana que es propia de la esfera iusfundamental de la seguridad social, el Estado tiene la obligación de sancionar normas que protejan contra esa discriminación arbitraria, respecto a determinadas personas que integren grupos que resulten vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos sociales, dentro de los que se encuentran las mujeres y los niños y también los cónyuges y la familia, entendida esta en sentido amplio, no sólo de base matrimonial.

1. Obligación de no regresividad y de progresividad en materia

de derechos fundamentales sociales, económicos y culturales

Adicionalmente, se impone a los Estados una segunda obligación mínima no susceptible de limitarse o restringirse alegando un fundamento de focalización o de consideración de eficiencia o racionalidad de los recursos económicos del Estado, que

entiende que la progresividad de los derechos sociales importa la prohibición de

Abramovich, Víctor y Courris, Cristian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Troica, Madrid, 2004, p. 79.

regresividad en el tiempo en materia de derechos sociales." Se trata en verdad de una manifestación de la teoría jurídica tradicional de los derechos adquiridos que importa que en el tiempo no pueden ni deben disminuirse los derechos sociales, ni tampoco sus beneficios, permisos, subsidios o topes de subsidios etc. En esta misma línea, el artículo 2.1

del PIDESC señala: *"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad*

de los derechos aquí reconocidos." Cabe resaltar en el artículo 2.1 del PIDESC el que se disponga el mandato al Estado: "hasta el máximo de los recursos" y "por todos los medios apropiados" e "inclusive en particular la adopción de medidas legislativas" para lograr la plena efectividad de los derechos fundamentales.

Esta segunda obligación de progresividad (que también se expresa en sentido negativo como prohibición de regresividad de los derechos sociales) implica la idea de progreso, es decir, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales. El contenido mínimo que significa la obligación de no regresividad, es la prohibición de adoptar políticas y medidas y de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos sociales de los que gozaba la población o los sujetos titulares de los derechos sociales al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva. Esta obligación de no regresividad, constituye un vínculo impuesto por los tratados de derechos humanos pertinentes, y eventualmente ligados a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del punto de contacto y la Limitación al ejercicio de la soberanía que impone el artículo 5° de la Constitución (de acuerdo a la teoría de la irreversibilidad citada por Konrad Hesse),⁷⁵ y obligan positivamente a los poderes legislativo y ejecutivo frente a las posibilidades de legislación, regulación, configuración y reglamentación de los derechos sociales.

¹ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 26. Desarrollo

Progresivo:

<Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.> Protocolo de San Salvador, artículo 1º: *'Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.'*

⁷⁵ Ibid., p. 95

Pero, ¿es la regresividad siempre y necesariamente inconstitucional? La regresividad constituiría elemento agravado en el análisis o test de razonabilidad de la norma. Podríamos decir que el efecto jurídico de la obligación de no regresividad (que no es lo mismo que el carácter regresivo de un subsidio) constituiría en una inversión de la carga probatoria, debiendo el Estado y todos sus órganos fundamentar y argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta, pero también implica un agravamiento en el estándar de interpretación que debe hacer el juez constitucional que se ha resuelto en el derecho comparado por la vía de la creación de la idea de niveles acentuados de escrutinio constitucional y categorías sospechosas que se presumen inconstitucionales.

El principio de la regresividad implica jurídicamente que si se crea una distinción en función de alguno de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, ya sea constitucional o contenida en tratados internacionales de derechos humanos, existiría una presunción de ilegitimidad constituyendo una categoría sospechosa y debiendo estar sometida a un escrutinio estricto por parte del órgano constitucional encargado de evaluar dicha categoría que puede incluir por cierto al legislador, en este caso el Presidente de la República y el H. Senado. Por cierto corresponde eventualmente el uso de estas mismas categorías al juez constitucional en el procedimiento donde se cumplan los supuestos formales de su impetración que corresponda, lo que no sucede en este caso porque, como se ha argumentado en las secciones precedentes de este escrito de observaciones, no se cumplen los supuestos del Art 93 N° 3 para ser impetrada la atribución de legislador negativo que la Constitución ha mandado en nuestro Tribunal Constitucional.

Además en el proyecto de ley que es objeto equivocado del requerimiento, la diferenciación arbitraria entre el régimen de las mujeres trabajadoras que reciban un sueldo superior o inferior a 30 UF no está justificado en derecho, sino sólo explicada con consideraciones parciales de localización, que por cierto también pueden

ser objetables por concentrarse simplemente en la comparación entre el ingreso de una madre y otra madre según el quintil al que pertenecen y no considerar por ejemplo, la protección iusfundamental debida de seguridad social que corresponde al niño, al cónyuge y a la familia como sujeto legitimado de prestaciones sociales y por ende de focalización, tal como se ha reconocido en programas ligados a esta materia donde se considera como sujeto abierto y complejo de las políticas públicas, a la familia y los miembros de ella, medida muy exitosa de programas tales como Chile Solidario.

Finalmente, el tope de las 30UF que se aleja de la norma general de 66UF que es reconocida por fuente formal del derecho con jerarquía de ley respecto de los subsidios ligados a permisos de maternidad legal en Chile, no ha sido fundamentada en derecho, por lo que puede y debe ser ponderada y puede ser legítimamente rechazada por parte del colegislador parlamentario, y por cierto por el H. Senado, por considerarla contraria al derecho fundamental a la seguridad social o al menos por estimar que este tope incurre en una afectación arbitraria del mismo derecho fundamental. La arbitrariedad reside en rebajar el tope universal para prestaciones laborales de 66 UF a 30 UF y con ello infringir la prohibición de regresividad, sin dar Fundamento constitucionalmente legítimo. Lo anterior amerita su ponderación en discusión y tramitación en sede legislativa hasta el término del proceso nomo genético de formación de la ley y en definitiva de la norma jurídica que sólo corresponde controlar en virtud del Art.93 N° 3 una vez completado la formación de la norma jurídica que se impugna lo que no ha ocurrido en la especie. Además, en el caso que el veto Presidencial tome la modalidad sustitutiva u otra podría impedir por expresa disposición constitucional del artículo 73 de la Constitución la aprobación del proyecto de ley, y en este caso ya no sería posible el rechazo parcial del mismo sino solo su insistencia por dos tercios. En definitiva lo que se ha intentado hacer a través del requerimiento es impugnar y enervar el iter legislativo legítimo de manera equivoca, apresurada y desformalizada, por no considerar el cumplimiento de los requisitos que impone el Art.93 N°.3 que se refiere a normas jurídicas formalmente. constituidas, lo que no ha llegado a suceder en la especie.

11. La iniciativa exclusiva en el Presidencialismo constitucional chileno

En primer término la cuestión de la iniciativa exclusiva es materia vinculada a la teoría del derecho, en cuanto rasgo propio de los procesos de formación de la ley, elemento constitutivo de las fuentes formales del derecho y del proceso nomio genético, particularmente en la esfera de su iter legislativo. En este contexto la iniciativa se define como la primera fase o como una etapa del proceso

de formación de una ley y consiste en el acto por medio del cual un proyecto de ley se somete a la consideración del órgano o poder legislativo. Por su parte la iniciativa exclusiva se refiere a ciertas materias que por su contenido la Constitución atribuye al impulso de origen en el Presidente de la República, o sea, reserva la exclusividad de la iniciativa para esta última autoridad lo que implica que sin

su concurso inicial no puede darse lugar a un proyecto de ley que comprenden las materias reservadas, según dispone el artículo 65 de la carta fundamental:⁷¹

Esto no quiere decir que sobre proyectos que comprometan la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, éste monopolice la determinación del contenido final del texto normativo, limitando al Congreso, imponiendo el criterio del legislador unipersonal por sobre la legítima opinión del sujeto legislativo colectivo. Por el contrario consideramos que durante toda la historia constitucional chilena, tanto la doctrina como los textos constitucionales han sido contestes en enfatizar un rol colaborativo entre el Presidente de la República y el Congreso en estas materias.

Por lo pronto, y en lo que concierne al gasto contenido en un proyecto de ley, la propia Constitución distingue en el artículo 67 incisos tercero y cuarto que al Presidente de la República le corresponde la estimación del gasto, mientras es el Congreso quién finalmente lo determina.

Entendemos la posición esgrimida en el requerimiento presentado por el Gobierno como un intento de tergiversar el sentido y alcance de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República que va en un sentido contrario a la historia y práctica democrática chilena.

Vamos por parte, primero es antojadiza la vinculación que hace el requerimiento entre el régimen del gobierno presidencial y la iniciativa exclusiva, porque es erróneo afirmar que esta potestad constitucional es propia y elemento constitutivo del presidencialismo (fojas 2 del Requerimiento). En el ámbito de la dogmática del derecho público chileno, Alejandro Silva Bascuñán en las primeras páginas de su influyente Tratado Constitucional, que por cierto es citado en el requerimiento, al referirse a la iniciativa exclusiva señala: *‘En el sistema presidencial típico, que es el de los estados*

Unidos de Norteamérica, como reflejo de la pronunciada separación de poderes que lo tipifica, no se le otorga al Presidente de la República iniciativa legislativa, " ⁷⁷ Por eso la afirmación del requerimiento que atribuye rasgos vinculantes a la iniciativa exclusiva y el régimen presidencial debe descartarse por falsa y no corresponder al menos al modelo original del Presidencialismo que es el de la Constitución norteamericana de 1787.

⁷⁶ SQUELIA, Agustín, *Introducción al Derecho*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pág. 229.

⁷⁷ SILVA BASCUÑAN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo 1/71, Congreso Nacional, la función legislativa, Editorial jurídica de Chile, 1997, pág. 103.

También nos parece inexacta la afirmación del requerimiento sobre un supuesto rol preferente del legislador unipersonal respecto del Congreso en el proceso legislativo.^{7g}

La tesis doctrinal que se viene sosteniendo desde las primeras reflexiones⁷⁹ sobre esta materia es sistematizada ya en la década del cuarenta por Elías Navarro, también citado en forma extrapolada en el requerimiento⁸⁰, quien ha considerado en su obra que esta contraposición entre Congreso e iniciativa exclusiva desconoce el origen y evolución de esta institución, porque en verdad la atribución de la iniciativa ha estado vinculada al menos en sus comienzos a propuestas y prácticas de origen parlamentario.⁸¹

También Elías Navarro Vergara ha sido citado errónea, parcial y en forma extrapolada en el requerimiento, porque dicho autor señala que durante los primeros años de vigencia de la institución de la iniciativa exclusiva en Chile, en los años treinta, particularmente en lo referido al gasto público esta no operó adecuadamente y que: "(..) y fueron los propios parlamentarios los que —en un ,esto que los honra — propusieron nuevas restricciones a su derecho de iniciativa legal (..)" para su correcto funcionamiento.⁸²

Así se explica como el propio Elías Navarro Vergara, esto es da cuenta de la iniciativa exclusiva en una forma distinta y mucho más matizada a la explicación que se da en el requerimiento, porque incluso considera valioso permitir que se combine y equilibre en ciertos casos con la iniciativa parlamentaria en materia de gasto público, a pesar de mantener como principio la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en la manera contemplada en la Carta fundamental del año 1925. Este autor, a diferencia de lo que se plantea en el requerimiento sostiene que este modelo institucional de la Constitución de 1925 definió roles de colaboración diferenciados para los órganos constitucionales, ya que por una parte, la iniciativa exclusiva se radicaba en el Presidente de la República para

⁷⁹*Ibidem*, págs. 142 y sig;

⁷⁹ Ver por ejemplo, CASANOVA, Néstor: *La Iniciativa Parlamentaria' los Presupuestos*, Memoria para optar al grado de licenciado en leyes y ciencias políticas en la Universidad de Chile y en la Universidad Católica, Imprenta la Ilustración, Santiago, 1912.

() SOTO VELASCO, Sebastián: "Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su interpretación", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2007, págs. 225-258 y RIBERA NEUMANN, Teodoro: "El artículo 93 N° 3 de la Constitución ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Núm.72, Santiago, 2010, págs. 163 a186.

⁸¹ NAVARRO VERGARA, Elías: *Limitaciones de la iniciativa parlamentaria en materia de gastos*, Santiago, 1945.

"*Ibidem*", pág. 10.

garantizar un manejo responsable de los recursos fiscales. Mientras, que por la otra, Navarro señala que el Congreso como actor preferente de la acción legislativa, debe tener a su vista el resguardo de los intereses particulares y de otras materias que el Presidente no haya podido identificar. Se trata de un proceso de colaboración en el ejercicio del rol de colegislador que la Carta fundamental asigna al Presidente de la República, por una parte, y al Congreso, por la otra."

Esta manera de entender la iniciativa exclusiva del Presidente de la República también se encuentra en el texto de Felipe de la Fuente, citado también en forma errónea por el requerimiento de Gobierno. Este autor señala: *"Con todo, no debe olvidarse que la facultad exclusiva de iniciar proyectos sobre determinados tópicos no significa que el Congreso no legisle en esas áreas, ya que siempre se requerirá de su voluntad para que los proyectos del Ejecutivo puedan llegar a convertirse en ley."*

Por otra parte, sorprende el cuestionamiento que hace el requerimiento de centenarias prácticas parlamentarias, si acaso puede o no formular una indicación para suprimir parte de un texto legislativo. En este sentido, la norma reglamentaria data desde el siglo XIX tanto en el reglamento del Senado y de la Cámara, en orden a que podía a petición de cualquier diputado dividirse una proposición antes del cierre del debate. Tal disposición se mantuvo durante toda la vigencia de la Constitución de 1925, a pesar de la incorporación de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República por las reformas de 1943 y 1970. Recién en 1990, se incorpora en los reglamentos de ambas Cámaras la prohibición de la división de la votación de las observaciones del Presidente de la República porque ello lo prohíbe expresamente la Ley Orgánica del Congreso Nacional, en adelante denominada LOCCN pero, por ejemplo, nada se dijo de las propuestas de las Comisiones Mixtas que tampoco pueden dividirse y se votan en un solo acto. El tema de la división de la votación es una cuestión estrictamente legal y que importa a las Cámaras su resolución y no tiene alcance constitucional y por lo mismo, no es reclamable en esa instancia. La ley regula con profusión el cómo debe actuarse en caso

de que se solicite la reclamación de una admisibilidad o inadmisibilidad de una indicación, como es el solicitar que un determinado inciso o párrafo se vote separado, debiendo el Presidente de la Comisión o de la Sala, según corresponda, pronunciarse sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de tal indicación. De esa

xs *Ibidem*, pág. 101.

8d DE LA FUENTE, Felipe: "las funciones legislativas y constituyentes en la constitución de 1980, en el congreso nacional", en Varios Autores, El *Congreso Nacional, estudio legal y reglamentario*, Centro de Estudio y Asistencia Legislativa, Valparaíso, 1993, pág. 343.

declaración, cualquier diputado o senador, en su caso, puede reclamar ante la Comisión o la Sala que resolverá en definitiva, cuestión que es de cotidiana ocurrencia.

En el caso de este proyecto objeto del requerimiento, la senadora Rincón actuó apegada a la ley y al Reglamento del Senado, y consultó la indicación a la Comisión la que entendió que era admisible. Resulta curioso que ni el Ejecutivo ni los Senadores de la Alianza hayan reclamado de ello ante el Pleno del Senado (al menos no consta del requerimiento que se haya hecho) porque de la declaración de inadmisibilidad o admisibilidad que se haya hecho en una comisión se puede nuevamente reclamar ante el pleno de la Cámara respectiva (artículo 25 de la LOCCN).

Por eso en las observaciones personales que ha enviado en su escrito el Presidente de la Cámara de Diputados se equivoca en cuanto a que el artículo 146 del Reglamento de la Cámara, reafirma que lo obrado por el Senado es inconstitucional y que es un asunto sobre el cual se puede recurrir al Tribunal Constitucional. En el caso de la Cámara de Diputados la norma aplicable, de haber ocurrido una situación similar, es el artículo 281, inciso sexto, que señala que cualquier diputado puede pedir que se divida una votación antes de cerrarse el debate, salvo en el caso de las observaciones del Presidente de la República según lo previene el artículo 35 de la LOCCN.

La norma del 146, solo es aplicable para el debate del proyecto en el pleno y tiene por objeto evitar que una misma disposición pueda votarse prácticamente palabra por palabra, pues si no hubiere tal norma podría ocurrir tal situación como forma de ejercer obstrucción a la tarea de legislar. La expresión del 146 en su letra b) deja entregado al Presidente la calificación de si un asunto genera o no inconstitucionalidad, por lo tanto, no puede inferirse que de ello, en el caso en cuestión el Presidente de la Cámara deba obligatoriamente declarar improcedente la división de la votación. Por último, esta decisión del Presidente de la Cámara, tanto declarando procedente o improcedente la división de la votación, no es reclamable

ante ninguna otra autoridad que no sea el propio pleno de la misma Cámara.

De partida el Gobierno puede reponer en segundo trámite (cosa que aún no ha ocurrido) el artículo 197 bis tal como lo presentó originalmente en el Senado, incluso con la misma redacción o puede darle otra (Artículos 32, N°1, y 69 de la Constitución y 23, 24 y 25 de la ley Orgánica del Congreso Nacional LOCCN).

De reponerse el mismo texto original y de aprobarse por la Cámara, al Senado no le quedaría más que aprobarlo o rechazarlo, pues en ese caso está obligado a votar las enmiendas aprobadas por la Cámara revisora. Artículo 71, inciso primero, de la Constitución.

Si el Senado rechaza la enmienda de la Cámara de Diputados, como revisora, se forma Comisión Mixta (artículo 71, inciso segundo, Constitución) donde el Ejecutivo puede nuevamente reponer el texto original del 197, bis (artículo 31 LOCCN).

Si no se llega a un acuerdo en la Mixta o alguna de las Cámaras rechaza la propuesta de esa Comisión, aún tiene el Presidente de la República la posibilidad de observar o vetar el proyecto (artículos 72 y 73 de la Constitución) reiterando el texto original del 197 bis.

Si la observación fuere rechazada y el Presidente de la República considera que los recursos otorgados por el Congreso son insuficientes para financiar el gasto que el proyecto irroque, al promulgar la ley, y previo informe favorable del servicio o institución a través de la cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza (artículo 67, inciso Final, de la Constitución).

Esas son, a nuestro entender las opciones parlamentarias que tiene el Ejecutivo en este proyecto.

En otro orden de ideas, específicamente la dimensión financiera, el cálculo que se hace del gasto es siempre estimativo, es imposible cuantificar una iniciativa de ley porque muchas veces no se sabe con precisión el número de beneficiarios que en la práctica tendrá, y se hace ese cálculo muchas veces a partir de supuestos por datos que poseen los servicios públicos o en relación a estadísticas históricas, etcétera.

La Dirección del Presupuesto del Ministerio de Hacienda, hace un cálculo estimativo que muchas veces va cambiando a lo largo de la

tramitación que generalmente no se contradice con documentos sino sólo con afirmaciones de los propios parlamentarios. En todo caso la Constitución establece que es el Congreso el que no puede aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los Fondos públicos sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de los recursos necesarios para atender dicho gasto. (Artículo 67, inciso cuarto, Constitución). Esa obligación tiene un correlato en la ley orgánica del Congreso que es el

artículo 21 LOCCN que obliga que los proyectos *de ley* sean informados por la Comisión de hacienda según el artículo 17, inciso segundo, de la LOCCN, a la incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos y empresas. Más aún, esa Comisión, por mandato legal, debe indicar en su informe la fuente de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que signifique el proyecto respectivo. En definitiva, no es la DIPRES en representación del Presidente de la República que tiene el mandato para determinar el gasto, sino que el Congreso.

Distinto es el caso de la estimación del rendimiento de los recursos que consulten cualquier iniciativa de ley, pues ello corresponde al Presidente de la República, previo informe de los organismos técnicos respectivos.

En suma el requerimiento confunde estimación de ingresos con determinación del financiamiento. Respecto al gasto, el informe de la DIPRES es una mera opinión estimativa, que se considera especialmente porque el Congreso no ha creado su propia unidad de asesoría presupuestaria a que alude el inciso final del artículo 19 de la LOCCN.

Confirma todo lo anterior y la incoherencia de la presentación del requerimiento con la continuación de la negociación parlamentaria por parte del Gobierno y sus partidarios la circunstancia que el proyecto se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional y primero reglamentario, es decir para su discusión general, en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, sin urgencia desde el 31 de mayo de 2011.

1. Sobre el equilibrio y el control judicial de la constitucionalidad en el momento posterior a la reforma de la Carta fundamental del año 2005.

La Constitución de Weimar de 1919, marca el inicio del debate sobre la regulación de los controles de constitucionalidad en Europa. Esto a partir de la no prohibición expresa que establece esta Carta fundamental respecto del control judicial constitucional.⁵⁵

En el más famoso debate constitucional del siglo XX, se expresó por una parte la postura encabezada por el jurista austriaco Hans Kelsen, quien era un entusiasta defensor

⁸⁵ Aunque dicha discusión surge, antes a partir del debate generado al interior de la comisión constituyente de la Constitución de Weimar en la "enmienda Ablast" que contenía una propuesta de articulado sobre control de constitucionalidad. CRUZ VILLALON, *Pedro: La formación de/ stIrtema de control de constitucionalidad (1918 1939)*, CEC, Madrid, 1987, págs. 71 a 125;

de la convivencia entre el sistema representativo, liderado por la acción del Parlamento y un Tribunal Constitucional. Tan convencido se encontraba Kelsen del necesario liderazgo de ambos órganos constitucionales en el proceso de formación de la ley, que llegó a argumentar que mientras más se democratiza un sistema institucional, más fortalecido debe ser el control constitucional. En definitiva, Hans Kelsen defendió un rol de control jurídico político judicial de la Constitución."

Por otra parte, Carl Schmitt, en su calidad de defensor del autoritarismo constitucional y más tarde como miembro privilegiado del partido nazi, y defensor del Führer Adolf Hitler, se manifiesta contrario a toda suerte de control jurisdiccional de la Constitución. Entre otros argumentos considera que esto significaría subordinar la vida política al control de los tribunales. Schmitt propone la solución autoritaria de entregar la defensa de la Carta Fundamental al Presidente del *Reich*. Es en consecuencia, bajo la dependencia y conveniencia del poder ejecutivo que según Schmitt debía subordinarse toda la argumentación jurisprudencial de rango constitucional.

Lo que Carl Schmitt nos propone, en consecuencia, no es la abolición de la judicatura sino que ésta sea dependiente de la autoridad política. Que la justicia toda sea una verdadera caja de resonancia de los intereses de quien representa la voluntad gubernamental y en el caso particular de la Alemania de entre guerra de la persona de Adolf Hitler. Por tanto, Schmitt no cree en el valor autónomo y pro democrático del análisis jurídico judicial-constitucional, ni en su potencial parcial de coherencia expresada en su jurisprudencia. Para este autor el único valor de los tribunales en separarse del ejercicio del control del poder y consiste simplemente en traducir al lenguaje jurídico la voluntad y necesidad *del* Presidente, y en su caso particular del Führer.⁸⁷

Desgraciadamente esta última tesis, la de Schmitt, ha tenido un importante arraigo en el debate doctrinal chileno, en particular en la defensa de una judicatura subordinada a un poder superior que tiene

claros rasgos autoritarios.

Kelsen, frente a la alternativa de dotar al Presidente del Reich de facultades de control constitucional, considera que esa instancia es menos idónea para establecer límites jurídicos, al ejercicio del poder que aquella que la propia Constitución le da porque nadie puede ser juez y parte dice. Además, pretender que el Jefe de Estado pueda en los hechos

⁸⁶ Kelsen, Hans: *La Garantía funcional de la Constitución (la Justicia Constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 98.

⁸⁷ Schmitt, Carl: *La defensa de la Constitución, estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, prólogo de VEGA, Pedro, Ternos, Madrid, 1998 pág. 45 y sig.

representar la unidad del pueblo en un sistema democrático representativo que se nutre del conflicto legítimo y creer que por ejemplo, el Presidente, es más representativo que cualquier otro órgano constitucional, es sólo una ficción incapaz de concretarse."

Es por eso que Kelsen elabora la tesis de contemplar un control de una jerarquía especial, y distinta del legislador y del resto de los órganos del Estado que viene a ser el Tribunal Constitucional. En este modelo la actividad del Tribunal Constitucional, a diferencia de la función legislativa, a la cual por cierto el órgano jurisdiccional debe deferencia, sería según Kelsen negativa; porque su tarea consiste principalmente en marginar del ordenamiento jurídico, mediante su anulación, aquellas normas creadas por el legislador parlamentario que sean contrarias a la Carta Fundamental.⁸⁹

Así se puede desprender un vínculo estrechísimo, en el contexto de la democracia representativa que es también denominada constitucional, entre las funciones del Congreso y del Tribunal Constitucional, sea que esta asuma la forma parlamentaria o presidencial. En el modelo democrático de justicia constitucional kelseniano que inspira la conformación y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales, en los sistemas que recogen los principios del constitucionalismo republicano y las formas de la democracia representativa que surgen a partir de las lecciones aprendidas de la experiencia trágica de la Segunda Guerra Mundial, existe un verdadero "ejercicio compartido de la función legislativa". Por una parte, el legislador, integrado o no con una figura Presidencial separada, que es respectivamente lo propio del parlamentarismo o del presidencialismo tiene una función creativa, mientras que el Tribunal Constitucional con un sentido preferentemente técnico, fiscaliza o controla y en el uso de sus atribuciones referidas a normas, las puede expulsar del ordenamiento jurídico por ser inconstitucionales."

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 60 y sig.

⁹ PEÑA, Marisol: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus efectos en la actividad legislativa", *Revista Hemiciclo*, Santiago, 2010, págs. 130 y 131.

13. La función de contrapeso y equilibrio que el Estado Social y Democrático de Derecho asigna a la justicia constitucional:

E] nuevo momento constitucional chileno que se inauguró con la reforma de 2005 está referido fundamentalmente a materias orgánicas y particularmente a la redefinición de las relaciones entre el Congreso y S.E. el Presidente de la República. No es casualidad por ello que el Ministro Enrique Navarro haya subtitulado su comentario sobre dicha reforma con las palabras: "Mayor equilibrio de poderes," y haya expresado a continuación: "Sin duda que las más relevantes modificaciones dicen relación con aspectos de carácter orgánico."⁹

En el nuevo escenario que se genera a partir de la reforma el Tribunal Constitucional no sólo es refundado desde el punto de vista de su constitución orgánica, sino que también se define de un modo nuevo sus atribuciones. Una nueva ley orgánica ordena su funcionamiento y autos acordados también de reciente data organizan las nuevas formas de tramitación y funcionamiento interno. De un modo tímido y por cierto no exento de controversia el Tribunal Constitucional chileno va asentando su lugar en el sistema de poderes del Estado y asume como un verdadero contrapeso frente a todo poder que amenace la supremacía constitucional y los derechos fundamentales de las personas. Es precisamente en el ámbito de los derechos fundamentales en que el Tribunal Constitucional asienta su jurisprudencia más distintiva en el período que se abre a partir del año 2005.

Particularmente el fallo relativo al requerimiento recaído en la píldora del día después y la fuerte controversia ciudadana que le siguió, como también las resoluciones referidas a la tabla de calculo que utilizan las Isapres en sus planes de salud son expresión de esta nueva experiencia autoconsciente del Tribunal Constitucional chileno. En esta última línea de jurisprudencia referida al derecho fundamental a la salud se percibe un esfuerzo serio del órgano judicial constitucional de avanzar en la cara iusfundamental del ideal jurídico político del Estado Social y Democrático de Derecho.

El Ministro José Ramón Cossío de la Corte Suprema de México que ejerce el control constitucional en ese país ha explicado con gran claridad la relación entre el Estado Social y Democrático de Derecho y la nueva concepción de la justicia constitucional con gran precisión y ha dicho: *"los horrores que provocaron las dictaduras que condujeron a la segunda guerra mundial, aconsejaban la limitación de la política a partir de la comprensión sustantiva, j no sólo*

Navarro Beltrán, Enrique: *El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005* en Revista de Derecho Publico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, vol.68, 2006, pag.12.

procedimental, del derecho. A partir de esta visión, los políticos" los juristas construyeron, y se aceptó como forma legítima de Estado moderno, una "ideología jurídica" llamada 'Estado social y democrático de Derecho. Además de la posibilidad de incorporar elementos materiales al derecho, se encontró una vía para reducir las tensiones liberales, sociales, y democráticas que se habían venido acumulando en Europa desde finales del siglo XIX. Se logró también una fórmula de transacción entre la aceptación acrítica de un iusnaturalismo totalmente superado en sus aspectos teóricos pero sin duda alguna relevante para tratarle de dar un respaldo mínimo y superior al derecho, y la aceptación sin más de una visión positivista a la cual, indebidamente, se le atribuía el ascenso de los regímenes totalitarios europeos. La creación del modelo estatal que debía imperar a partir de la segunda mitad de nuestro siglo se representó como un producto acumulativo (casi dialéctico) que pasó por tres etapas: primera, por la producción de un modelo de estado liberal encaminado a proteger la libertad y dignidad del individuo frente al Estado, y en el cual los valores de solidaridad o las posibilidades de democracia carecían de relevancia; segunda, por el cuestionamiento de la libertad formal a que daba lugar el modelo anterior con la consiguiente necesidad de ajustarlo mediante un modelo social en donde, fundamentalmente, el Estado se hiciera cargo de ciertas necesidades básicas y, tercera, por la necesidad de incorporar al modelo "social de derecho", los valores y procedimientos propios de la democracia. El entramado resultante de esas etapas adquirió un sentido "supra-normativo" de manera tal que se constituyó en el estándar del propio orden jurídico, y de esa manera determinó la producción de las normas jurídicas, los criterios del control de regularidad, etc. A partir de este modelo, quedaba debidamente garantizada y protegida la legitimidad del Estado, ya que, simultáneamente, existía la posibilidad de que se respetaran los derechos considerados propios de las personas, se ayudara a los más necesitados y se le confiriera legitimación al Estado en tanto sus decisiones tenían un origen democrático."

La cuestión constitucional a la que se refiere este requerimiento responde precisamente a esa encrucijada en que se encuentra hoy el Tribunal Constitucional chileno de respaldar o no el ideal del Estado Social y Democrático de Derecho en su doble faz dogmática y referida a derechos, como también en su fase orgánica que supone una función más activa de contrapeso y equilibrio constitucional.

Tal como se ha podido constatar el liderazgo pro democrático de los Tribunales Constitucionales europeos en el periodo de Posguerra han sido determinantes en el avance y la consolidación de la nueva forma de democracia representativa y participativa del viejo continente.

La posibilidad fundacional chilena post reforma del año 2005 está abierta para los efectos que el Tribunal Constitucional se comprometa con una auto concepción ligada

conscientemente a los ideales de autogobierno republicana, donde ninguna Figura puede exceder el marco constitucional y donde toda función colaboracionista u ortopédica está desterrada.

El liderazgo pro-democrático del cual hablamos en esta sección final, no ha estado ausente de la historia del Tribunal Constitucional chileno en su época más reciente. Sabido es que el Ministro Eugenio Valenzuela Somarriva lideró la adaptación y salida del periodo chileno más reciente del Presidencialismo autoritario para conducir pacíficamente a Chile a esta democracia imperfecta que hoy tenemos y que puede aspirar a realizar aunque sea parcialmente los ideales del Estado Social y Democrático de Derecho.

Chile ha querido vincularse a los países de la OCDE, no sólo para compararse con estos y contrastar nuestras diferencias, sino que porque comparte con ellos sus ideales más profundos y duraderos, entre los cuales está por cierto el del Estado Social y Democrático de Derecho.

POR TANTO,

A US.EXCMA. PEDIMOS: Tener presente lo expuesto en autos para la decisión de la controversia.

R.P.F.

Santiago, doce de julio de dos mil once.

Dése cuenta ante el pleno de las presentaciones de
fojas 448 y de fojas 495.

Rol N° 2025-11-CPT.

PROVEÍDO POR
CONSTITUCIONAL.

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

A handwritten signature, possibly reading 'A', is written in dark ink.

Santiago, doce de julio de dos mil once_

Resolviendo al escrito de fojas 448, a lo principal y al tercer otrosí, téngase presente; al primer otrosí, como se pide, hasta por un lapso de 95 minutos en la audiencia especial citada para el día jueves 11 de julio a las 10 horas; al segundo otrosí, ténganse por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal.

Resolviendo al escrito de fojas 495, téngase presente.

Notifíquese y comuníquese Rol N° 2025-11-CPT.

onunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

Santiago, doce de julio de dos mil once.

Resolviendo al escrito de fojas 552, ténganse por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal.

Resolviendo al escrito presentado con esta fecha por Nury Asunción Benites Rojas, Claudio González Jara y Carolina Espinoza Tapia, en representación de las organizaciones que indican, a lo principal y al segundo otrosí, téngase presente; al primer otrosí, ténganse por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal.

Atendido el volumen del proceso, ábrase un cuaderno especial de documentos.

Notifíquese y comuníquete.

Ro1 N° 2025-11-CPT.

Pronunciada p r el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

SE ACOMPAÑAN

PABLO RUIZ-TAGLE VIAL, abogado, por el H. Senado de la República, en autos Rol N° 2025-2011 CPT, a US. Excma. por este acto vengo en acompañar los siguientes documentos:

1. RIBERA N., TEODORO: "El artículo 93 N°3 de la Constitución ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho Público N° 72*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010, Santiago, pp. 163-186;
2. SOTO V., SEBASTIÁN: "Iniciativa exclusiva e ideas matrices: los aportes del Tribunal Constitucional" en *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios, Academia Parlamentaria, Cámara de Diputados*, Valparaíso, 2010, pp.45-63. y "Iniciativa Exclusiva del Presidente de la República: Un Aporte del Tc para su Interpretación", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, Santiago, pp.225-258;
3. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.216 de 30 de octubre de 2008;
4. SÁNCHEZ, NESTOR: *El Derecho Escrito i Las Prácticas, Estudios sobre el Reglamento Interno de la Cámara de Diputados*, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, Valparaíso, Chile, 1911, pp. 118,119; 290-292; y
5. VALDÉS V., ISM_AEL: *Prácticas Parlamentarias*, Imprenta Litografía, Encuadernación Barcelona, Santiago de Chile, 1906, pp.62; 140-141.

POR TANTO,

A US.EXCMA. PIDO: Tener por acompañado los documentos indicados.

EN LO PRINCIPAL: PRESENTA ESCRITO COMO "AMICUS CURIAE". **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **SEGUNDO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

NURY ASUNCIÓN BENITES ROJAS, cédula de identidad N° 9.965.107-5, •rinSy'iar¿ oc) Vicepresidenta y representante legal (S) de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales —ANEF-; **CLAUDIO GONZÁLEZ JARA**, cédula de identidad N° 11.988.912-K, representante legal de la Federación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud y Organismos dependientes de la Subsecretaría de Salud Pública y Redes Asistenciales del Ministerio de Salud —FENPRUSS-; y **CAROLINA ESPINOZA TAPIA**, cédula de identidad No 12.260.177-3, representante legal de la Confederación Nacional de Funcionarios Salud Municipalizada —CONFUSAM-, domiciliados para estos efectos en calle Suecia 164-A, comuna de Providencia, en los autos **Rol N° 2.025-11-CPT**, sobre el requerimiento formulado por el Presidente de la República solicitando se declare inconstitucional "la actuación del Senado y la consecuente modificación introducida por éste al artículo 197 bis del Código del Trabajo" contenido en el proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo (Boletín No 7526-1), a US. Excmo., decimos que: Venimos respetuosamente a presentar un escrito "Amicus Curiae" con el objeto de exponer argumentos jurídicos que resultan del todo relevantes para la resolución de la cuestión sometida a vuestro conocimiento en autos:

I. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PRESENTACIÓN

Si bien no se encuentra reglamentada de forma expresa en nuestra legislación la presentación de escritos "Amicus Curiae" para ante el Excmo. Tribunal Constitucional, esta tampoco se encuentra prohibida, sino que muy por el contrario, en diversas oportunidades este Excmo. Tribunal ha aceptado la presentación de escritos de esta naturaleza, por ejemplo, en la causa Rol 740-07-CDS.

Artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de Chile: Derecho a petición.

El artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República reconoce "*El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes*".

El Excmo. Tribunal Constitucional constituye una autoridad, en el sentido del artículo recién citado, y la contienda constitucional sometida a su conocimiento reviste el carácter de asunto de interés público, por una parte, porque se refiere a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del actuar del Senado en la tramitación de un proyecto de ley, y por otra, porque el asunto de fondo, cual es la discusión del proyecto de ley sobre permiso postnatal parental, se relaciona con el reconocimiento de derechos laborales.

Interés de ANEF, FENPRUSS Y CONFUSAM en presentarse como Amicus Curiae.

ANEF, FENPRUSS y CONFUSAM son organizaciones de trabajadores y trabajadoras, quienes son los principales afectados con el proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo.

ANEF tiene por objeto aspirar al mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo de los/as funcionarios/as civiles del Estado, la defensa de sus legítimos derechos e intereses y el perfeccionamiento del sistema administrativo de la Nación, mediante un sentido social moderno y un desempeño eficiente y ágil. La misión de FENPRUSS, por su parte, es representar y defender a sus asociados/as ante las autoridades; reivindicando sus derechos y el reconocimiento del servicio que prestan, propiciando un sistema público de salud sólido, y cautelando que la población reciba una atención de salud de calidad. Finalmente, la misión de CONFUSAM es luchar por un sistema de salud público de calidad, centrado en la concepción de la Salud como derecho humano fundamental, regido por los principios de solidaridad,

integralidad, equidad, universalidad y participación social, cuyos ejes deben ser la Atención Primaria como modelo, y la dignidad de las/os trabajadoras/es de la Salud Municipalizada como condición

II. LA CUESTIÓN SOMETIDA A VUESTRO CONOCIMIENTO

El Presidente de la República, Sebastian Piñera Echenique y el Ministro Secretario General de la Presidencia, Cristian Larroulet Vignau, con fecha 20 de junio de 2010, realizaron un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de las actuaciones ejecutadas por el Senado de la República que tuvieron como resultado modificar el **artículo 197 bis del Código del Trabajo** propuesto por el ejecutivo mediante el proyecto de Ley que crea el permiso post natal parental y modifica el Código del Trabajo (Boletín N° 7526-13), por ser contrarias a los artículos 6, 7 y 65 de la Constitución Política de la República.

A continuación se transcribe el mencionado artículo 197 bis propuesto por el Ejecutivo, subrayándose las partes eliminadas como consecuencia de la impugnada actuación del Senado:

"Art. 197 bis. - Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del periodo postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicha permiso a partir de la séptima semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien hacia uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando ha•an uso del •ermiso ••stnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Unico de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley N° 150de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá el permiso establecido en el inciso anterior, a este último.

La madre o padre cuya remuneración imponible no sea cubierta completamente por el subsidio, podrá trabajar a jornada reducida durante el período correspondiente al permiso postnatal parental. Durante este periodo, la remuneración que se obtenga por la jornada res•ectiva sumada al subsidio en nin•un caso •odrá su•erar al promedio de las tres últimas remuneraciones anteriores al inicio de su descanso prenatal, en el caso de la madre, o al inicio del permiso postnatal parental en el caso del padre.

En caso que el derecho establecido en el inciso anterior, se ejerciere ante el empleador, la madre deberá comunicarle mediante carta certifica, enviada al domicilio del empleador 45 días antes del término del periodo postnatal, si decide hacer uso de este derecho.

En caso que el padre haga uso del permiso establecido los incisos anteriores, deberá comunicarlo por escrito a su empleador, mediante carta certificada enviada al domicilio de este con a lo menos diez días de anticipación al comienzo del uso del permiso. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la mujer y a la Inspección del Trabajo.

El empleador que obstaculice o impida el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso, podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto".

Sostienen los requirentes que la modificación introducida por el Senado al texto planteado por el Presidente de la República en su Mensaje, ha infringido los artículos 6, 7 y 65 inciso tercero, inciso cuarto numeral cuatro, inciso sexto e inciso final, por cuanto la actuación del Senado habría significado el ejercicio de atribuciones propias del Presidente de la República en materia de administración financiera.

La solicitud del Ejecutivo tiene por objeto que la actuación del Senado sea declarada inconstitucional, dejándola sin efecto o adoptando las medidas que SS. estime conducentes a restablecer el imperio del derecho y la supremacía de la Constitución en la tramitación del referido proyecto de ley.

III. EL ARTÍCULO 197 BIS PROYECTO DE LEY QUE CREA EL PERMISO POST NATAL PARENTAL Y MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO (BOLETÍN N° 7526-13)

Si bien no es el objeto directo de la contienda sometida a su conocimiento, SS. Excmá. no puede desconocer o ignorar el contenido del artículo 197 bis del proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo.

La verdadera inconstitucionalidad que se ha suscitado durante la tramitación del proyecto de ley referido no radica en la actuación del Senado, sino en el contenido de las normas de dicho proyecto. En atención a que el presente requerimiento se refiere a la supuesta actuación inconstitucional del Senado en la aprobación del artículo 197 bis, nos limitaremos a evidenciar cómo dicha norma vulnera nuestra Carta Fundamental.

1.- El permiso postnatal parental.

La disposición en comento consagra el otorgamiento de un nuevo permiso, denominado **permiso postnatal parental**, que permitiría a la mujer trabajadora extender en 12 semanas adicionales el actual período postnatal, y la facultaría para elegir que el padre pueda hacer uso del permiso a partir de la séptima semana.

Este permiso es discriminatorio, en cuanto se confiere a las trabajadoras, y sólo de manera excepcional a los padres, contraviniendo lo dispuesto en el **artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental**, que asegura a todas las personas: "*La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*".

La forma en que el Ejecutivo ha planteado el permiso postnatal parental **discrimina al padre trabajador porque no lo hace titular de ningún derecho** como persona, sino que sólo establece la posibilidad de que la madre lo faculte para hacer uso de dicho permiso a partir de la séptima semana **y discrimina a las mujeres porque distribuye desigualmente la responsabilidad en el cuidado de los/as hijos/as.**

El sistema de protección a la maternidad reconoce y confiere derechos laborales únicamente a las trabajadoras y no a los trabajadores, salvo en situaciones excepcionales. La legislación laboral mantiene y refuerza una rígida y estereotipada distribución de roles y responsabilidades entre hombres y mujeres, imponiendo a las mujeres la principal responsabilidad por el cuidado de hijos e hijas. La normativa laboral permite y favorece la participación de los hombres en el mercado del trabajo remunerado, mientras que a las mujeres les permite dicha participación junto con asignarles el trabajo no remunerado o gratuito propio del espacio doméstico familiar.

Si bien es evidente que el permiso prenatal y postnatal, con la correspondiente garantía estatal a la mantención de sus ingresos, es un derecho que corresponde sólo a las trabajadoras por razones de embarazo, parto y lactancia; no resulta lógico que sean las trabajadoras las únicas

titulares del derecho al permiso postnatal parental, como tampoco al derecho a sala cuna, alimentación y licencia médica por enfermedad grave del/a hijo/a menor de un año. Ello sólo se sustenta en una desigual distribución de derechos y responsabilidades entre hombres y mujeres en base a estereotipos de género que atribuyen exclusivamente a las mujeres el cuidado y crianza de los/as hijos/as, manteniendo a los varones al margen de ello.

La falta de igualdad respecto de los derechos laborales, es uno de los principales obstáculos para que las mujeres puedan ingresar, permanecer y desarrollarse en el mercado del trabajo remunerando, con la consiguiente disminución de sus derechos previsionales. La baja participación laboral de las mujeres chilenas —una de las más bajas de la Región- no sólo impacta negativamente en los niveles de pobreza de numerosos grupos familiares, sino que atenta profundamente contra las posibilidades de las mujeres de alcanzar la autonomía económica, condición fundamental para el ejercicio de un conjunto de otros derechos, incluso el derecho a una vida libre de violencia.

El permiso postnatal parental propuesto no sólo contraviene la Constitución Política de la República, sino que además, incumple lo dispuesto en la Convención Para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, específicamente en el artículo 5 letras a) y b), en cuanto refuerza los tradicionales roles de género, ya que entrega a la madre la principal responsabilidad por el cuidado de los/as hijos/as y mantiene al padre en un rol secundario.

El artículo 5 de la CEDAW (vigente en Chile desde su publicación en el Diario Oficial, el día 09 de diciembre de 1989), dispone que: "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:*

a) *Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;*

b) *Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".*

El permiso planteado **no sólo mantiene** la desigual distribución de las responsabilidades frente al cuidado de los/as hijos/as, **sino que refuerza la idea de que ésta corresponde principalmente a las madres**, contraviniéndose la obligación recién mencionada, en virtud de la cual el Estado de Chile debe modificar los patrones socioculturales de conducta de hombre y mujeres, a fin de eliminar los prejuicios y prácticas basados en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Por otra parte, es menester señalar que la desigual distribución de las responsabilidades frente al cuidado de los/as hijos/as, **impacta negativamente en las oportunidades de las mujeres para ingresar, permanecer y desarrollarse en el mercado de trabajo**, lo que constituye una discriminación en contra de las mujeres.

El artículo 1 de la CEDAW, dispone que: "*A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera":*

De modo que la norma del **artículo 197 bis del proyecto de ley** -que establece una desigual distribución de responsabilidades- implica una discriminación contra la mujer de acuerdo a lo dispuesto en el artículo recién citado, ya que **tiene como resultado el menoscabar o anular para las mujeres el goce y ejercicio de sus derechos**.

Como su SS. Excmá. bien sabe, de acuerdo **al inciso 2° del artículo 5° de nuestra Constitución**, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que constituyen el límite al ejercicio de la soberanía, no sólo son aquellos reconocidos por nuestra Constitución, sino también aquellos consagrados en los tratados internacionales ratificados por

Chile y que se encuentren vigentes. En este caso, las disposiciones de diversos tratados

internacionales a que Chile se encuentra obligado, son *vinculantes y refuerzan* lo establecido por los artículos de la Carta Fundamental, explicitando su contenido.

2.- La eliminación del tope de 30 UF establecido en el inciso primero del artículo 97 bis propuesto por el Ejecutivo en su proyecto de ley.

La división en la votación del artículo 97 bis, tuvo como principal resultado la eliminación del tope del subsidio que se proponía. **Si el Senado no hubiese promovido la votación divida** del referido inciso, y se hubiere admitido la norma tal cual se propuso, **se estaría tramitando la aprobación de una norma aún más discriminatoria.**

La disposición propuesta en el proyecto de ley pretendía limitar la protección laboral únicamente a quienes reciben ingresos inferiores a 30 UF, realizando una **discriminación arbitraria** entre las mujeres que se encuentran en dicha situación y las mujeres cuyos ingresos son superiores a 30 UF. En ese sentido, SS. Excm., el tope de 30 UF discrimina en la protección de los derechos con base a los ingresos de las trabajadoras. Dicha discriminación, que no es objetiva ni razonable, constituye una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el **artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.**

Este tope de 30 UF se impone en base a criterios de focalización, pese a que el límite general de la seguridad social es de 66 UF. Una cosa es proponer políticas sociales en que el gasto público busca igualar oportunidades de grupos vulnerables o corregir desigualdades y otra muy distinta es la regulación de derechos laborales, pues **los derechos humanos no se focalizan dado que al Estado compete garantizarlos a todas las personas.**

La propuesta del Ejecutivo que busca imponer un tope de 30 UF al ejercicio del nuevo permiso postnatal parental constituye una discriminación inaceptable que implica el **desconocimiento del carácter universal de los derechos humanos**, como el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social.

El permiso postnatal parental para madres y padres no debe tener otro tope que el aplicable en general (límite máximo imponible de 66 UF), pues de lo contrario se discrimina a las mujeres en la protección a sus derechos laborales, se desincentiva la corresponsabilidad y no se avanza en el mejoramiento del cuidado de hijos e hijas.

El proyecto presidencial, en ese aspecto, en lugar de avanzar efectivamente hacia la universalidad de los derechos ampliando su cobertura, confunde su naturaleza y pretende darle tratamiento de políticas sociales. Las políticas o beneficios de protección a la pobreza, evidentemente, no sólo admiten sino que requieren de focalización para el cumplimiento de su objetivo de corregir desigualdades. De ahí que en su inmensa mayoría no sean universales sino dirigidas a determinados grupos sociales. Pero el permiso pre y postnatal y las licencias médicas no constituyen políticas de corrección de desigualdad de los ingresos, por lo que no es admisible introducir restricciones en este sentido como el tope de 30 UF. Por lo demás, ello configuraría una **grave discriminación en el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos laborales, quedando excluidas trabajadoras con cierto nivel de ingresos.**

Además -como han señalado diversos actores políticos y sociales-, el tope de 30 UF atenta contra los propios objetivos que el proyecto declara, pues no amplía sino que restringe la cobertura de los derechos laborales, **no atiende la necesidad de mejorar el cuidado de todos/as los niños/as** y, especialmente, **desincentiva la corresponsabilidad atendida la desigualdad salarial imperante en el país.**

Modo en que tope de 30 UF perjudica a las Funcionarias Públicas:

Como ya se ha dicho, el proyecto de ley fija un tope máximo de 30 UF para el subsidio entre el tercer y sexto mes de postnatal. Para tener una idea de cómo afecta en la práctica esta norma a las mujeres, se ha decidido observar los efectos que la aplicación del tope tendría en dos instituciones gubernamentales.

- 1) En el **Servicio de Impuestos Internos**, el nivel de cobertura, con el tope de 30 UF, cubriría hasta el grado 18 técnico y administrativo, dejando fuera de su cobertura a los grados

ante 4,4t...

superiores de esos escalafones y a los *escalafones profesional*, Fiscalizador y directivo en todos sus grados. Así, proyectando los datos reales de los últimos tres años, **la implementación del proyecto de ley excluiría 257 de las 292 funcionarias que fueron madres, es decir al 88% de las mismas**. En el caso de los trabajadores de Código del Trabajo y jornales también se ocasiona una pérdida de salarios significativa.

2) Si se observa el escalafón único de sueldos de la **Presidencia de la República** se puede establecer que desde el grado 13 del escalafón administrativo hacia arriba las funcionarias públicas verían reducidos sus ingresos al superar la remuneración de 30 UF de remuneración. El cuadro que se incluye a continuación, permite apreciar el amplio espectro de mujeres que se verían perjudicadas en virtud de la norma:

Escala de Remuneraciones de la Presidencia de la República año 2011

	Grado EUS	Total Remuneración Bruta Mensualizada	En UF al 09 de mayo (\$21.763,52)
Autoridad de Gobierno	A	7.697.453	353.69
Directivo	2	3.039.682	139.67
Directivo con asignación profesional	4	2.701.822	124.14
Profesional	4	2.423.785	111.37
Profesional	6	2.077.585	95.46
Profesional	7	1.912.219	87.86
Directivo	4	1.793.619	82.41
Profesional	8	1.740.671	79.98
Profesional	9	1.622.060	74.53
Directivo con asignación Profesional	9	1.614.100	74.17
Directivo con asignación Profesional	10	1.500.900	68.96
Profesional	10	1.498.965	68.88
Directivo	6	1.457.381	66.96
Profesional	11	1.402.750	64.45
Directivo	7	1.358.886	62.44
Profesional	12	1.288.796	59.22
Directivo	8	1.260.591	57.92
Profesional	13	1.176.575	54.06
Directivo	9	1.152.088	52.94
Profesional	14	1.079.521	49.60
Directivo	10	1.057.798	48.60
Directivo	11	972.612	44.69
Profesional	16	909.167	41.77
Directivo	12	891.836	40.98
Directivo	13	836.763	38.45
Profesional	17	833.566	38.30
Administrativo	10	776.348	35.67
Administrativo	11	734.715	33.76
Administrativo	12	699.869	32.16
Administrativo	13	664.261	30.52
<u>Administrativo</u>	14	629.463	28.92
Administrativo	15	597.092	27.44
Administrativo	16	559.413	25.70
Administrativo	17	533.066	24.49
Administrativo	18	509.709	23.42
Administrativo	19	488.656	22.45
Administrativo	19	488.656	22.45
Auxiliar	19	488.656	22.45

Auxiliar	20	459.256	21.10
----------	----	---------	-------

El cálculo de la Remuneración Bruta Mensualidad en UF (cuarta columna) se realizó tomando como referencia la UF del día 09 de mayo del presente año, correspondiente a \$21.763,52 pesos chilenos. De acuerdo a esa cifra el ingreso de 30 UF corresponde a una remuneración bruta de \$652.905 pesos.

POR TANTO,

A SS. EXCMA. ROGAMOS: Admitir el presente escrito en calidad de "Amicus Curiae", y considerar los argumentos jurídicos expuestos al momento de dictarse sentencia en la presente causa.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase SS. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Copia simple de los Estatutos de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales "ANEF".
- 2.- Copia simple del Certificado N° 1311/2011/1215, emitido por el jefe de la División de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo.
- 3.- Copia simple del Reglamento del Directorio Nacional y Comité Ejecutivo de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales "ANEF".
- 4.- Copia simple de los Estatutos de la Federación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud y Organismos dependientes de la Subsecretaría de Salud Pública y Redes Asistenciales del Ministerio de Salud "FENPRUSS".
- 5.- Copia simple del Certificado N° 1301/2011/5816, emitido por el jefe de la División de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo.
- 6.-Copia simple de los Estatutos de la Confederación Nacional de Funcionarios de Salud "CONFUSAM".
- 7.- Copia simple del Certificado N° 1301/2010/2138, emitido por la jefa de la División de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase SS. Excma. tener presente que designamos abogada patrocinante y conferimos poder a la abogada de **Corporación Humanas**, doña **Catalina Lagos Tschorne**, quien se encuentra habilitada para el ejercicio de la profesión, y que está domiciliada para estos efectos en calle Suecia 164-A, comuna de Providencia.