

INFORME DE LA COMISION MIXTA
constituida para proponer la forma y modo de resolver la discrepancia surgida entre ambas Corporaciones, en cuanto a la admisibilidad del proyecto de ley que extiende el permiso postnatal parental y el fuero maternal cuando su vigencia o ejercicio coincida con la declaración de un estado de excepción constitucional, por calamidad pública.

BOLETINES N° 13.364-13, 13.376-13 y 13.384-13, refundidos)

HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS:

HONORABLE SENADO:

La Comisión Mixta, constituida en conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 15 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, tiene el honor de emitir su informe sobre la discrepancia surgida entre la Cámara de Diputados y el Senado, acerca de la admisibilidad del proyecto de ley señalado en el epígrafe.

El origen de esta Comisión Mixta se encuentra en el hecho de que el Senado, en sesión celebrada el día 17 de junio del presente año, declaró inadmisibile la referida iniciativa, según lo permite el inciso segundo del artículo 15 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

En virtud de lo anterior, el Senado procedió a designar a los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Honorables Senadores señores Andrés Allamand Zavala, Pedro Araya, Alfonso De Urresti Longton, Francisco Huenchumilla Jaramillo y Víctor Pérez Varela, para que concurrieran a la formación de la aludida Comisión Mixta

La Cámara de Diputados, por su parte, en sesión celebrada en la misma fecha, tomó conocimiento de la resolución adoptada por el Senado y procedió a designar como miembros de esta Comisión Mixta a los Honorables Diputados señoras Paulina Núñez Urrutia, Joanna Pérez Olea y Gael Yeomans Araya y señores Patricio Melero Abaroa y Gastón Saavedra Chandía.

Previa citación de la señora Presidenta del Senado, la Comisión Mixta se constituyó el día 26 de junio de 2020. En dicha sesión se eligió, por unanimidad de los presentes, como Presidente de la Comisión, al Honorable Senador señor Alfonso De Urresti Longton.

Dejamos constancia que en las sesiones que celebró la Comisión, la Honorable Diputada señora Paulina Núñez fue reemplazada por el Honorable Diputado señor Francisco Eguiguren, y el Honorable Senador

señor Francisco Huenchumilla fue reemplazado por la Honorable Senadora señora Ximena Rincón.

Finalmente, hacemos presente que a una o más sesiones en que se trató este proyecto, participaron los Honorables Senadores señoras Isabel Allende y Yasna Provoste y señores Carlos Bianchi, Álvaro Elizalde, Juan Pablo Letelier y Alejandro Navarro. Asimismo, los Honorables Diputados señoras Paulina Núñez, Maite Orsini, Marcela Sabat y Ximena Ossandón, y señores Marcelo Díaz y Gonzalo Fuenzalida.

Participaron en la discusión de la iniciativa, la Ministra del Trabajo y Previsión Social, señora María José Zaldívar; el Ministro de Desarrollo Social y Familia, señor Cristián Monckeberg y la Subsecretaria de la Niñez de esa Secretaría de Estado, señora Carol Bown; la Defensora de la Niñez, señora Patricia Muñoz; los abogados, señoras Claudia Iriarte, Karina Nohales, Constanza Hube y señores Francisco Zúñiga, Sebastián Soto, y Tomás Jordán.

De igual manera, concurrieron, la asesora del Honorable Senador, señor Alfonso De Urresti, señora Melissa Mallega; los asesores de la Honorable Senadora señora Ximena Rincón, señora Paulina Gómez y señores Luis Linderman y Gonzalo Mardones; los asesores de la Honorable Diputada, señora Joanna Pérez, señoras Carolina Allende, Jocelyn Venegas y el señor Joris Carvajal.

ANTECEDENTES

1. ANTECEDENTE DE DERECHO

El inciso segundo del artículo 15 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, dispone que si en el segundo trámite constitucional la Sala de la Cámara revisora rechazare la admisibilidad aprobada por la Cámara de origen, se constituirá una comisión mixta, de igual número de diputados y senadores, la que efectuará una proposición para resolver la dificultad. Si la comisión mixta no alcanzare acuerdo o concluyese que la iniciativa es inadmisibile, ésta será archivada. Si la estimase admisible, propondrá que continúe su tramitación. Esa propuesta de la comisión mixta deberá ser aprobada, tanto en la Cámara de origen como en la revisora, por la mayoría de los miembros presentes en cada una de ellas. Si una de las Cámaras la rechazare, la iniciativa se archivará.

2. DE HECHO

La controversia generada entre ambas Corporaciones sobre la cuestión de admisibilidad que debe resolver esta Comisión Mixta, recae en el proyecto de ley que extiende el permiso postnatal parental y el fuero maternal cuando su vigencia o ejercicio coincida con la declaración de un estado de excepción constitucional, por calamidad pública. (Boletines N° 13.364-13, 13.376-13 y 13.384-13, refundidos).

La iniciativa aprobada por la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional, y declarada inadmisibles por el Senado, está estructurado en dos artículos.

El primero introduce cuatro enmiendas al Código del Trabajo.

La primera recae en el artículo 195, disposición que, en síntesis, prescribe que las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

La norma aprobada en primer trámite constitucional establece que, en caso de haberse declarado estado de excepción constitucional de catástrofe las trabajadoras tendrán derecho, durante ese período, a un descanso de maternidad de diez semanas antes del parto.”.

La segunda incide en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, disposición que, en lo fundamental, prescribe que las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195.

La norma aprobada por la Cámara de Origen agrega a esta disposición una regla nueva que señala que a las trabajadoras y trabajadores que se encuentren ejerciendo el derecho conferido en el inciso primero de este artículo (197), y cuyo plazo de duración venza durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, se les extenderá el referido derecho mientras subsista el estado de excepción, en las mismas condiciones. La misma extensión se otorgará cuando la trabajadora haya iniciado su postnatal durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe y haya culminado mientras éste subsiste.”.

La tercera incide en el artículo 199 del Código del Trabajo, disposición que prescribe, en síntesis, que cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio que establece la ley. Esta disposición señala que en el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referidos. Con todo, gozará de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o él tuviere la tuición del menor por sentencia judicial.

A esta disposición, la Cámara de Origen acordó agregar un inciso final que establece que en el caso de aquellas trabajadoras que se encuentren haciendo uso del permiso por enfermedad grave de niño menor de un año, y cuyo plazo de duración venza durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, se extenderá su permiso hasta el momento en que se levante la declaración, en las mismas condiciones.

La última enmienda recae en el artículo 201, norma que dispone que durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental

establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral, el que también se puede extender al padre en el caso y por el período que indica.

La Cámara de Diputados acordó agregar a esta disposición un inciso final que establece que en el caso de aquellas trabajadoras que hayan retornado de su postnatal a sus labores de trabajo, y por ello se encuentren con fuero maternal, y cuya duración venza durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, se extenderá este derecho hasta el momento que se levante la declaración, en las mismas condiciones.

Finalmente, el proyecto contiene un artículo 2º que estatuye que las disposiciones de esta ley también serán aplicables a los permisos y fueros que hubieren vencido en el período comprendido entre la declaración de estado de catástrofe, de fecha 18 de marzo de 2020, y la entrada en vigencia de esta ley.

- - -

CONSIDERACIÓN DE LA CUESTIÓN DE ADMISIBILIDAD EN LA COMISIÓN MIXTA

Al iniciarse el estudio de este asunto, los integrantes de la Comisión Mixta acordaron que, antes de adoptar una resolución sobre la cuestión de admisibilidad sometida a su resolución, se escucharía la opinión de abogados/as y profesores de derecho, así como de la señora Ministra del Trabajo y Previsión Social; del señor Ministro de Desarrollo Social y Familia, y de la Defensora de la Niñez, señora Patricia Muñoz.

A continuación, se presenta una síntesis de las opiniones entregadas a la Comisión Mixta.

En primer lugar, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti**, concedió el uso de la palabra a la **investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, señora Claudia Iriarte**, quien comenzó su presentación agradeciendo la invitación para asistir a esta instancia legislativa.

Seguidamente, hizo presente que existe una teoría de gran desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos, que se relaciona con la idea del bloque de constitucionalidad.

Destacó que, junto al mencionado bloque, existe un tema fundamental que se consagra en nuestra Carta Fundamental en el artículo 5º, inciso segundo, que dispone que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por

los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Hizo presente que se ha discutido el alcance de la norma antes citada, de hecho, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema han dictado diversas sentencias donde se ha debatido si la extensión de la norma debe incorporar o no la argumentación en la teoría del bloque de constitucionalidad. Agregó que en algunos votos se ha sostenido que la recepción del orden internacional de derechos humanos es más bien limitado. Advirtió que incluso el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha discutido el alcance y comprensión del artículo mencionado, para poder determinar cuál es la extensión del orden normativo en materia de derechos humanos vigente.

En relación con la aplicación de los acuerdos y tratados internacionales de derechos humanos, indicó que el profesor Francisco Zúñiga ha sostenido en un trabajo titulado: “Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, apostillas sobre Tratados y Constitución”, que los tratados internacionales son una fuente fundamental del derecho internacional convencional y los tratados, en virtud de los principios y reglas del derecho internacional general y convencional. Los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fides* recogidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, obliga a lo estipulado en sus cláusulas o normas y al cumplimiento de buena fe de sus cláusulas por parte de los Estados.

Agregó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”.

Dicho lo anterior, señaló que hará referencia a ciertos elementos centrales en el derecho internacional de los derechos humanos que permiten fundamentar la iniciativa en estudio.

Respecto al principio de la responsabilidad social de la reproducción humana, manifestó que, desde hace varios años, el sistema internacional de derechos humanos lo ha venido recogiendo, a través de la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer; en la Declaración y el Programa de acción de Viena de junio de 1993; en la Plataforma de acción de Beijing y en la Conferencia internacional sobre población y desarrollo, en el Informe del Cairo de 1994.

Añadió que el mencionado principio va configurando un ordenamiento jurídico en el derecho internacional de los derechos humanos, fundamentalmente, a través de la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, que dispone que debe ser la sociedad y el Estado quienes asuman el principio de la responsabilidad de la reproducción humana. Agregó que ello no incluye solamente la capacidad procreativa de las mujeres, sino que también implica asegurar que el ser humano que nace pueda crecer, desarrollarse e integrarse a la sociedad como un miembro más.

Sostuvo que, vinculado a ello, se ha ido desarrollando el planteamiento de la corresponsabilidad paterna y materna, el concepto de los trabajadores con responsabilidad maternal y específicamente de protección a la capacidad procreativa de las mujeres.

Junto con ello, en el sistema internacional se han ido recogiendo los derechos sexuales y reproductivos que nuestra legislación comienza paulatinamente a considerar. Agregó que, respecto a los mencionados derechos, deben establecerse todas las condiciones de salud, físicas y psicológicas para poder asegurar la reproducción humana, expresado en la capacidad procreativa de las mujeres.

Seguidamente, anunció que haría referencia a los derechos fundamentales afectados por la situación de emergencia relacionada con la pandemia. Ellos son: el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, al desarrollo sano y feliz de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a la no discriminación. En relación con este último derecho, expresó que la iniciativa en discusión permite abordar una realidad específica respecto de todas las madres y padres que trabajan y que hoy día están bajo los permisos de parentalidad, que dadas las condiciones actuales se verían obligados a volver a trabajar o a suspender su relación laboral porque no tienen a quien entregar el cuidado de sus hijos.

Sostuvo que los instrumentos generales en materia de derechos humanos que hacen referencia a los derechos mencionados precedentemente, son: La Declaración Universal de derechos humanos; el Pacto de derechos civiles y políticos del año 1966; el Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre derechos del niño; y los Convenios 103 y 183 de la OIT.

Luego, recordó que el Programa de Acción de Viena de junio de 1993 establece que los derechos humanos de las mujeres y las niñas forman parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales. Preciso que la OIT establece que el sentido de la protección al período de descanso maternal prenatal y postnatal no solo resguarda la salud de la madre y el hijo, sino que también la vida de ambos.

Constató que el mencionado derecho a la salud se verá afectado cuando los padres y madres que terminen el permiso postnatal, dentro de la emergencia sanitaria, se vean obligados a retornar a sus trabajos.

Posteriormente, hizo referencia al Convenio 156 de la OIT, que en su artículo 3° dispone: "Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto

de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.”.

A continuación, mencionó que su artículo 7° señala que “Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades.”

Por último, recordó que su artículo 8° dispone que “La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.”.

En consonancia con lo expuesto, sostuvo que el obligar al padre o madre a volver a trabajar, porque no se le extendió el período de postnatal debido a la emergencia, significa compelerlo a una eventual renuncia al mismo.

Finalmente hizo referencia a la regla general número 37 que ha dictado el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que viene a complementar los artículos de la CEDAW, y se refiere a las dimensiones del género y a la reducción del riesgo de desastres en el contexto de cambio climático. A la luz de los importantes desafíos y oportunidades que presenta el riesgo de desastre para el ejercicio de los derechos humanos en las mujeres el mencionado Comité ha proporcionado orientación específica a los Estados Parte en los ámbitos de reducción del riesgo de desastre en el marco de la CEDAW. Agregó que, en ese instrumento, el Comité ha subrayado que los Estados Parte y otros interesados tienen la obligación de tomar medidas concretas para hacer frente a la discriminación contra las mujeres, en materia de reducción de riesgos de desastre mediante leyes, políticas y estrategias de mitigación y adaptación, la asignación de presupuesto y adopción de otras medidas específicas.

Posteriormente, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti** ofreció la palabra **al profesor del Departamento del Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Santiago, señor Sebastián Soto**, quien comenzó agradeciendo la invitación de la Comisión a exponer en la presente sesión.

Luego, expresó que en su presentación se referiría esencialmente a la cuestión de admisibilidad del proyecto de ley y no a su mérito.

En primer lugar, destacó que es importante respetar las reglas y principios del proceso de elaboración de la ley. En este sentido, recordó que Felix Frankfurter, juez de la Corte Suprema de los

Estados Unidos de Norteamérica nos enseñó que “la historia de la libertad ha sido en gran parte la historia del respeto a las garantías procedimentales”.

Manifestó que el proceso legislativo es un proceso cargado de formalidades que permiten es una deliberación adecuada, un intercambio de posiciones en un plano común, entre los parlamentarios y parlamentarias. Añadió que, en un escenario, como el Congreso Nacional, donde surgen muchas discrepancias, lo único que une a los parlamentarios es el entendimiento que solo siguiendo las reglas preestablecidas se alcanzan los acuerdos y se zanja los desacuerdos.

Asimismo, destacó la importancia de una cultura del cumplimiento de las reglas del juego. Constató que la historia del Congreso en Chile muestra etapas de mayor fidelidad a las reglas y otras de mayor distancia. Por ejemplo, sostuvo que durante las primeras décadas de vigencia de la Constitución de 1925, las Comisiones de Constitución de ambas Cámaras ejercieron una importante labor en el control del procedimiento que seguía cada Corporación.

Añadió que, cuando aquello se debilitó en los sesenta, surgió la necesidad de crear un órgano de control externo, y por eso el año 1970 nace el Tribunal Constitucional, como un ente árbitro y disciplinador del proceso legislativo.

Consideró relevante generar una cultura de cumplimiento de las reglas. Recalcó que cuando ella se pierde no se recupera simplemente porque cambia una norma, sino que ésta es el resultado de un lento aprendizaje.

En relación con el proyecto de ley en estudio, consignó que éste genera muchas dudas en cuanto a su técnica legislativa.

Estimó que no es claro quiénes son los beneficiarios de este proyecto. Se preguntó si las disposiciones propuestas sobre el derecho a prenatal, postnatal y postnatal parental se aplicarán a todo el territorio, a determinadas regiones o comunas en que se declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe. Luego, si es en la comuna, sólo beneficiará a quienes residen o trabajan en ella.

Añadió que tampoco existe certeza sobre por qué elegir un solo el estado de excepción. Mencionó que existen otros tres estados de excepción (asamblea – guerra exterior; sitio – guerra interna; emergencia – grave alteración del orden público).

Asimismo, manifestó su duda en cuanto a si la ampliación del prenatal de 6 a 10 semanas ocurre, a todo evento; o si el estado de catástrofe dura más de cuatro semanas (que es el tiempo de la extensión). Es decir, se preguntó si basta para activar la regla que se declare el estado de excepción por un día.

Seguidamente, y entrando al estudio de la admisibilidad de la iniciativa, manifestó que hay buenas razones para

argumentar la inadmisibilidad de la misma, en línea con lo que ha determinado el Senado.

La primera razón, viene dada por el simple contraste entre las disposiciones constitucionales y el proyecto de ley. Al respecto, indicó que existen tres normas en juego en esta materia: El artículo 65 N° 6, el artículo 65 N° 4 y las disposiciones sobre Administración Financiera del Estado.

Destacó que el primero de estos preceptos (Art. 65 N° 6 de la Constitución) estatuye que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República: “las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

A continuación, se refirió al artículo 65 N° 4 de Carta Fundamental. Explicó que esta disposición amplía el campo de iniciativa que ya contemplaba la Reforma de 1970.

En consonancia con lo expuesto, explicó que la iniciativa exclusiva en este caso tiene dos niveles:

-El primero, constituido por las normas de seguridad social;

-El segundo por las normas que inciden en la seguridad social. Es decir, no solo es de iniciativa exclusiva cuando tienen relación directa con la seguridad social, sino que también cuando se trata de normas que repercuten o causan efecto en ella.

Dado lo anterior, sostuvo que hay buenas razones para concluir que las normas de protección de la maternidad, son disposiciones de seguridad social.

Hizo presente que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha dicho expresamente cuando ha resuelto materias relativas al post natal contenidas en un proyecto de ley o cuando se ha pronunciado sobre la inaplicabilidad de disposiciones contenidas en el decreto ley N° 3.5000.

Agregó que la Corte Suprema también ha determinado que la protección de la maternidad se vincula con la seguridad social. Agregó que en la misma línea de razonamiento se encuentra la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República; la Superintendencia de Seguridad Social; la Doctrina jurídica sobre Seguridad Social, el derecho internacional y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En consecuencia, manifestó que resulta relativamente claro que las normas sobre protección de la maternidad se inscriben dentro de las normas de seguridad social y, en consecuencia, estamos en presencia de una materia que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

En relación con la norma del artículo 65, N° 4 de la Carta Fundamental, ésta señala que corresponderá a la Máxima Autoridad, la iniciativa exclusiva para:

“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, con excepción de las remuneraciones de los cargos indicados en el inciso primero del artículo 38 bis, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes;”.

Expresó que la pregunta que surge es si la extensión del pre y postnatal, de la licencia por enfermedad de hijo menor de un año es un beneficio al personal en servicio o es un beneficio económico.

Reseñó que la norma citada viene de la Reforma Constitucional de 1970, que se aprobó bajo el Gobierno del ex Presidente Frei Montalva. Constató que en la discusión quedó muy claro que se entregaba al Ejecutivo el proponer disposiciones relativas a los beneficios que se pueden conceder al personal activo y los beneficios económicos que ejercen labores en el sector privado por la vía legislativa. En consecuencia, de su historia se puede apreciar que se establece una limitación a la iniciativa parlamentaria.

La tercera norma constitucional en debate es la contenida en el artículo 65, inciso tercero, que dispone que corresponde al Presidente, la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado. Esta expresión incluye los procesos presupuestarios, el cálculo de ingresos y gastos, el destino de los recursos.

Estimó difícil argumentar que un proyecto cuya aplicación implica extraer 80 millones de dólares de un fondo público, que se financia con dineros que asigna la Ley de Presupuestos, no es un asunto que se relaciona con la administración financiera del Estado.

Seguidamente, indicó que todas estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Explicó que, si se analizan los casos, se está dentro de un ámbito similar de lo que regula el proyecto de ley en estudio.

Ellos son:

1.- Proyecto de ley relativo al traslado de la sede del Congreso Nacional.

2.- Proyecto de ley relativo a extensión del beneficio del Post natal

3.- Glosa encuesta seguridad ciudadana, y

4.- Rol N° 5735. Glosa Ley de Presupuestos. Autorizan a ciertas universidades a reinvertir un porcentaje de los excedentes que acumulen en el fondo solidario de crédito universitario de cada institución, siempre que dicha reinversión se destine a infraestructura, títulos de valor y becas internas o créditos especiales.

Destacó que del análisis de los casos mencionados, en ninguno de ellos se busca extraer recursos de un fondo público, sino que alterar la distribución de recursos y de gastos públicos. Agregó que todas las hipótesis mencionadas han sido declaradas de iniciativa exclusiva del Presidente de la República por el Tribunal Constitucional.

Estimó que de una simple operación de subsunción de una norma en otra, se puede observar que el proyecto de ley en análisis abarca materias propias de la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado.

Seguidamente, aclaró que en una discusión leal y de buena fe, uno debe hacerse cargo de los argumentos que se han planteado en el debate, respecto a la admisibilidad de la iniciativa.

Señaló que la Secretaría de la Comisión de Trabajo determinó que estamos ante una norma de quórum especial, por aplicación del artículo 19 N° 18, disposición que señala que: "las leyes que regulen el ejercicio de este derecho (seguridad social) serán de quórum calificado". Agregó que la Sala de la Cámara de Diputados resolvió, sin mayor debate, que se trataba de una normativa de quórum simple. Esta conducta, explicó, contradice claramente la práctica legislativa habitual del Congreso Nacional, que ha calificado a los proyectos que protegen la maternidad y entregan prestaciones básicas uniformes, como normas de quórum calificado.

Destacó que sí hubo más controversia respecto al financiamiento, donde la Mesa de la Cámara de Origen declaró admisible el proyecto, sin embargo, éste disponía: "En caso de que el plazo de post natal parental concluya en momentos en que se mantiene vigente el estado excepción constitucional de catástrofe declarado con fecha 18 de marzo de 2020, se podrá extender hasta el cese de la vigencia del estado de excepción sin derecho al subsidio establecido en el artículo 198 de este Código."

Por otra parte, connotó que la Comisión de Hacienda emitió un informe donde se concluía que la iniciativa en estudio sí irroga gasto fiscal.

Luego, hizo presente que en la Comisión de Trabajo, su Presidenta la Honorable Diputada señora Yeomans, declaró inadmisibles dos indicaciones de la diputada Paulina Núñez, amparada en la

siguiente consideración, contenida en el informe respectivo: “Fue declarada inadmisibles porque su financiamiento se aparta de las ideas matrices del proyecto, puesto que, en el texto aprobado, ella se financian con el Fondo Único de Prestaciones Familiares, de carácter permanente, en la indicación se hace por vía de la ley N° 21.227, que tiene un carácter transitorio.”

Respecto al financiamiento del proyecto y los gastos que éste genera, expresó que se ha señalado que ellos tendrían un efecto colateral y no directo en el gasto público. Para sostener esta afirmación, indicó que, algunos defensores de la admisibilidad de esta iniciativa, citan la Sentencia Rol 786/2007 del Tribunal Constitucional (786/2007), la que, a su juicio, no sería aplicable en este caso.

La mencionada sentencia se refiere a una indicación del ex senador, señor Larraín, formulada al proyecto de responsabilidad penal adolescente que exigía que si la pena superaba los cinco años de privación de libertad, el juez debía necesariamente aplicar la pena de internación en régimen cerrado, sin contar con la facultad de aplicar una sanción en un centro semicerrado.

Recurrieron al Tribunal Constitucional, entre otros, el Diputado Marcelo Díaz, y los ex Diputados, actuales Senadores, señores De Urresti, y Araya y la señora Adriana Muñoz.

Aseveró que el criterio que estableció en el mencionado fallo para rechazar el requerimiento y sostener que la indicación era admisible es que “su objeto central” no era una materia de iniciativa exclusiva y que los eventuales gastos por aumento de la población carcelaria era solo un “efecto colateral” de la iniciativa.

Entonces, hizo presente que la pregunta que hay que responder en este caso es si el objeto central del proyecto es una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. A su juicio, la respuesta a esta cuestión es clara, porque que estamos ante una materia de seguridad social.

La segunda pregunta que nos debemos hacer es si el gasto que produce la iniciativa es un “efecto colateral” de la moción. Señaló que la respuesta es negativa, ya que tiene un efecto financiero directo, pues a determinadas personas se les pagará un subsidio con fondos fiscales.

En consonancia con lo expuesto, aseveró que la sentencia invocada no la podemos invocar para respaldar la iniciativa parlamentaria en este asunto.

Un último argumento para estimar que estamos ante una iniciativa inadmisibles, lo constituye el artículo 67 de nuestra Carta Fundamental, que señala en su inciso cuarto: “No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación, sin que se indiquen al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto.”

Es decir, puntualizó, el Parlamento no puede aprobar gastos sin indicar cuáles son las fuentes de los recursos para atender dicho gasto.

Esta exigencia constitucional, es obra de Edwin Kemmerer, quien le sugirió al ex Presidente Alessandri incorporar esa norma en la Constitución de 1925. Agregó que algunos podrían pensar que este artículo solo aplica a la Ley de Presupuestos, sin embargo, no es así, y la jurisprudencia y la doctrina plantean que abarca a todo proyecto de ley que considera el Congreso Nacional.

Dado lo anterior, afirmó que todo proyecto de ley debe indicar la fuente de los recursos necesarios para atender los gastos que irroga. Agregó que esta iniciativa no lo hace, y sólo hay declaraciones que dicen que se financia con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares. Consignó que lo anterior no es suficiente, porque se ha reconocido que los recursos de ese fondo podrían no alcanzar para financiar las prestaciones sociales que debe cubrir.

Finalmente, señaló que el proyecto de ley en estudio, por las razones indicadas, es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, pero además no está atendiendo a lo que dispone la Carta Fundamental, en cuanto a que el Congreso estaría aprobando un nuevo gasto sin indicar la fuente de los recursos. En consecuencia, tal cual está concebido, adolece de un claro problema de admisibilidad, tal como ya lo declaró el Senado.

Seguidamente, hizo uso de la palabra **la abogada señora Karina Nohales** quien comenzó señalando que lo que se debate en la Comisión es la admisibilidad del proyecto de ley que extiende el permiso postnatal parental y el fuero maternal cuando su vigencia o ejercicio coincida con la declaración de un estado de excepción constitucional, por calamidad pública, conocido como "Postnatal de Emergencia". Agregó que se ha tratado de objetar la constitucionalidad de este proyecto por contener, primero, materias de seguridad social y junto con eso, por irrogar gasto para el Estado. Se ha sostenido que ambos motivos hacen que el proyecto de ley sea de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, afirmaciones ambas que en su opinión son cuestionables.

Manifestó que, la primera norma en discusión es la del inciso tercero del Artículo 65 de la Constitución Política de la República, que establece que corresponde al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos.

Sostuvo que le interesa despejar algunas afirmaciones vertidas por distintos actores que han participado en las distintas etapas de la tramitación de este proyecto.

Particularmente, se ha dicho que el proyecto irroga gasto fiscal (Diputado Señor Melero, 9 de abril: Comisión de Trabajo y Seguridad Social informa a la sala de la Cámara de Diputados), se ha afirmado también que el proyecto quiere aumentar un gasto público al margen de la iniciativa del Presidente (señor Pedro Pizarro, Subsecretario de Previsión Social 9 de abril: Comisión de Trabajo y Seguridad Social informa a la sala de la Cámara de Diputados), y, finalmente, que se persigue establecer un nuevo derecho cuyo ejercicio genera un gasto permanente (María José Zaldívar, esto es lo que informa la Comisión de Trabajo del Senado a la Sala el 17 de junio de 2020).

Estimó relevante revisar estas afirmaciones, partiendo por lo que afirmó la Ministra del Trabajo y Previsión Social. Al respecto, afirmó que el proyecto no busca establecer un nuevo derecho ni genera un gasto público permanente, sino que busca extender transitoriamente un permiso laboral que ya existe y hasta un momento determinado, esto es, hasta el momento en que se levante la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe.

Luego, sobre la afirmación del Subsecretario de Previsión Social, según la cual este proyecto tendría por objetivo aumentar el gasto público al margen de la iniciativa del Presidente, cabe hacer presente que eso no es efectivo. Aquí es necesario dilucidar el o los objetivos de la moción y para ello hay que revisar la moción misma, cuyo sentido es claro:

En primer lugar, se trata de una iniciativa que tiene por objetivo resguardar la salud pública, los derechos de las y los trabajadores y la salud de niños y niñas, ello ante la situación de pandemia que vivimos, que ha obligado al cierre de jardines infantiles y salas cuna, y ante la imposibilidad de muchas mujeres de recurrir a otras redes de apoyo y de cuidados debido a la necesidad de mantener medidas de distanciamiento social. Eso es lo que persigue la iniciativa y para ello se propone la extensión transitoria de este permiso laboral.

Finalmente, sobre la afirmación de que este proyecto irroga gasto fiscal, hizo presente dos elementos:

1) El Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, que con fecha 15 de abril se pronunció acerca de si esta moción irroga o no gasto fiscal, resultando aprobada la postura de que sí irroga.

Atendido lo anterior, se preguntó si la circunstancia de que una moción parlamentaria pueda irrogar gasto fiscal la transforma en inadmisibles por referirse a materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Respondió que no, de acuerdo con lo dictaminado por el Tribunal Constitucional o, al menos no necesariamente, ya que el mencionado órgano ha diferenciado entre el objeto central o contenido esencial en este caso de una moción parlamentaria; y el eventual efecto colateral de esa moción con el gasto que podría generar. Lo que el Tribunal ha dicho es que

este eventual efecto colateral no afecta la constitucionalidad de una moción parlamentaria.

Agregó que lo que se enfatiza en este razonamiento es que la regla general en la iniciativa de ley, es de los órganos colegisladores (art. 65 inciso 1° CPR) y que la iniciativa exclusiva es una excepción que, en cuanto tal, sólo puede ser interpretada restrictivamente, de lo contrario se desvirtuaría del todo la función principal del Congreso Nacional y el ejercicio de la soberanía que se cumple a través de él. (Sentencia ROL N° 786 del 13 de junio de 2007)

Entonces, remarcó que esta primera cuestión tiene que ver con ponderar lo que votó la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados a la luz del criterio que ha sostenido el Tribunal Constitucional sobre la eventualidad de que una moción parlamentaria tenga por efecto colateral, y no por objeto central, la irrogación de gasto público. Y la interpretación es clara: no es posible identificar este gasto, en tanto consecuencia eventual, con la inadmisibilidad.

2) La segunda cuestión tiene que ver con si es efectivo que la moción va a tener necesariamente como consecuencia un aumento del gasto público.

Aseveró que el permiso que se busca extender se financia íntegramente con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía. No existe una propuesta y por tanto no está en discusión la necesidad de aumentar los recursos de este fondo, que es un fondo ya fijado por la Ley de Presupuesto que rige para el 2020 (actualmente en la Partida N° 50 Capítulo 01 Programa 02). Sostuvo que lo que se propone es utilizar esos fondos ya dispuestos. En otras palabras, el dinero está, lo que busca el proyecto es disponer de él para garantizar condiciones mínimas a las mujeres trabajadoras que son madres.

Hizo presente que el presupuesto de la Nación se aprueba de acuerdo con proyecciones estadísticas del funcionamiento de la economía del país. El impacto del Covid-19, que no fue una variante económica prevista, ha impactado fuertemente en la participación laboral de las mujeres, provocado un aumento del desempleo, lo que disminuye el número de mujeres que puedan verse beneficiadas por esta extensión del pre y postnatal, disminución que no estaba contemplada en el presupuesto de este año. El último Boletín estadístico trimestral del INE sobre empleo, de periodo febrero-abril da cuenta que la tasa de desocupación femenina pasó en los últimos 12 meses del 8,2% al 9,9% y que la tasa de participación laboral femenina bajó desde el 52,1% al 47,3% sólo en el trimestre móvil. En la prensa esto apareció titulado "Covid-19 borra 10 años de avance de inserción laboral femenina y amenaza con ir por más". El presupuesto de este fondo se aprobó proyectando un número mayor de beneficiarias.

Luego, indicó que el segundo precepto en debate es el del Artículo 65, número 6, que establece que corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: "6°.- Establecer o modificar las

normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.”.

Expresó que se ha puesto en cuestión la naturaleza laboral o de seguridad social del derecho cuya extensión se propone. Señaló que, según su opinión, estamos ante un derecho de naturaleza laboral.

La primera cuestión tiene que ver con la geografía del ordenamiento jurídico. La iniciativa pretende modificar los artículos 195, 197 bis, 199 y 201 del Código del Trabajo, cuerpo normativo que regula la relación laboral entre trabajadores/as y sus empleadores; las normas contenidas en los artículos impactan en la mujer en su condición de trabajadora y gestante o madre puérpera.

Sostuvo que las normas que se pretende modificar son de naturaleza laboral, de acuerdo con los siguientes antecedentes:

a) Uno de los fundamentos del proyecto de ley consiste en la imposibilidad en que se halla el empleador que ocupa a 20 o más trabajadoras, en el contexto de pandemia, de cumplir una obligación laboral establecida en el Código del Trabajo, consistente en garantizar el cuidado de niños y niñas menores de dos años mediante la creación, mantención o financiamiento de los gastos de sala cuna;

b) El descanso prenatal y el descanso postnatal constituyen en sentido estricto, y en este sentido es que lo contempla la iniciativa, una suspensión del contrato de trabajo autorizada por ley. En otras palabras, este descanso es un derecho inscrito dentro de la relación laboral, toda vez que la mujer llegado cierto desarrollo del embarazo se encuentra legalmente autorizada para cesar la prestación de servicios personales a los que se obligó en virtud del contrato de trabajo. Y, por su parte, el empleador se verá imposibilitado de invocar respecto de la trabajadora el cese de la relación laboral;

c) Respecto de la modificación del artículo 201 del Código del Trabajo, se propone extender el periodo de fuero laboral, que sin duda se trata de una norma de carácter laboral. Es una norma que limita la facultad del empleador para despedir trabajadores/as. Las normas sobre fuero laboral se inscriben en el nudo central de la relación laboral;

d) El Código del Trabajo establece distintos derechos relacionados con la protección a la maternidad, paternidad y la vida familiar regidos por el Título II del Libro II de ese cuerpo legal y benefician a las y los trabajadores que dependan de un empleador (público o privado). Entre estos derechos se distingue el derecho a la suspensión del contrato de trabajo (pre y postnatal); el fuero laboral (limitación al despido y derecho a reintegro); obligación del empleador de mantener y/o financiar salas cuna para los niños hasta dos años de edad; entre otros.

Aseguró que cada uno de estos derechos y deberes emanan de la relación laboral, su cumplimiento está sujeto a la

fiscalización de la Dirección del Trabajo y su ejercicio supeditado a la existencia de una relación de dependencia laboral respecto de cualquier empleador.

Seguidamente, expresó que las particularidades del muy limitado sistema de seguridad social que existe en Chile, provoca justamente lo que estamos viendo: muchas de las prestaciones que debieran ser propias de la seguridad social, en nuestra realidad dependen de la existencia de un contrato de trabajo y por tanto de una relación de subordinación y dependencia, que es justamente aquello que define la relación laboral. Lo propuesto por la moción se circunscribe a ese ámbito exclusivamente, tal como lo afirmó la Ministra del Trabajo, Sra. María José Zaldívar, el 12 de junio durante la sesión de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Senado, cuando señaló que “extender el postnatal favorecería únicamente a sectores que prestan servicios laborales formales.”

Manifestó que, por las razones expuestas, defiende la admisibilidad de este proyecto que pretende proteger a las mujeres trabajadoras, por cierto, sólo a algunas de ellas limitadamente.

Afirmó que la gravedad con la que impacta esta crisis no es atribuible exclusivamente al Covid, sino también a treinta años de políticas precarizadoras y en las que todos los sectores políticos han participado y han sido responsables y que se agrava hoy por las gestiones del actual Gobierno, tornando la situación en insostenible. Agregó que se trata de una crisis general, que cobra vidas. Expresó que estamos ante una pandemia que incrementa la violencia de género al interior de los hogares y donde la demanda que pesa sobre los trabajos de cuidado deteriora de manera creciente la vida de las trabajadoras.

Aseveró que estamos ante una crisis de las instituciones del Estado y del Parlamento. La negativa del Ejecutivo a patrocinar el proyecto de ley, la ausencia inexcusable de la Ministra de la Mujer y la Equidad de Género en todos los momentos de la discusión; el anuncio del Presidente de la República de convocar a una Comisión de Expertos que revise las atribuciones del Congreso, constituye un reconocimiento deliberado del carácter autoritario de la gestión de la Máxima Autoridad, que no se traduce solo en tensiones institucionales.

Sostuvo que el proyecto en análisis constituye una propuesta que responde a una necesidad urgente de una extensión transitoria de este derecho. Esta medida afecta directamente las condiciones de vida de miles de trabajadoras, y es un derecho laboral exigido por el conjunto de movimientos feministas y de las organizaciones de trabajadoras.

Finalmente expresó que lo que le gustaría estar discutiendo no es el marco de admisibilidad, sino el programa del movimiento feminista, que propone luchar por un sistema de seguridad social integral en Chile que ponga fin al sistema de las AFP, que incluya un sistema único de cuidado plurinacional, comunitario y feminista y que reconozca los trabajos no remunerados que ellas realizan. Afirmó que exigen el derecho a vivir sin miedo, sin hambre, ni precariedad y sin impunidad, para no tener que seguir preguntándonos quién disparó a Fabiola Campillay.

A continuación, **el Honorable Diputado Melero** solicitó que las exposiciones se circunscriban al tema sobre la admisibilidad de la iniciativa, materia que constituye el objeto de esta sesión.

Posteriormente, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti** concedió el uso de la palabra al **abogado constitucionalista señor Tomás Jordán**, quien agradeció la invitación de la Comisión Mixta para exponer sobre el asunto que motiva su constitución y funcionamiento.

Comenzó su presentación señalando que las normas sobre iniciativa exclusiva constituyen un límite a la potestad del Congreso Nacional, mas no una prohibición absoluta de legislar. Por lo tanto, aseveró que siempre se deben conciliar las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República con la potestad legislativa del Congreso Nacional.

En segundo lugar, expresó que se deben distinguir dos cuestiones en un proyecto de ley, para determinar si éste es de iniciativa exclusiva del Jefe de Estado o no, a saber, la materia principal de la iniciativa y si irroga gasto fiscal.

Constató que la materia principal de las tres mociones que se refundieron, está constituida por la protección de la salud de los hijos, de sus padres y el entorno familiar derivado del Covid19. Sin embargo, reconoció que utiliza un instrumento que es la extensión del postnatal.

Manifestó que si un proyecto busca, como consecuencia de la pandemia, proteger a la madre, al niño y a la familia, estamos en presencia de una iniciativa cuyo objeto principal está relacionado con la salud de los mencionados sujetos y, por lo tanto, no se trataría de un asunto propio de la seguridad social.

Recordó que la reforma en el ámbito de la salud impulsada por el ex Presidente Lagos se tramitó bajo reglas de quórum simple.

Luego, indicó que la segunda cuestión que se debe determinar, es si esta iniciativa genera gasto fiscal, y si éste es directo o colateral. Agregó que un proyecto que irroga gasto principal es aquel que tiene por finalidad generar un gasto propiamente tal, y la iniciativa en estudio no crea un subsidio, sino que recurre a un fondo determinado, que ya existe. Por lo tanto, precisó que la pregunta que se debe hacer es si ese fondo se utilizará completamente, o eventualmente se puede sobregirar, y en este último caso se generaría un gasto eventual que tendría el carácter de colateral.

Seguidamente, reiteró que el objeto del proyecto está referido a la salud y genera un gasto, pero de carácter colateral.

Luego, destacó que se ha discutido si el Congreso invade o no las atribuciones del Presidente de la República, situación que no le hace bien a la doctrina constitucional, ni al Congreso Nacional y tampoco a la

Carta Fundamental, porque el Parlamento es un intérprete de la Constitución. Por lo tanto, enfatizó, que en este caso estamos en presencia de un problema de interpretación de una norma constitucional.

Al respecto, indicó que el Tribunal Constitucional ha señalado que la iniciativa exclusiva del Presidente constituye una norma de excepción (Rol 1.867 del año 2010). Agregó que, siempre un proyecto de ley de estas características (de iniciativa exclusiva) se debe interpretar restrictivamente, es decir, se debe conciliar la facultad del Congreso Nacional con las de la Máxima Autoridad Ejecutiva. Agregó que la mencionada atribución presidencial es una restricción a la potestad legislativa, pero que no tiene un carácter de absoluta, no inhibe la intervención del Parlamento, sino que le fija ciertos contornos a su actuación. Añadió que se debe examinar cuál es ámbito de la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República y cuál corresponde ejercer a los parlamentarios mediante las mociones.

Precisó que el mencionado Tribunal ha sostenido que en cada proyecto de ley se debe analizar su objeto central y si irroga un gasto público directo o colateral.

La sentencia N° 786 del Tribunal Constitucional del año 2007, examinó este asunto, a propósito de un requerimiento formulado con ocasión del análisis de una indicación del ex Senador Larraín, que tenía por objeto la mayor o menor libertad del juez para disponer la forma de cumplimiento de las penas superiores a cinco años. Recalcó que cuando se examina un proyecto de ley, se debe analizar qué quiso decir su autor. A partir de este antecedente, explicó que la referida sentencia también determinó que cuando la medida legislativa sólo irroga un gasto colateral, los parlamentarios no están inhibidos para presentar un proyecto de ley.

Este criterio es el que se debe seguir cuando se examina esta iniciativa, dado que su objeto principal es resguardar la salud pública de nuestra población, así como también los derechos de los trabajadores.

Luego, hizo presente que la Sociedad Chilena de Pediatría manifestó que la protección de la lactancia materna disminuye la morbilidad durante la emergencia sanitaria que vive el país, razón adicional para considerar favorablemente la aprobación de esta iniciativa.

Seguidamente, hizo referencia a las ideas matrices de las tres mociones, para concluir que el objeto de ellas no es la seguridad social, aunque utiliza como instrumento un elemento de ella, a saber, el postnatal. Reiteró que el objeto principal es la protección de la salud de los menores y de sus padres como consecuencia del Covid19.

En consecuencia con lo expuesto, indicó que debemos preguntarnos si una iniciativa de salud forma parte de la seguridad social. Al respecto, mencionó que en el Congreso Nacional han existido tres etapas para resolver sobre esta materia. La primera, hasta el año 2010, con la sentencia rol N° 1710 del Tribunal Constitucional, que consideraba que la salud no es parte de la seguridad social. En una segunda, sí se consideró a la salud

como integrante de la seguridad social. Sin embargo, a partir del año 2018, varios proyectos de ley en materia de salud, que incluso inciden en el Código del Trabajo, no han sido considerados dentro de la seguridad social, por lo tanto, para su aprobación se ha exigido exclusivamente quórum simple.

Luego, hizo referencia al proyecto de ley que suprime el rango etario para ejercer el permiso laboral establecido en el artículo 66 bis del Código del Trabajo (Boletín N° 12.302). Éste contiene una estructura similar a la de la iniciativa en estudio. Esa iniciativa, recordó, está en la Comisión de Salud, incide en el Código del Trabajo e irroga un mayor gasto, pero este último es eventual.

Finalmente, destacó que la iniciativa en estudio es admisible, porque la iniciativa del Jefe de Estado debe ser interpretada restrictivamente. Además, se refiere al ámbito de la salud y eventualmente podría irrogar gasto, circunstancia que no constituye una materia determinante para declarar su inadmisibilidad.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti** le cedió la palabra **al abogado constitucionalista señor Francisco Zúñiga, quien** agradeció la invitación de la Comisión a participar en el estudio de este asunto.

Hizo presente que la Constitución es un sistema normativo del orden político. Es decir, es un subsistema de reglas de competencia del sistema político, que no constituyen fórmulas inertes, sino que disciplinan la política estatal.

Agregó que cuando uno se enfrenta a una cuestión de constitucionalidad, se está ante un problema de interpretación de las reglas de competencia de la Carta Fundamental.

Destacó que la doctrina europea aporta en la segunda postguerra, como fórmula central de hermenéutica constitucional la fórmula política que ese orden tiene, y dicha fórmula en nuestro país es la de una República Democrática con un Régimen Presidencial. Añadió que esta es una cuestión clave cuando se interpreta el derecho de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en el dominio de ley, cuando se discute acerca de la potestad de la Máxima Autoridad de conducir la administración financiera del Estado.

Recalcó que hay dos maneras de leer la Constitución y, por lo tanto, el subsistema normativo de reglas de competencia. La primera es entendiendo que estamos en presencia de un régimen presidencialista, fundado en el principio de separación de poderes, en que el Congreso Nacional reside la potestad legislativa, y el Presidente de la República solo es un colegislador, y por ende, esa interpretación dinámica tiene que estar unida a las cuarenta y siete leyes de reforma constitucional que se han dictado desde 1989 a la fecha, en particular la del año 2005, que buscó reequilibrar el excesivo presidencialismo existente.

Añadió que existe otra interpretación posible, entendiendo que la fórmula política no es un régimen presidencialista, sino uno hiperpresidencialista. Consignó que, en la última década se ha impuesto en particular en el actual Gobierno este vértigo de entender que el colegislador es el Congreso Nacional y todas las herramientas legislativas están en poder del Jefe de Estado. Y ello de la mano de un cierto uso ortopédico del Tribunal Constitucional. Agregó que la discusión ha sido motivada por declaraciones del Presidente de la República en ejercicio, sobre el alcance que tendrían los proyectos de iniciativa parlamentaria inconstitucionales, da cuenta del vértigo mencionado.

Luego, recalcó que la segunda cuestión a esclarecer es el alcance del argumento de autoridad del Tribunal Constitucional. Precisó que el mencionado Tribunal es un intérprete de la Constitución y no el intérprete supremo de ella. Cuando el Congreso Nacional es llevado a interpretar la Carta Fundamental para calificar la admisibilidad de un proyecto de ley, lo que está haciendo es un control político de constitucionalidad, perfectamente admisible en un sistema de control de supremacía de la Constitución que en nuestro país está abierto al control social, político y jurisdiccional.

Por tanto, expresó que las pautas hermenéuticas del Tribunal Constitucional son abiertas, dinámicas y las sentencias de éste no configuran criterios uniformes que puedan concluir que estamos en presencia de una inconstitucionalidad o de una constitucionalidad, de manera lisa, llana y simple.

Dicho lo anterior, manifestó que se haría cargo de los problemas que no son constitucionales en la presente discusión. En primer lugar, se ha citado el informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, en el orden que la iniciativa tiene incidencia en el orden financiero fiscal, lo que carece de relevancia en el análisis de constitucionalidad de las mociones. En segundo lugar, señaló que la omisión del informe financiero del Ministerio de Hacienda, es una cuestión de mera legalidad financiera. En tercer lugar, la determinación del tipo de norma legal que se contiene en las mociones fusionadas, es decir, si son normas de seguridad social son de quórum calificado, o no. En cuarto lugar, expresó que la definición del permiso postnatal de emergencia es una cuestión de mera legalidad, ya que no existe ningún patrón constitucional que nos lleve a concluir que estamos en presencia de un beneficio de derecho de seguridad social o de salud previsional. Por último, indicó que la utilización del decreto ley N° 1.263, Orgánico de Administración Financiera del Estado, como canon para enjuiciar la constitucionalidad de la iniciativa constituye un error, ya que ésta solo disciplina la ejecución presupuestaria.

En el entendido de que no existe un intérprete supremo de la Carta Fundamental, sino que esa labor queda abierta a distintos actores y a tipos de control de constitucionalidad diferenciados, manifestó no tener duda que el Congreso Nacional posee la potestad de control político por la vía de calificar la admisibilidad de los proyectos de ley, como consecuencia del principio de separación de poderes.

Seguidamente, y puesto frente al estudio de las mociones parlamentarias fusionadas, expresó que llegó a la conclusión de que estamos en presencia de un permiso postnatal parental de emergencia que es un beneficio de naturaleza laboral y no previsional, a pesar de que se podría sostener que una de las contingencias o riesgos protegidos por los sistemas de seguridad social es la maternidad. Sin embargo, aseveró que los bienes constitucionales que aborda el proyecto de ley no refieren a la protección de la maternidad en sí, sino al resguardo de la salud, la alimentación, el cuidado del menor. Por tanto, aseguró que estamos en presencia de una iniciativa que debe conversar muy directamente con la Convención de los Derechos del Niño y el Interés Superior del Niño, desde el punto de vista de sus objetivos a perseguir.

Sostuvo que, en cuanto a la financiación del beneficio, estamos ante una cuestión que debe decidir el legislador. Agregó que se ha manifestado que este beneficio se debiese financiar con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía, que es un mecanismo de naturaleza previsional, que cubre derechos de dicha naturaleza. Sin embargo, el Parlamento podría definir que este beneficio laboral se financiará con cargo al Fondo para subsidios por incapacidad laboral, los que se financian con el 7% de cotización obligatoria de salud que es administrada por Fonasa e Isapres.

Seguidamente, destacó que si la iniciativa en estudio no establece un derecho de naturaleza previsional, no tiene por finalidad proteger la maternidad de manera directa, sino indirecta, y viene a proteger directamente al menor y la alimentación y salud de éste, difícilmente podremos sostener que el proyecto de ley está comprendido en los márgenes del derecho de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Agregó que es relevante la fórmula política desde la cual el Congreso Nacional resuelva el problema interpretativo. Si esta fórmula constituye un régimen presidencialista de equilibrio de poderes, la única interpretación posible es que el derecho de iniciativa exclusiva del Presidente de la República corresponde al de un Jefe de Estado que es colegislador del Congreso Nacional, y si tiene ese rol, constituye una regla de excepción. De lo contrario, dice la sentencia del Tribunal Constitucional (rol N° 786), se podría llegar a desvirtuar del todo la función principal del Congreso Nacional y el ejercicio de la soberanía que se cumple a través de él. Agregó que el mismo Tribunal en fallos posteriores ha reiterado esta idea de que una interpretación extensiva del derecho de iniciativa exclusiva viene a minar la separación de poderes y la centralidad y funcionalidad del Congreso Nacional como depositario de la potestad legislativa.

Seguidamente, hizo presente que si la iniciativa exclusiva es una norma de excepción debe ser caracterizada como una potestad tasada, de derecho estricto e interpretación restrictiva. Por lo tanto, lo que no esté dentro de dicha potestad debe entenderse que cabe dentro del derecho de iniciativa general o común, en la que los Parlamentarios por la vía de las mociones e indicaciones pueden arbitrar la producción de leyes.

Reiteró que no estamos, en este proyecto, en presencia de normas de seguridad social ni de salud previsional y no es la maternidad la protegida a raíz de la contingencia. Añadió que los beneficios de naturaleza laboral se extienden al personal que se desempeña en el ámbito laboral tanto del sector público como privado. Por ende, recalcó que la iniciativa de ley no tiene incidencia financiero-pública, y carece de naturaleza presupuestaria.

Luego, indicó que, no obstante lo señalado, el proyecto de ley puede ser objeto de mejoras. Agregó que se debiera definir el permiso postnatal de emergencia, como un beneficio laboral, temporal, extraordinario que protege la niñez, la vida, la salud, alimentación del lactante. Asimismo, la iniciativa debiera determinar territorialmente el campo de aplicación del permiso. También es necesario explicitar la fuente de financiamiento del beneficio laboral.

En consecuencia, reiteró que el propósito principal de estas normas es proteger la niñez, la lactancia y alimentación del menor, frente a un hecho evidente, que es el cierre de las salas cunas y jardines infantiles, debido a la emergencia que estamos viviendo.

Declaró que existe un riesgo permanente en la discusión sobre las admisibilidades, de terminar racionalizando la potestad legislativa del Congreso Nacional. Agregó que el concebir al Parlamento como un mero buzón y a los Legisladores como caja de resonancia del legislador gubernamental constituye una perversión del régimen presidencialista, cuestión que se debiera tener a la vista al momento de preparar una nueva Carta Fundamental.

Finalmente, destacó la armonía que este conjunto de mociones tiene con la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que tiene como principio esencial el interés superior del niño.

Seguidamente, hizo uso de la palabra **la abogada constitucionalista señora Constanza Hube**, quien comenzó señalando que se le ha solicitado que entregue una opinión constitucional sobre la admisibilidad de la iniciativa en estudio, a la luz de lo que dispone la Carta Fundamental, sin entrar en razones de mérito o conveniencia de las propuestas.

Teniendo eso en cuenta, manifestó que estructuraría su exposición de la siguiente manera:

- 1.- Cuestiones generales
- 2.- Cuestiones específicas de cada propuesta
- 3.- Reflexiones finales

En primer lugar y respecto a las cuestiones generales, expresó que las mociones parlamentarias refundidas persiguen cuatro objetivos:

- (i) Aumentar el pre natal de 6 a 10 semanas;
- (ii) Extender el permiso de post natal parental;
- (iii) Prolongar el permiso por enfermedad grave de niño menor de un año y;
- (iv) Ampliar el fuero maternal cuando su vigencia o ejercicio coincida con la declaración de un estado de excepción constitucional, hasta el levantamiento del mismo.

Seguidamente, indicó que se ha sostenido que dichas mociones son inadmisibles ya que tratan de materias cuya iniciativa legislativa es exclusiva del Presidente de la República porque irrogan gasto fiscal, inciden en materias de seguridad social y se refieren a beneficios del personal de la Administración Pública.

En relación con la cuestión referida a la iniciativa exclusiva del Presidente en materia de administración financiera y aumento de gasto, precisó que los preceptos constitucionales relevantes para estos efectos son los siguientes:

- El artículo 65, inciso tercero, el que dispone que “Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con [...] la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos [...]”.

- Artículo 65 inciso final: “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”.

- El artículo 67, incisos segundo y tercero, que establecen:

“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, salvo los que estén establecidos por ley permanente.

La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos”.

Luego, indicó que el fundamento para justificar que determinadas materias legislativas queden radicadas en la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado, se sustenta en la necesidad de establecer un sistema coherente de gastos que permita al Presidente de la República dar cumplimiento a la política de financiamiento que considere adecuada, en

armonía con su calidad de jefe de gobierno y administrador, y por sobre todo, responsable del manejo de las finanzas públicas.

Agregó que dicha prerrogativa con la que cuenta el Presidente no tiene su origen en la Constitución vigente, sino que incluso se remonta a los primeros reglamentos constitucionales, encontrando un reforzamiento importante en las reformas constitucionales de 1943 y 1970 (reformas a la Constitución de 1925).

Al respecto, recordó que el Presidente Frei Montalva, se refirió a los motivos de las leyes de iniciativa exclusiva del Presidente, señalando que “La autoridad del Ejecutivo debe ser reafirmada en lo que concierne a la planificación del desarrollo y del control del proceso económico y, para este efecto, es necesario extender los proyectos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, a todas las materias que incidan en los gastos fiscales y en el régimen de remuneraciones y de previsión del sector privado”.

En relación con las iniciativas que examina la Comisión Mixta, señaló que todos los permisos a los que se refiere el proyecto de ley entregan derecho a subsidio, para quienes cumplan con los requisitos. De conformidad a la ley N°18.418, los subsidios que correspondan a reposos maternales de los trabajadores y permisos por enfermedad de un hijo menor de un año –con excepción de las imponentes Caja de Previsión de la Defensa Nacional y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile– son de cargo del Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía (FUPF), por ende, su financiamiento es fiscal. Este fondo financiado en su totalidad con aportes fiscales que se establecen en la Ley de Presupuestos y al decreto ley N° 1.263, de administración financiera del Estado.

Seguidamente, indicó que se ha sostenido que el aumento del gasto fiscal sería indirecto o “colateral”, señalando que los recursos del Estado ya estarían comprometidos en la Ley de Presupuestos para financiar el fondo que paga los permisos maternales y que, por lo tanto, sólo se estaría extendiendo la duración de un derecho existente.

En este contexto, expresó que es cierto que el Tribunal Constitucional ha sostenido que parlamentarios pueden presentar proyectos de ley o indicaciones que potencialmente puedan generar aumento de gasto como efecto colateral. Ello ocurrió, el año 2007, cuando un grupo de diputados de la ex Concertación presentó un requerimiento –a propósito de la ley que establece un sistema de responsabilidad adolescente– al TC solicitando que se declarara contrario a la Carta Fundamental una indicación presentada por el –entonces– senador Hernán Larraín, que buscaba eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado, al menos durante los dos primeros años de la condena.

Agregó que los requirentes sostenían que se trataba de una materia que implicaba gastos, ya que la aplicación de dicho precepto implicaría una sobrecarga sobre el sistema de régimen cerrado de privación de libertad que repercutirá en la necesidad de contar con más centros en cada región del país y con más personal en su interior.

Hizo presente que el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento, ya que consideró que el potencial aumento de gasto constituiría “un efecto colateral” que eventualmente se podría generar.

Al respecto, manifestó que no ha existido jurisprudencia consistente en esta materia y; que en este último caso, el aumento de gasto no es indirecto, sino que directo, ya que si un beneficio se entrega por más tiempo que el inicialmente contemplado, conlleva un aumento de los recursos a utilizar, encareciéndolo.

En relación a las normas sobre seguridad social o que incidan en ella (art. 65 inc. 4º nº 6), señaló tener una diferencia profunda con lo expresado con el profesor señor Zúñiga, desde la perspectiva que la seguridad social no es equivalente a la previsión. Agregó que el concepto de seguridad social y la manera como está establecida en nuestra Carta Fundamental, es mucho más amplio que la previsión, ya que el primero apunta a diferentes contingencias sociales que se puedan presentar en la vida de las personas.

Luego, consideró que las iniciativas propuestas buscan modificar el plazo de duración de las prestaciones sociales creadas para proteger la maternidad, materias que integran el ámbito de la seguridad social. En este sentido, y en conformidad al artículo 65 inciso cuarto, numeral 6º, postuló que al Presidente de la República le corresponde la iniciativa exclusiva para: “Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

En consonancia con lo expuesto, aseveró que el Tribunal Constitucional, con ocasión del llamado proyecto de ley de “postnatal de seis meses” sostuvo expresamente que este beneficio corresponde a materia de seguridad social y que cualquier cambio relativo a su financiamiento corresponde a una iniciativa exclusiva del Presidente. En este sentido, ya existe un precedente jurisprudencial claro, que refuerza la inadmisibilidad de estas mociones. Sobre este asunto, presentó el siguiente considerando:

“Que, en la especie, la norma aprobada por el Senado, en primer trámite constitucional, que crea un subsidio postnatal parental, envuelve materias referidas al aumento del gasto público y al establecimiento o modificación de normas sobre seguridad social o que incidan en ellas, involucrando, a su vez la administración financiera o presupuestaria del Estado, tal como queda de manifiesto en los informes y sesiones constitutivas del debate parlamentario referido al subsidio en comento. Cabe precisar, además, que estas materias, tal como lo ha señalado este Tribunal en sus pronunciamientos, han sido reservadas por la Constitución a la iniciativa de ley exclusiva del Presidente de la República”.

A mayor abundamiento, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional sostuvo, que “En la especie, estamos ante una materia de seguridad social, toda vez que dentro de las contingencias que ella cubre, se encuentra la maternidad, a través de una prestación pecuniaria denominada

subsidio, cuya cuantía y duración solo puede definir una ley de iniciativa presidencial”.

En esta línea, la doctrina también ha sostenido que la maternidad es parte de las contingencias sociales que abarca la seguridad social. Así, el profesor José Luis Cea ha señalado: “El riesgo que cubre es denominado contingencia social, pues aunque no siempre consiste en un acontecimiento personal desgraciado, sí trae consecuencias económicas negativas para el afectado o su familia, provocando un estado de necesidad, que se salva, v. gr., a través de la jubilación, el montepío, pensiones asistenciales y las prestaciones inherentes a la maternidad, orfandad y cesantía. Consecuentemente, hoy la previsión se suma a la seguridad social, redundando en un concepto más amplio en su aplicación y variado en los titulares y beneficios que comprende”.

En relación a los beneficios al personal de la Administración Pública, manifestó que es relevante considerar el artículo 65 inciso cuarto, numeral 4º que establece en lo pertinente: “Corresponderá, asimismo al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: N°4. Fijar, modificar, conceder o aumentar [...] cualquier 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, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos [...]”.

Consignó que quedan afectos al sistema único de asignaciones familiares, tanto los trabajadores dependientes del sector privado, como del sector público. En consecuencia, al aumentar el tiempo en que se entregan los beneficios, como serían estos subsidios, se vulnera igualmente la disposición constitucional aludida.

En segundo lugar y respecto a las cuestiones específicas, sostuvo que en cuanto a la extensión del pre natal, postnatal y postnatal parental, como ya indicó, la extensión de los beneficios de reposos maternos constituye materias de iniciativa exclusiva presidencial.

Entonces, coligió, plantear la extensión de los mismos implica necesariamente gasto público, toda vez que supone un aumento en los recursos necesarios para lograr que el Fondo cubra la mayor duración que se le quiere reconocer a los beneficios asociados a la maternidad, recursos que serán financiados por el Estado. Adicionalmente se trata de materias propias de seguridad social, por lo que también existe un vicio de constitucionalidad en este aspecto, y considera beneficios al personal de la Administración Pública.

En relación con el permiso por enfermedad grave de niño menor de un año, indicó que su ampliación constituye una materia de iniciativa exclusiva presidencial. En consecuencia, plantear la extensión de los mismos implica necesariamente gasto público, toda vez que supone un aumento en los recursos necesarios para lograr que el fondo cubra la mayor

duración que se le quiere reconocer a los beneficios asociados a la maternidad, recursos que serán financiados por el Estado. Adicionalmente se trata de materias propias de seguridad social, por lo que también existe un vicio de constitucionalidad en este aspecto, y considera beneficios al personal de la Administración Pública.

En lo atinente con el fuero maternal, expresó que, si durante la vigencia de un estado de excepción constitucional de catástrofe, venciera el fuero, este se extenderá hasta el cese de dicho estado de excepción, manteniendo sus condiciones. Recalcó que se trata de materias propias de seguridad social, por lo que también existe un vicio de constitucionalidad en este aspecto.

Por último, recordó que el objetivo de los estados de excepción constitucional es precisamente dotar a la autoridad de atribuciones extraordinarias, pero sujetas a las reglas constitucionales. Es así, como el Presidente de la República, tratándose de un estado de excepción de catástrofe, tiene la atribución de restringir el derecho de reunión, locomoción y el derecho de propiedad. La situación excepcional no habilita para adoptar medidas extraordinarias que no están previstas (“Regla del Oro del Derecho Público Chileno”).

Observó que es importante tener en consideración que al tratarse de materias propias de seguridad social, corresponde que el proyecto de ley sea calificado con quórum calificado.

Finalmente, señaló que, desde un punto de vista de técnica legislativa, es impropio que normas de carácter transitorio se consideren en el articulado permanente.

Seguidamente, **la Presidenta accidental de la Comisión Mixta, Honorable Senadora señora Rincón**, ofreció la palabra al **Ministro de Desarrollo Social y Familia, señor Cristián Monckeberg** quien señaló que la postura del Ejecutivo, en relación con la inadmisibilidad de la presente iniciativa es clara y fue manifestada por el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Alvarado.

Agregó que constituyen una prioridad del Gobierno los temas sobre maternidad, cuidado infantil, y beneficios parentales. Recordó que se presentó un proyecto de ley que establece beneficios para padres, madres y cuidadores de niños o niñas, en las condiciones que indica (Boletín N° 13.611-13). Dicha iniciativa establece el acceso a las prestaciones de la ley N° 21.227, que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales.

Aseveró que éste proyecto beneficiaría a 850.000 familias y otorgaría el derecho a acogerse a la ley de protección al empleo a padres, madres y cuidadoras de niños en edad pre escolar. Añadió que para los padres y madres que se encuentran haciendo uso del postnatal parental, cuyo derecho venza durante la pandemia, también serán considerados por la mencionada ley. Además, se creará el fuero especial para padres, madres o cuidadores que no cuenten con alternativas para el cuidado de sus hijos.

Luego, expresó que el Ministerio de Desarrollo Social y la Familia cuenta con una agenda extensa en este ámbito y está abierto a recibir propuestas en torno a ella y ofreció su colaboración en lo que dice relación con medidas de protección en favor de niños, niñas y adolescentes.

Seguidamente, **la Presidenta accidental de la Comisión Mixta, Honorable Senadora señora Rincón**, concedió el uso de la palabra a **la Defensora de la Niñez, señora Patricia Muñoz**, quien comenzó agradeciendo la invitación a participar en el estudio de este proyecto de ley que dice relación con la posibilidad de proteger la vida y la integridad física y psíquica de las niñas y niños de corta edad.

Hizo referencia a un documento técnico que se preparó para la presente iniciativa, por varias sociedades científicas, entre las que se cuentan las de Neurología, Psiquiatría, Pediatría y el Colegio Médico. En el mencionado documento se devela la importancia que tiene el primer año de vida para efecto de las condiciones neuropsiquiátricas que tendrá el individuo en su posterior desarrollo.

Desde esa perspectiva, agregó que lo anterior es ratificado por el Gobierno, a través del Ministerio de Salud, en cuya resolución N° 1.891 establece las recomendaciones para la atención de puérperas para niños y niñas respecto a factores de riesgo morbimortalidad materno infantil y su salud mental en pandemia Covid19.

Añadió que la Subsecretaría de Redes Asistenciales, con fecha 12 de junio del presente año, estableció que: “el período de la gestación, parto e infancia temprana (en particular los primeros 1.000 días) son períodos determinantes en el neuro desarrollo de niños y niñas. En estos períodos críticos de desarrollo en estrés se genera una cascada inflamatoria, la que se relaciona con una mayor morbimortalidad materno infantil.

Precisó que, a dichas circunstancias deben añadirse las condiciones propias del riesgo efectivo de contagio sanitario del virus Covid19.

Dado lo anterior, señaló que a la Defensoría de la Niñez, le asiste convicción que la presente iniciativa está lejos de relacionarse única y exclusivamente con los derechos de los adultos que trabajan, sino que está orientado de manera significativa y profunda, como eje principal de su conducción, a los derechos humanos de niños de esas madres y de esos padres y que requieren no solo de una atención especial en el período de primera infancia, sino que del efectivo resguardo en el ejercicio de sus derechos.

En ese sentido, consideró imprescindible incorporar al análisis que está haciendo la Comisión Mixta, lo que demanda la Convención sobre los Derechos del Niño. Recordó que el mencionado instrumento

internacional es relevante, considerando que fue ratificado por Chile el año 1990 y que por disposición constitucional, esta normativa debe ser cumplida.

Precisó que la Excma. Corte Suprema, en un fallo reciente (Rol 4469-2020), ha ratificado que la mencionada Convención resulta de obligatorio cumplimiento para el Estado de Chile.

Asimismo, aseveró que esta iniciativa resguarda el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de los niños que están bajo la tutela de sus padres en el contexto del postnatal, y responde al artículo 6° del mencionado instrumento internacional, que asegura a los niños el derecho a la supervivencia y al desarrollo y el derecho a contar con el más alto desarrollo posible de su salud.

Adicionalmente, connotó que existe una obligación constitucional del Estado de Chile en orden a resguardar y hacer efectivo los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Indicó que tal convención se determinó como un elemento central el interés superior del niño. Dicho interés no es solo un principio interpretativo fundamental, sino que también es un derecho sustantivo de los niños, niñas y adolescentes, amén de una norma de procedimiento. Ello ha ratificado por el Comité de los Derechos del Niño, órgano contralor encargado de velar por el cumplimiento de parte de los Estados de ese tratado internacional ratificado por nuestro país.

El mencionado interés implica la posibilidad de entender que los demás derechos contenidos en la mencionada Convención se vean satisfechos por parte de las familias, la sociedad y los Estados. Ello, agregó, se refuerza con las observaciones generales que ha emitido el Comité de los derechos del niño.

En este sentido, hizo presente que la Observación General N°7, habla sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, estableciendo de manera clara como la universalidad y la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos constituye un factor de análisis fundamental que no puede ser desatendido por los Estados que han ratificado la Convención.

Asimismo, citó la Observación N° 13, que dice relación con el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Agregó que si se aborda la situación de la primera infancia y particularmente la necesidad de apego y de vínculo, así como el cuidado efectivo que se desarrolla en el período inicial de los mil días respecto del desarrollo neurológico y del neuro desarrollo de niños y niñas, lo que se propone en esta iniciativa es fundamental en términos de la salud y desarrollo integral y armonioso de los niños que debieran ser sujetos de atención e intervención por esta vía.

Adicionalmente, se refirió a la observación N° 15, que es la que asegura el derecho de los niños a su más alto nivel de salud, y por tanto, desde ahí obliga y compromete a los Estados para asegurar, desde

toda perspectiva, el efectivo cuidado de aquellos que forman parte de una población más vulnerable.

Destacó la importancia de la última observación señalada, porque habla del derecho a la salud, y si llegamos a la conclusión que el proyecto de ley en debate está asociado al desarrollo de la salud en el más alto nivel posible para niños y niñas pequeños, en esta primera infancia, protegidos por la situación del postnatal, ello redundaría en la posibilidad de proyectar el ejercicio efectivo de todos sus demás derechos de manera radical, en el sentido que la salud es indispensable para el desarrollo de aquellos derechos adicionales.

Luego, mencionó la observación general N° 16, que se refiere a las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.

Seguidamente, hizo referencia a un estudio de la Universidad Andrés Bello, efectuado por el investigador señor Sebastián Rojas, en que revela que cuando la red de cuidadores se rompió, en razón de la situación que se enfrenta por la pandemia, quienes se hacen cargo de los niños en la jornada de la mañana, en un 73% son las madres o madrastras; en un 13% los padres o padrastros; en un 7% ambos padres y en un 2% los abuelos. Respecto a la jornada de la tarde, son cuidados, en un 63% por las madres o madrastras; en un 23% los padres o padrastros y en un 14% por ambos padres.

De este estudio, se desprende que del 69% de las mujeres entrevistadas, se encontraban ejerciendo alguna función laboral y de cuidado.

Posteriormente, manifestó que el Ministro señor Monckeberg anunció que el Ejecutivo ha presentado un proyecto de ley que establece beneficios para padres, madres y cuidadores de niños o niñas, en las condiciones que indica (Boletín N°13611-13). Constató que dicha propuesta es valorable y necesaria de aprobar. Sin embargo, en lo que dice relación con la presente iniciativa no logra ser lo suficientemente eficiente desde la perspectiva de satisfacer el interés superior de los niños en esta etapa de la primera infancia. Consideró que el proyecto del Gobierno es un excelente complemento para los niños que no están en una situación inicial. Agregó que de acogerse a la ley de seguridad del empleo, implicará una merma significativa en términos del ingreso remuneracional.

Seguidamente, sostuvo que los empleadores tienen un rol de superioridad evidente respecto de los trabajadores y ello demanda de los trabajadores decisiones que no necesariamente se ajustan a la protección efectiva de sus vidas y las de los niños bajo su cuidado en una primera infancia.

Hizo hincapié que, teniendo en consideración el interés superior del niño como elemento de juicio e interpretación que no puede ser soslayado por el Congreso Nacional, la iniciativa en estudio debiera validarse desde la perspectiva de considerar en términos efectivos la vida y la

integridad física y psíquica y el desarrollo y supervivencia de los niños y niñas que están en esta etapa crucial de su desarrollo futuro.

Destacó que el artículo 1º, inciso cuarto de nuestra Constitución dispone que el Estado está al servicio de la persona humana. Agregó que el artículo 5º establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Por lo tanto, afirmó que lo que le corresponde al Parlamento es integrar en su análisis e interpretación normativa constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño y, particularmente, la obligación que le asiste a los órganos del Estado de tener una consideración primordial por la efectiva vigencia del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Agregó que los derechos humanos de ellos, están en juego en este proyecto de ley, lo anterior, argumentó, excede, con creces, una discusión sobre la seguridad social o previsual.

Finalmente, solicitó que cuando se tome la definición sobre la admisibilidad de la presente iniciativa, se consideren los derechos humanos de los niños y niñas, para así poder dar cumplimiento estricto a lo mandado por la Convención de los derechos del niño.

Seguidamente, **la Presidenta accidental de la Comisión Mixta, Honorable Senadora señora Rincón, ofreció la palabra a la Ministra del Trabajo y Previsión Social señora Zaldívar** quien recordó que el propósito fundamental de la labor que debe cumplir la Comisión Mixta se vincula con la admisibilidad de la iniciativa y no conocer ni dedicarse al fondo de lo que ella propone, puesto que todos estaremos de acuerdo en lo planteado por la Defensora de la Niñez, señora Muñoz, en el sentido que debemos proteger la vida y la integridad física y psíquica de todos los menores de nuestro país.

Destacó que la mencionada defensora al hacer esa aseveración, habla de todos los niños y niñas protegidos por esta iniciativa, y ello nos lleva a una discriminación profunda, porque tal como lo señaló la Presidenta del Colegio de Matronas en la Comisión de Trabajo, en un mes nacen en Chile más de 20.000 niños, y el proyecto en estudio viene a hacerse cargo solamente de 22.000 de los niños que han nacido en un año, y que tienen la misma necesidad de apego, de desarrollo cognitivo, de protección y de cuidado por parte de adulto responsable.

Preguntó qué hace diferente a un niño respecto de otro. Ejemplificó con el caso de una madre que se le venció el postnatal el día 10 de marzo, quien no tendrá derecho a acceder a lo prescrito por proyecto aprobado por la Cámara de Diputados. Sin embargo, a la que se le venció el 20 de marzo, se le otorgará la cobertura prescrita por la iniciativa. Esta es una discriminación que debemos evitar.

Agregó que el proyecto de ley, al 30 de junio, tiene un costo de US \$100.000.000 y se financiaría con cargo al presupuesto de la Nación. Aseguró que el Estado, para financiar las políticas públicas de cuidado, de protección y de reactivación ha dispuesto la suma de US\$ 28.000.000.000.

Expresó que, dentro de la necesidad de cuidado de los menores, se debe resolver la problemática existente dentro del marco actual. Luego, indicó que como la iniciativa incluye el pago de un subsidio, lo convierte en un proyecto cuyo objeto es de seguridad social.

Sostuvo que el foco de la protección al menor, no debe comprender solo los 22.000 niños, nacidos de madres cuyo postnatal que venció entre el 18 de marzo y el 22 de junio, sino que debe comprender 1.600.000 niños menores de 6 años y cuyos 850.000 padres podrían acogerse a un sistema de protección.

Mostró su preocupación por el hecho de que una mayoría circunstancial determine si una materia corresponde o no al ámbito de la seguridad social. Sostuvo que la seguridad social tiene un tratamiento especial, requiere quorum de aprobación más altos y corresponde a una de las materias que el constituyente ha entregado a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Estimó que por querer buscar un objetivo, aunque sea loable, no se pueden vulnerar normas que generarán un precedente en materias tan delicadas como la seguridad social.

Concluyó que el foco debe estar en los niños y niñas y su protección por sus padres o cuidadores, dentro del contexto de crisis sanitaria que estamos viviendo. Recalcó que el Ejecutivo no busca poner en riesgo la vida o la integridad física y psíquica de los niños.

Finalmente, consignó que existe un universo muy superior de niños cuyos padres trabajan y que necesitan una solución, y dado que los recursos, producto de la crisis, son limitados, se debe buscar la mejor vía de solución, para otorgarle tranquilidad no solo a las madres a quienes se les acabó el postnatal entre el 18 de marzo y el 30 junio, sino que también para aquella que se le venció el postnatal antes del 18 de marzo o que no pudo tener acceso al prenatal o postnatal por no llevar una año afiliada al sistema, o porque encontró un trabajo con posterioridad.

Reiteró que el Estado, en una situación de crisis como la actual, se debe hacer cargo de la totalidad de los niños y niñas que requieren del cuidado de sus padres o de un cuidador.

VOTACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE LA INICIATIVA

Concluido el debate, **el Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor De Urresti**, puso en votación la admisibilidad de la iniciativa de ley.

En primer lugar, intervino **el Honorable Senador señor Pérez**, quien anunció su postura contraria a la admisibilidad del proyecto, en el entendido de que en las intervenciones previas, más que una

discusión constitucional, lo que se pudo advertir fueron argumentaciones dirigidas a que el Estado responda adecuadamente en tiempos de pandemia a las necesidades de niños, madres y padres, cuando éstos últimos deben continuar sus obligaciones laborales sin tener la posibilidad de dejar a sus hijos al cuidado de otra persona o institución o quedando en riesgo de perder su fuente laboral. En ese sentido, rebatió que el Estado hubiese abandonado esa tarea de resguardo y que se afecten los derechos de las personas, puesto que recientemente se ha presentado un proyecto de ley que se hace cargo de esa realidad. Sostuvo, por tanto, que el debate de fondo se traduce en que el instrumento legal que dispone la presente iniciativa no es el pertinente, tanto a la luz de los preceptos constitucionales como en su mérito, al restringir a muchas familias el acceso a los beneficios que propone.

Agregó que, claramente, la iniciativa cuya admisibilidad se ha sometido a la consideración de la Comisión Mixta corresponde a un asunto de seguridad social, lo cual se ha refrendado tanto por sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema como por la propia definición que de ella ha hecho la Organización Internacional del Trabajo. Aunque se ha hecho esfuerzos por parte de los expositores favorables a la admisibilidad para señalar que este proyecto abordaría materias de salud o de derechos laborales, la acepción a que se ha aludido es sólida y precisa no ha sido rebatida ni debilitada por dichos razonamientos.

En ese contexto, continuó, la Carta Política en vigor y las normas constitucionales anteriores a ella han determinado que las cuestiones vinculadas con la seguridad social sean de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En esa facultad se fundamenta la formulación del proyecto de ley que recientemente se ha puesto en conocimiento del Congreso Nacional y que contempla un espectro más amplio de beneficiarios que la iniciativa en discusión.

Además, en este análisis cabe tener en consideración que el proyecto debatido irroga gasto público de forma directa, dada la extensión del post natal que propone, cuestión que también está dentro del ámbito de la iniciativa exclusiva del Primer Mandatario.

Adujo que los dos argumentos antedichos, que también sustentaron la decisión que adoptó en su oportunidad el Senado, no han sido suficientemente refutados por quienes defienden la admisibilidad de la proposición de ley. Reiteró, en tal sentido, que en esta instancia no está en discusión el tema de fondo involucrado ni corresponde que quienes postulen la inadmisibilidad sean acusados de estar en contra de los derechos de la niñez o de la maternidad.

Evocó lo sostenido por la señora Defensora de la Niñez, en el sentido de que el proyecto que ha patrocinado el Ejecutivo resulta adecuado para la protección de miles de niños, sin perjuicio de que durante el trámite legislativo se pueda perfeccionar su texto.

Finalmente, reiteró su convencimiento de que la iniciativa en estudio por la Comisión Mixta es absolutamente inadmisibile y resulta un instrumento insuficiente para solucionar las dificultades advertidas en

este ámbito. En sentido opuesto, el proyecto de ley que ha formulado el señor Presidente de la República supera esas deficiencias y aumenta de forma importante la protección de la niñez.

Seguidamente, **el Honorable Senador señor Araya** se manifestó a favor de la admisibilidad del proyecto de ley y de su aptitud para ser tratado por el Poder Legislativo. En ese contexto, coincidió con los argumentos vertidos por los profesores señores Jordán y Zúñiga, en cuanto a que la idea central de esta iniciativa está relacionada con el resguardo de la salud de las personas y la protección de los niños, niñas y adolescentes y no directamente con asuntos vinculados a la seguridad social. De hecho, las modificaciones legales que se estipulan son de orden laboral y, por tanto, susceptibles de ser propuestas por una moción parlamentaria.

Por otra parte, ante los argumentos que indican que el proyecto tiene como consecuencia la disposición de recursos públicos, hizo notar que dichos egresos están debidamente considerados en la Ley de Presupuestos del Sector Público en vigor, por lo que en realidad no se ha prescrito un mayor gasto.

Asimismo, sobre los reparos referidos a que el proyecto trataría materias de seguridad social, connotó que los derechos en discusión ya son ejercidos por las madres y los padres en el ámbito de la protección a la maternidad. De consiguiente, no se trata de la creación de una nueva garantía de seguridad social, sino que sólo se propone que derechos ya reconocidos por la legislación, atendidas las circunstancias extraordinarias que afectan al país, posean una mayor cobertura en el tiempo. Ello, a su juicio, no atenta contra la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Hizo hincapié en que las disposiciones del proyecto son esencialmente transitorias, por lo que tampoco tienen incidencia en el presupuesto permanente de la Nación. Por lo demás, la glosa presupuestaria específica únicamente dispone la cantidad de dinero disponible, pero no el número de beneficiarios.

Respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional que se ha mencionado, referente al efecto colateral que podría tener una modificación legal, sostuvo que esa es la premisa que se debe seguir en este análisis, pues su objetivo central no es la imposición de un nuevo gasto.

En último término, hizo presente que no hay un concepto unívoco sobre lo que se entiende por seguridad social y, como consecuencia de ello, atendida la crisis sanitaria que aqueja al país, la propuesta en debate se acerca más a normas laborales y de protección a los trabajadores.

Luego, intervino **la Honorable Senadora señora Rincón**, quien, a su vez, realzó la importancia del debate que ocupa a la Comisión Mixta, que no permite efectuar un debate acotado o parcializado de las normas atinentes, sino que impone la necesidad de que ellas sean objeto de un análisis integral. En ese contexto, y en atención a los bienes jurídicos

involucrados, resulta imprescindible considerar tanto las disposiciones constitucionales que amparan los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social, así como el respeto a las convenciones internacionales que obligan al país. A mayor abundamiento, sostuvo que los preceptos constitucionales son claros al señalar que ninguna autoridad ni magistratura se puede abstener de cumplir con las obligaciones propias de su cargo y, en ese entendido, los parlamentarios tienen el deber de garantizar y cautelar los derechos constitucionales resguardados en el ordenamiento jurídico y en los instrumentos convencionales suscritos.

Sobre este último punto, destacó que entre las normas internacionales protectoras de la maternidad cabe mencionar el artículo 25, número 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 10, número 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 24, número 1, y 27, número 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, y las normas de protección a la maternidad de la Organización Internacional del Trabajo.

Concluyó, entonces, que existe un resguardo de la maternidad una serie de otras disposiciones de diverso rango que corresponde analizar en esta oportunidad, toda vez que, por ejemplo, aunque el empleador tiene el deber de otorgar el acceso a sala cuna a sus trabajadoras con hijos, hoy en día no se puede dar cumplimiento a esa exigencia por la contingencia sanitaria que atraviesa el país. En ese escenario, el Estado debe proveer los resguardos y medios necesarios para que esas madres puedan cuidar apropiadamente a los niños que están a su cargo.

En torno a los gastos que pueda irrogar esta iniciativa, tal como fue señalado por expositores, el subsidio que se ha dispuesto con este fin y el Fondo en cuestión tienen una menor ejecución en esta área, lo cual permite contar con cierta holgura de recursos. Además, las proyecciones apuntan a que no se excedería el presupuesto dispuesto con ese fin.

En resumen, teniendo en consideración todas las disposiciones atingentes, a saber, laborales, de salud, de seguridad social y las que emanan de los tratados internacionales ratificados por Chile, es posible concluir que el proyecto de ley está dentro de las atribuciones parlamentarias y no contraviene el Texto Fundamental. Por el contrario, lo que precisamente se ha hecho es acatar el deber de respetarlo, hacerla cumplir y mantener el equilibrio de los poderes colegisladores, de manera de resguardar la vida, la salud y la integridad de los niños y niñas del país, mediante el respeto del derecho de los padres a ejercer su cuidado.

Finalmente, observó que cuando el Tribunal Constitucional ha emitido dictámenes sobre estos temas no ha habido una sola opinión y, en esa disyuntiva, ha preferido adscribir a aquella que cumple con los objetivos de proteger eficazmente a la niñez y que se traduce en la admisibilidad de la iniciativa en debate.

A continuación, intervino **el Honorable Senador señor Allamand**, quien indicó que en esta discusión resulta pertinente tener a

la vista que el Ejecutivo ha sometido al conocimiento del Congreso Nacional un proyecto de ley, que no sólo cubre el universo de beneficiarios que contempla esta iniciativa, sino que lo extiende a 850.000 familias, pues no atiende únicamente a los niños y niñas recién nacidos, sino también considera a aquellos infantes en edad preescolar.

Aseguró que en el curso de la discusión legislativa se ha producido un vuelco en la opinión de varios de los promotores de esta iniciativa, toda vez que públicamente solicitaron al Ejecutivo que la patrocinara e, incluso, la propia señora Presidenta del Senado manifestó estar dispuesta a “cometer un sacrilegio” en esta materia. Es decir, hace un par de semanas no había dudas de que este proyecto era inadmisibile, conforme a la apreciación de sus autores.

Luego, dejó constancia de que, a su juicio, la eventual admisibilidad de esta iniciativa supone una violación flagrante de las disposiciones constitucionales que determinan la exclusividad de la iniciativa presidencial en asuntos de seguridad social y gasto público. Asimismo, se infraccionan los preceptos contenidos en los incisos tercero y cuarto del artículo 67 constitucional.

Adujo que el argumento de la “colateralidad” del gasto involucrado en este proyecto no resulta convincente a la luz de los argumentos que se han vertido en esta discusión, pues ese razonamiento se puede invocar cuando el objetivo principal de la moción no irroga gasto, lo cual claramente no se verifica en este caso.

Por otro lado, ante los raciocinios que hacen mención a las normas protectoras de los derechos humanos y de la niñez, tanto a nivel constitucional como convencional, observó que ello no obsta a la necesidad de analizar tales consideraciones con el hecho de que todas las naciones poseen recursos escasos y que es su deber utilizarlos de la mejor manera, precisamente para cautelar esos derechos. Así, dado que en Chile nacen alrededor de 22.000 niños al mes y que sólo una de cada tres madres tiene acceso al post natal, consistente en un beneficio de cargo fiscal que va desde los \$ 350.000 hasta los \$ 2.200.000, es preciso considerar que el resto de las madres únicamente perciben \$ 13.000 a través del Subsidio Único Familiar. Concluyó, por tal motivo, que se evidencia una asimetría gigantesca entre los recursos utilizados para las madres que tienen acceso al post natal y aquellos que se destinan a las que no lo tienen. Además, dentro del grupo beneficiado por el post natal también se constata un problema de focalización, dado que quienes acceden a ingresos menores de \$ 700.000 -60% de las beneficiarias- representan un gasto para el Fondo de un 32% del total; en cambio, las que reciben un beneficio superior de \$ 1.400.000 -15% de las madres- utilizan el 40% del Fondo.

Al finalizar su intervención, previno que los argumentos de quienes postulan la admisibilidad del proyecto, sobre la base de que no sería una norma de seguridad social ni irroga gasto, también validaría, por ejemplo, que algún parlamentario presente una moción, no sólo para cambiar los requisitos en la extensión del post natal, sino que para modificar o eliminar las condiciones para acceder a ese derecho. De igual manera, también

sería admisible una moción que extienda ese beneficio al grupo de madres que hoy no accede a él.

La lógica planteada, en su opinión, demuestra manifiestamente la inadmisibilidad de la moción en debate y las consecuencias de la alternativa contraria.

A su turno, **el Honorable Diputado señor Eguiguren** dio cuenta de la relevancia del debate en curso, dados los valores involucrados, esto es, los del que está por nacer y los meramente mercantilistas sobre el costo de un proyecto. En tal sentido, consideró lamentable que el Congreso Nacional siga discutiendo, después de varios meses, una situación de esta naturaleza, que refleja un problema evidente que afecta actualmente la sociedad y que pudo haber contado con el patrocinio del Ejecutivo para evitar la presente controversia. Al efecto, comentó los dichos de la señora Ministra del Trabajo y Previsión Social, que aludía a una “falta de oportunidad” de esta iniciativa, pese a que, a su juicio, no hay un momento más atingente para su disposición que la crisis sanitaria que aqueja al país.

Añadió que el debate del proyecto de ley que ocupa a la Comisión Mixta no se debe centrar en análisis economicistas, sino en los niños, los padres y el entorno familiar. Esa definición es clave para decidir si resulta pertinente seguir tramitando esta iniciativa, sentenció.

Luego, hizo notar que, en atención a las argumentaciones de quienes han expuesto ante esta Comisión Mixta, se ha asentado que el objetivo del proyecto es la protección de la maternidad y de las familias que hoy en día viven difíciles momentos producto de la pandemia. En consecuencia, se trata de una iniciativa vinculada al resguardo de la salud y no a la seguridad social.

Exhortó, por lo tanto, a confirmar la admisibilidad de la proposición de ley, tal como se hizo en el primer trámite constitucional, la cual, por lo demás, no le genera un mayor gasto al Estado. Consignó que el Fondo correspondiente presenta en la actualidad una ejecución menor en un 3% al ejercicio del año 2019 y que las proyecciones apuntan a que permitiría sufragar los requerimientos de esta iniciativa. De hecho, se ha pensado recurrir a ese Fondo para financiar en parte los gastos del proyecto de ley patrocinado por el Ejecutivo y que también debería ser apoyado, por ser complementario con el que es objeto de estudio por la Comisión Mixta. En su opinión, al tener finalidades distintas, no deberían ser contrapuestos.

Insistió en que el tema de fondo de esta discusión es la protección de la maternidad y la niñez, lo que no reduce el problema a 22.000 madres, como se ha plantado. Esa cifra, en realidad, debe considerar a todo el entorno que la involucra y que sería beneficiado con esta regulación.

En definitiva, instó a sancionar la admisibilidad de la iniciativa, para no poner a las madres en la difícil decisión de tener que optar entre la protección de su hijo o su empleo. Llamó, por tanto, a una mayor generosidad por parte del Gobierno y de todos los actores involucrados para apoyar la iniciativa.

En seguida, hizo uso de la palabra **el Honorable Diputado señor Melero**, quien al fundamentar su votación, hizo hincapié en que, luego de estudiar detenidamente los motivos que sustentaron la decisión del Senado en el segundo trámite constitucional y las exposiciones de los expertos que han comparecido ante la Comisión Mixta, ha incrementado su convencimiento para inclinarse por la inadmisibilidad del proyecto y sobre la inconveniencia de que el Gobierno lo patrocine, por cuanto no constituye la solución adecuada para los padres que requieren cuidar a sus hijos en medio de las restricciones de la crisis sanitaria. En efecto, esta iniciativa entrega el total del beneficio del post natal al 33% de los beneficiarios que pertenece al quintil de mayores ingresos. Así las cosas, enfatizó, el 54% de los recursos se destinaría a financiar a los niños del quintil más rico, en tanto que sólo el 11% de ellos llegaría al quintil de los niños más pobres.

La situación relatada, continuó, es indesmentible y, de consiguiente, los mocionantes, al insistir en esta iniciativa, profundizan el carácter regresivo de esa política pública y una protección social restringida de alrededor de 20.000 beneficiarios, en contraposición a los 850.000 que plantea la propuesta de ley del Gobierno.

Invitó, bajo ese razonamiento y con estricto apego a la Constitución Política, a rechazar la admisibilidad del proyecto, para que el Congreso Nacional se aboque derechamente al elemento central de la discusión, esto es, la debida protección de niños y padres que postula la iniciativa de ley del Ejecutivo -sin perjuicio de los perfeccionamientos que se le puedan hacer en su tramitación legislativa-, en vez insistir en una moción que finalmente no verá la luz por los vicios constitucionales de que adolece.

Luego, enfatizó que una perspectiva de política pública vinculada con los derechos humanos no transforma en constitucional esta iniciativa, particularmente por su incidencia en materias de seguridad social y de gasto público. De hecho, cabe señalar que el Fondo Único de Prestaciones Familiares, que se ha señalado como la fuente que permitiría el financiamiento del proyecto, no se constituye como un Fondo preestablecido, sino que se instala como la proyección de un flujo de gasto, cuya cuantía la otorga el análisis demográfico de nacimientos y de las remuneraciones de las madres, lo que impide que se pueda acceder libremente a esos recursos.

Por otro lado, aunque algunos han aducido que la propuesta de ley abordaría cuestiones de salud, en los hechos atañe a la institución del post natal, que busca eximir a los trabajadores de prestar servicios durante un lapso de tiempo, asumiendo el estado el pago de su sueldo. Consiguientemente, se afecta una norma de seguridad social.

A mayor abundamiento, subrayó que el proyecto en discusión no entrega prestaciones médicas o de salud o su financiamiento. Al modificarse los permisos de maternidad, se justifica la ausencia al trabajo y se genera de forma directa una prestación que reemplaza la remuneración, lo que refuerza su vinculación con la seguridad social y no se impone como una materia de salud o exclusivamente laboral. Por esa misma razón, el derecho de pre y post natal está regulado en el Código del Trabajo.

Añadió que, al no ser una exigencia puramente laboral, el beneficio no lo paga el empleador, sino que el Estado, como una prestación básica y uniforme, dado su carácter de una disposición de la seguridad social. A su juicio, resulta lamentable que se transforme la protección de la salud en una cuestión laboral o de salud y no de seguridad social, pues al incluirse en esta última categoría el compromiso del Estado es mucho más amplio e intenso que una simple contraprestación laboral o un simple subsidio de salud. En ese caso, razonó, se percibirá una prestación y un subsidio y no una remuneración.

Concluyó, en virtud del razonamiento anterior, que el proyecto infringe las disposiciones de los ordinales 4° y 6° del inciso cuarto y del inciso tercero, todos del artículo 65 constitucional.

Finalmente, instó a todas las fuerzas políticas a buscar un acuerdo para dirigir la atención a la solución de las enormes penurias que afrontan miles de chilenos actualmente, de la misma manera en que se hizo recientemente para lograr un financiamiento público de alrededor de US\$ 12.000.000.000. Sin embargo, connotó que no será bueno para el país, para la historia de la legislación ni para el respeto del marco constitucional que se insista en una iniciativa que claramente es inconstitucional. Por lo demás, a diferencia de las instancias anteriores en que se ha desarrollado el estudio de este proyecto, los parlamentarios hoy cuentan con una alternativa legislativa real presentada por el Ejecutivo, que apunta en la misma dirección. Llamó, entonces, a tener más generosidad y no insistir en esta propuesta con el único objeto de preservar la autoría de las mociones.

A continuación, intervino la **Honorable Diputada señora Pérez, doña Joanna**, quien se preguntó, en primer lugar, si en el estado actual del proyecto el Ejecutivo continuará oponiéndose a su tramitación o si asumirá el compromiso que el Estado tiene en materia de protección de los derechos humanos. En ese contexto, la Cámara de Diputados, por amplia mayoría, ya expresó su postura para apoyar esta iniciativa, la cual no ha sido controvertida ante el Tribunal Constitucional mediante el requerimiento respectivo que cuestione su constitucionalidad.

Juzgó inexcusable la dilación en la aprobación de este proyecto que, en su trámite de Comisión Mixta, llega tarde al objetivo de dar una respuesta oportuna a las mujeres embarazadas y a los padres y madres de lactantes. Ello da cuenta, en su parecer, de la ausencia del compromiso social del Gobierno, mediante la imposición de trabas a una iniciativa que ingresó a tramitación los primeros días de la pandemia y que han derivado en su entrapamiento en una discusión jurídica entre potestades y atribuciones.

Agregó que los parlamentarios no tienen prohibición de legislar y, por el contrario, su rol es precisamente hacerlo. De consiguiente, la iniciativa exclusiva del Presidente de la República se debe interpretar necesariamente de forma restrictiva.

El objeto del proyecto, en ese contexto, tiene

relación directa con el impacto de la pandemia que azota al país, pues propone el resguardo de la salud de los lactantes y de las madres y padres, junto con la protección de los derechos laborales de estos últimos durante el tiempo que dure la emergencia. Bajo ese entendido, y siguiendo la línea de los fallos del Tribunal Constitucional, el proyecto no dispone de forma directa del presupuesto de la Nación ni incide en la administración financiera. En efecto, es un gasto eventual de los fondos de los subsidios ya existentes y, por lo mismo, la moción no se podría declarar inadmisibile por el efecto colateral que podría generar su aplicación.

En torno a las argumentaciones que observan la iniciativa por modificar normas de la seguridad social o incidir en ellas, aseguró que el proyecto en realidad está dirigido a proteger la salud de las personas y del que está por nacer. Por tal motivo, también es preciso atender a los criterios emanados de la jurisdicción constitucional, esto es, que no basta que tenga relación eventual con materias de seguridad social para entender que el proyecto resulte inadmisibile. Así, la proposición de ley, con contenido sanitario y laboral, en caso alguno cambia el actual contenido de fondo de los preceptos de pre y post natal del Código del Trabajo y, en tal contexto, rechazar su admisibilidad significa desnaturalizar el propósito de la norma que actualmente se tramita en esta instancia legislativa, que sólo regula las situaciones ya previstas en el ordenamiento jurídico y que, en razón de la circunstancia excepcional de la pandemia y de la declaración de estado de catástrofe, transitoriamente extenderá sus períodos.

Efectuó un llamado a asumir el compromiso social que requiere la función pública y a que el Ejecutivo se haga cargo de la discusión que ha generado estas últimas semanas. El Congreso Nacional, en esa tarea, debe dar el ejemplo en el resguardo de los derechos humanos y de la soberanía. Asimismo, el apego a la supremacía constitucional reconoce la admisibilidad del proyecto en debate, para garantizar lo más pronto posible los derechos fundamentales planteados en la moción.

Evocó lo dicho por el expositor señor Jordán, quien manifestó que la propuesta de ley está dirigida a garantizar la salud de las personas, que no se instituye como una materia de seguridad social y que tampoco irroga directamente gasto fiscal. En conclusión, se trata de un tema de interpretación del rol de los colegisladores: el Presidente de la República y las Cámaras del Congreso Nacional.

Por último, planteó que el proyecto del Ejecutivo es tardío, a diferencia de la moción debatida, que sigue recibiendo cuestionamientos, lo cual impide atender las necesidades de miles de mujeres y familias que sufren los efectos de la crisis sanitaria. Aunque la iniciativa presidencial tiene aspectos positivos, como la ampliación de beneficios a la edad preescolar, no aborda todos los aspectos contenidos en la extensión del post natal. A su juicio, se trata de proyectos complementarios y que no se deben contraponer.

Por las razones indicadas, anunció su voto favorable a la admisibilidad de la iniciativa.

En seguida, hizo uso de la palabra **el Honorable Diputado señor Saavedra**, quien comenzó su intervención exhortando a los intervinientes a dejar atrás las disputas, con la finalidad de dar respuesta a miles de familias que ansían la aprobación de esta propuesta. Aclaró que, si bien es cierto que en su oportunidad juró respetar la Constitución, en el ámbito de la política se requieren soluciones concretas a la situación de emergencia y catástrofe que afecta a la Nación. Por tal razón, hizo notar la necesidad de tener la flexibilidad necesaria para que, sobre la base de la Carta Política, que permite la actuación de los poderes colegisladores, se encuentre un desenlace adecuado a las demandas ciudadanas.

Sostuvo que entre las cuestiones que han estado en la controversia están las ideas matrices del proyecto, referidas a la protección de la salud física y mental de los niños y niñas del país, es decir, de las personas más vulnerables de la sociedad en tiempos de pandemia. En ese escenario, la iniciativa en debate otorga una solución apropiada a esa dificultad, sentenció.

Por otro lado, se ha discutido si la propuesta de ley irroga gasto fiscal y, al respecto, tal como quedó claro en el debate legislativo, los recursos provendrán de un Fondo preexistente. En definitiva, el proyecto no promueve nuevos gastos al erario fiscal.

Puso de manifiesto que el llamado del Ejecutivo a apoyar su proyecto resulta extremadamente tardío y que, por lo demás, implica un aumento del número de personas que precarizarán su relación laboral mediante su adscripción a la Ley de Protección del Empleo. Consideró injusto ese trato con las mujeres, que en muchas oportunidades deben enfrentar solas los primeros meses de vida de sus hijos, etapa crucial en su posterior desarrollo.

En virtud de lo expuesto, se pronunció favorablemente sobre la admisibilidad de la iniciativa de ley en discusión.

A continuación, intervino **la Honorable Diputada señora Yeomans**, quien lamentó que se haya requerido la conformación de una Comisión Mixta para revisar la admisibilidad de un proyecto ingresado a tramitación hace más de tres meses, ya que, si el Ejecutivo hubiera tenido real interés en la materia tratada, podría haberlo patrocinado, aun cuando hubiese propuesto modificaciones importantes en su contenido. Esa negativa, a su juicio, demuestra que el problema real en este asunto no es de forma, sino de fondo, lo cual se ratifica con la propuesta recientemente ingresada por el Ejecutivo, que promueve el uso del seguro de cesantía para pagar las remuneraciones de aquellos a quienes se les venció su post natal o a las mujeres que están en el período de pre natal. Estimó injusto que a través del ahorro de los trabajadores se proponga pagar el costo de la crisis.

Luego, aludió a ciertos dichos proferidos por la señora Ministra del Trabajo y Previsión Social, quien manifiesto que los recursos que componen el seguro de cesantía no eran aportados por los trabajadores, lo que consideró desafortunado y una falta de respeto con ellos, dado que el fruto del trabajo es el que permite su existencia. Pidió, por tanto,

que se les otorgue una disculpa.

Sostuvo, además, que el proyecto formulado por el Ejecutivo no se hace cargo de la situación de las trabajadoras del sector público ni de las que prestan servicios a honorarios. Aunque dicha propuesta amplía el campo de beneficiarios a padres y madres de niños menores de 6 años, no da respuesta a la totalidad de quienes están en el marco del post natal. Ese vacío, razonó, hace que sea urgente continuar la tramitación de la presente iniciativa.

En lo relativo a la admisibilidad discutida, planteó que el proyecto no aumenta el presupuesto del Estado destinado al Fondo Único de Prestaciones Familiares, pues únicamente extiende un derecho ya estatuido en la legislación laboral. La iniciativa exclusiva del Jefe de Estado, en tanto, se circunscribe a la administración financiera o presupuestaria del Estado, lo cual no se altera.

Hizo presente que es preciso tener a la vista en esta discusión que si no se resuelve este tema se producirá una vulneración de derechos esenciales, por la falta de protección de la vida y la salud y la ausencia de una responsabilidad social sobre el cuidado de los niños. De hecho, el inciso segundo del artículo 5° del Texto Fundamental establece como límite a la soberanía del Estado el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Aunque el proyecto en debate se hace cargo de esas exigencias, el Gobierno, durante tres meses, no se ha hecho responsable mediante el ejercicio de su rol colegislador.

En medio de una situación excepcional como la de una pandemia, el rol fundamental del Estado es la protección de la salud de la población. En efecto, no hay mayor compromiso institucional y moral que la defensa de la vida de los habitantes de la Nación, enfatizó.

Agregó que, tal como lo han expuesto los expertos que han comparecido ante la Comisión, el respeto a la función colegisladora de los parlamentarios sustenta el apoyo a la admisibilidad de la proposición de ley.

Finalmente, para aclarar las apreciaciones sobre la inadmisibilidad de las indicaciones presentadas por la Honorable Diputada señora Paulina Núñez en el marco de la discusión del proyecto en la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados, mencionó que esa declaración se efectuó por el hecho de que no decían relación con las ideas matrices, pues se proponían enmiendas a una preceptiva transitoria –Ley de Protección al Empleo- y no al proyecto de ley ni a las normas del Código del Trabajo en las que incidía.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti, junto coincidir con los argumentos planteados por los abogados señora Nohales y señores Jordán y Zúñiga, hizo notar que la discusión de este asunto se centra en las prerrogativas parlamentarias para tener iniciativa legal y ello hace evidente la necesidad de impulsar un profundo cambio constitucional, pues la actual Carta Fundamental constantemente pone

cortapisas a las intenciones de promover iniciativas que favorezcan a los trabajadores. Consignó que frecuentemente se recurre a la inadmisibilidad de una iniciativa en asuntos que políticamente son apoyados por una gran mayoría de la sociedad.

Pese a ser una iniciativa que aborda una situación de emergencia, la discusión legislativa se ha enfrentado a la tozudez del Ejecutivo que, después de 100 días, recién presenta un proyecto diferente para hacerlo competir con el que ya estaba avanzado en su tramitación.

Exhortó a los representantes ministeriales a concordar con los parlamentarios una serie de proposiciones que beneficien realmente a las mujeres, en particular en estos momentos de crisis. Por lo mismo, constituye una mala práctica el hecho de que el Gobierno se asile únicamente en un debate de constitucionalidad, en vez de apoyar el debate legislativo mediante el uso de sus prerrogativas.

A continuación, aunque reconoció que es posible que haya posiciones divergentes en esta materia, concordó con aquellas posturas que validan la admisibilidad de este proyecto para avanzar prontamente en su debate de fondo, que es lo que realmente requiere la ciudadanía. Se necesita, por tanto, que las autoridades de Gobierno comprendan la magnitud de las dificultades que afrontan en la actualidad los trabajadores.

Reseñó que este debate político, a partir de una interpretación del Texto Constitucional en favor de los trabajadores y en consideración de la emergencia actual, se impone como una responsabilidad de los parlamentarios con miles de madres que están a la espera de una solución concreta a sus demandas.

De consiguiente, anunció su voto a favor de la admisibilidad del proyecto de ley.

PROPOSICIÓN DE LA COMISIÓN MIXTA

- La Comisión Mixta, por la mayoría de sus miembros, Honorables Senadores señora Rincón y señores Araya y De Urresti y Honorables Diputados señoras Pérez, doña Joanna, y Yeomans y señores Eguiguren y Saavedra, se pronunció a favor de la admisibilidad del proyecto de ley. Votaron en contra los Honorables Senadores señores Allamand y Pérez y el Honorable Diputado señor Melero.

Como consecuencia de este acuerdo, la Comisión Mixta propone que esta iniciativa continúe con su tramitación.

A título meramente informativo, se transcribe a continuación el texto del proyecto de ley considerado por la Comisión Mixta

TEXTO DEL PROYECTO

“Artículo 1.- Modifícase el Código del Trabajo de la siguiente forma:

1. Agrégase en el artículo 195 el siguiente inciso final:

“En caso de haberse declarado estado de excepción constitucional de catástrofe las trabajadoras tendrán derecho, durante ese período, a un descanso de maternidad de diez semanas antes del parto.”.

2. Incorpórase en el artículo 197 bis el siguiente inciso final:

“A las trabajadoras y trabajadores que se encuentren ejerciendo el derecho conferido en el inciso primero de este artículo, y cuyo plazo de duración venza durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, se les extenderá el referido derecho mientras subsista el estado de excepción, en las mismas condiciones. La misma extensión se otorgará cuando la trabajadora haya iniciado su postnatal durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe y haya culminado mientras éste subsiste.”.

3. Agrégase en el artículo 199 el siguiente inciso final:

“En el caso de aquellas trabajadoras que se encuentren haciendo uso del permiso por enfermedad grave de niño menor de un año, y cuyo plazo de duración venza durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, se extenderá su permiso hasta el momento en que se levante la declaración, en las mismas condiciones.”.

4. Introdúcese en el artículo 201 el siguiente inciso final:

“En el caso de aquellas trabajadoras que hayan retornado de su postnatal a sus labores de trabajo, y por ello se encuentren con fuero maternal, y cuya duración venza durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, se extenderá este derecho hasta el momento que se levante la declaración, en las mismas condiciones.”.

Artículo 2º.- Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables a los permisos y fueros que hubieren vencido en el período comprendido entre la declaración de estado de catástrofe, de fecha 18 de marzo de 2020, y la entrada en vigencia de esta ley.”.

Acordado en sesiones celebradas los días 26 y 30 de junio de 2020, con asistencia de los Honorables Senadores señores Alfonso De Urresti Longton (Presidente), Andrés Allamand Zavala, Pedro Araya Guerrero, señora Ximena Rincón González (Francisco Huenchumilla Jaramillo) y señor Víctor Pérez Varela y los Honorables Diputados señoras Joanna Pérez Olea, Gael Yeomans Araya y señores Francisco Eguiguren Correa (Paulina Núñez Urrutia), Patricio Melero Abaroa y Gastón Saavedra Chandía.

Sala de la Comisión, a 30 de junio de 2020

Rodrigo Pineda Garfias
Secretario de la Comisión Mixta