

FALLO DEL POSTNATAL: EL PROCESO LEGISLATIVO COMO GARANTÍA SUSTANTIVA

RODRIGO DELAVEAU SWETT*

RESUMEN: El comentario trata sobre la sentencia relativa al proyecto de ley de extensión del postnatal. En él se analizan aspectos centrales de fallo, como el concepto de iniciativa exclusiva del Presidente de la República sobre el gasto público y materias de seguridad social, así como de la extensión del poder del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de forma respecto de actuaciones del Poder Legislativo, y el análisis de doctrinas del derecho comparado, en particular sobre la denominada “maduración” de los recursos. Junto con lo anterior, se aborda el fundamento del proceso legislativo así como de la existencia de eventuales principios contenido en él, entre ellos, el de buena fe procesal, todos aspectos fundamentales a la hora de interpretar la Constitución y las normas dictadas conforme a ella. El estudio no elude un reproche a aspectos accidentales de la sentencia, como la excesiva extensión de la misma, así como también la falta de unidad argumentativa en el voto de minoría. Finalmente, se comenta sobre el sentido y alcance del fallo, y los efectos del mismo.

SUMARIO: 1. Introducción 1.1 Una consideración formal: el reproche a la extensión. 2. La discusión parlamentaria y la cuestión de constitucionalidad. 2.1 el análisis del tc vs. Nuestro análisis. 3. Comentarios sobre los elementos de derecho sustantivo de la sentencia. 3.1 sobre la iniciativa exclusiva del presidente de la república y el concepto de seguridad social. 3.2 sobre la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de “actuaciones” del congreso. 4. Sobre elementos procesales legislativos de la sentencia. 4.1 oportunidad para requerir y la “Maduración” de los recursos. 4.1.1 la doctrina de la maduración de los recursos en Ee.Uu. 4.1.2 Nuestro análisis. 4.2 ¿existe el principio de “buena fe” legislativa? 5. Una nota de sobre el voto de minoría. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Este artículo constituye una versión revisada de aquel publicado en *Revista de Derecho*

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 20 de julio de 2011¹, el Tribunal Constitucional (TC) dio a conocer la sentencia Rol N° 2025-11 mediante la cual resolvía la solicitud del Ejecutivo de declarar inconstitucional una actuación del senado en virtud de la cual se aprobaba una norma contenida en la denominada “ley del postnatal”, donde se habría eliminado el límite de financiamiento para esta política social establecida por el propio Ejecutivo en su mensaje inicial.

Una serie de factores convierten a este fallo en uno de los más emblemáticos del año, no tanto por abordar uno de los temas que fueron objeto de mayor discusión durante el 2011, sino por las materias involucradas: iniciativa exclusiva del Presidente de la República, el concepto de seguridad social y la administración financiera del Estado. A lo anterior debemos sumar otros temas periféricos pero no menos interesantes en su análisis como son el denominado *fair play* legislativo; la “maduración” en materia de requerimientos ante el TC, qué debe entenderse por “actos” del legislador y si cabe la declaración de inconstitucionalidad respecto de ellos, entre otros.

En este contexto, surgen una serie de interrogantes sobre el verdadero alcance del fallo, y sobre qué doctrinas se ven consolidadas en esta sentencia o, por el contrario, si nos encontramos frente a un cambio de rumbo frente a la jurisprudencia reciente y relevante en las áreas que aborda.

1.1 Una consideración formal: el reproche a la extensión

Una vez más el Tribunal Constitucional se pronuncia en un fallo extenso —a nuestro parecer— y quizás, excesivamente extenso. Y es que, no obstante la complejidad del caso, las materias que trata y las diferentes visiones que existen al interior de este, no encontramos razones que justifiquen las ciento treinta y tres carillas de la sentencia².

¹ En estricto rigor, el fallo señala en su encabezado ser del “20 de julio de 2010”, pero entendemos se trata de un error involuntario de redacción.

² Sorprendentemente, no se trata de los fallos más extensos del Tribunal, que en el último tiempo ha tomado esporádicamente este rumbo. Cabe citar el denominado fallo de postnatal o del caso de la píldora del día después Rol N° 740-07.

En efecto, la resolución del Tribunal relata en casi treinta y dos páginas la tramitación completa del requerimiento, donde incluso encontramos transcripciones de las intervenciones de los actores involucrados en la sala del Senado, otras tantas de los argumentos de los requirentes, incluyendo el detalles de sus capítulos y sus argumentos, lo cual resulta completamente redundante tomando en consideración que dichos argumentos son nuevamente tratados y analizados en su mérito en la parte resolutive del fallo.

Ello no acaba ahí: en la médula de la sentencia se hacen interminables transcripciones de opiniones de parlamentarios, exposiciones innecesarias de la situación y evolución histórica de la iniciativa presidencial desde 1812 hasta nuestros días con un análisis exhaustivo de dicha doctrina en cada uno de los textos constitucionales ya derogados (veintiún páginas) incluso transcribiendo discursos presidenciales de época. Lo mismo sucede con innumerables citas a diversos autores y un sobreenálisis de las propias facultades del propio TC.

El voto de minoría no hace sino profundizar esta tendencia extensiva. Así, a las ochenta y ocho extensas páginas de sentencia del voto de mayoría, los ministros disienten en otras no menos extensas cuarenta y cinco carillas, donde podemos encontrar dos subtendencias con cuarenta y treinta y siete considerandos, respectivamente.

Entendemos que el TC como juez constitucional deba dar razón de sus fallos, pero ello no quiere decir que debemos transformar cada sentencia en un tratado de derecho constitucional. Nos parece que esa es precisamente la labor que deben cumplir los académicos, estudiosos y comentaristas. Estas prácticas alejan al juez de su labor más esencial: resolver el conflicto jurídico sometido a su conocimiento. Los fallos extensos no solo distraen energía y constituyen un despropósito de un recurso escaso, sino que tienden a confundir al mundo jurídico al diluir las doctrinas y precedentes claros que deben emanar de un tribunal de la categoría del TC en un mar de disquisiciones no siempre justificadas o derechamente reiterativas.

No vemos cómo desde el punto de la ciencia jurídica ni de las partes involucradas esto pueda contribuir al objetivo central de una jurisdicción constitucional de prestigio, como es la que ha ido construyendo el Tribunal en sus 40 años. Este tipo de tendencia desvía a dicha institución de ese firme propósito.

Si existen distintas visiones dentro de un órgano colegiado, ellas deben presentarse de la manera más sucinta y precisa posible. Después de todo, la economía procesal y la claridad jurisprudencial constituyen valores que nuestro TC debiera abrazar. La insistencia de este tipo de fallos solo nublará el camino de los estudiosos del derecho constitucional y en nada ayudan a su propia misión.

Si bien existen variados ejemplos en el derecho comparado sobre sentencias hiperextensas, ellas no constituyen por sí mismas un valor, ni menos son modelos a los cuales debiéramos necesariamente someternos. Muchos de los fallos más emblemáticos o relevantes en materias constitucionales escasamente llegaban a las 10 carillas como son *Roe vs. Wade*³, *Brown vs. Board of Education*⁴ o el propio *Madison vs. Madison*⁵.

2. LA DISCUSIÓN PARLAMENTARIA Y LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

El 15 de marzo de 2011, el Ejecutivo ingresó a tramitación el proyecto de ley que extendía el período postnatal⁶. En dicha iniciativa se pretendía instaurar un descanso postnatal de 12 semanas –que incluye un subsidio sobre las remuneraciones de hasta 66 UF– a un nuevo permiso por otras 12 semanas, otorgando un nuevo subsidio para este período de hasta 30 UF, según el texto original del Ejecutivo. Por tratarse del un proyecto de ley que trata de materias propias de seguridad social y por comprometer nuevos gastos fiscales, dicho proyecto era de iniciativa exclusiva del Presidente de la República⁷.

Este límite de 30 UF fue altamente debatido en comisiones. En particular, los senadores Rossi y Rincón fueron abiertamente contrarios a que este nuevo período de 12 semanas contara con un

³ 314 F. Supp. 1217 (1970) fallo por el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció, en 1973 (por fallo dividido), el derecho al aborto inducido.

⁴ 347 U.S. 483 (1954) fallo histórico de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declaró que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas.

⁵ 5 U.S. 137 (1803) Se considera el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense. La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de realizar control de constitucionalidad.

⁶ Vid. Reseña Legislativa Número 995 del 21 de abril de 2011, Libertad y Desarrollo

⁷ Art. 65 CPR.

subsidio inferior al de las primeras 12, señalando que debía existir un subsidio “sin tope”⁸ a lo que también se sumaron los senadores Muñoz Aburto y Lagos.

Hasta aquí, esa discusión en comisión no tenía nada de especial en relación a sus aspectos constitucionales. Sin embargo, durante su votación en particular, el senador Rossi solicita votación separada del artículo 197 bis y señala que “el objetivo tenido en vista para ello es velar por la no discriminación en esta materia, lo que fue finalmente zanjado por la presidenta de la comisión, la senadora Rincón quien declaró admisible la petición de votación separada”⁹.

¿Cómo podría una petición de votación separada terminar por convertirse en una gran controversia de carácter constitucional que involucró a tres poderes del Estado? Con el objetivo de responder esta interrogante, es menester analizar el texto en cuestión. Su redacción original señalaba lo siguiente (hemos subrayado la parte del artículo que fue votada separadamente –y luego suprimida– por el Senado):

“durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del período postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la sexta semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando hagan uso del permiso postnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley No 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.”

⁸ Idem

⁹ Fs. 292 del Acta.

De este modo, el tope de 30 UF de subsidio –necesario por los recursos disponibles y la focalización del gasto– sería solo para este nuevo período de descanso, sin perjuicio de aplicarse las normas de cálculo de los actuales subsidios de pre y postnatal¹⁰. La fuente de financiamiento de este nuevo permiso sería el Fondo Único de Prestaciones Familiares, al igual que los actuales pre y postnatal¹¹.

Fueron reiteradas las veces que durante la discusión del proyecto se hizo presente la circunstancia que dicho proceder implicaba un vicio de constitucionalidad de forma¹². Sin embargo, fue aprobada la división y como consecuencia de ello, fue aprobada la primera parte del artículo y no la segunda. Luego, dicha discusión fue reiterada en los mismos términos en la sala del senado con idénticos resultados¹³.

¿Cuál fue el resultado práctico de esta aprobación parcial? Al suprimirse la fuente permanente de financiamiento prevista, se establece un subsidio con un monto máximo de 66 U.F. ya que la única norma existente al respecto (pero referida a las primeras 12 semanas) hace mención a este tope¹⁴. Es decir, se incrementa

¹⁰ Muchos senadores fueron particularmente imprecisos a la hora de informar sobre las críticas a este postnatal, señalando que alteraba al subsidio existente, lo cual constituía un error. Según el Diario de Sesiones del Senado, en la Sesión N° 20ª, Especial, celebrada el 19 de mayo de 2011, la senadora Rincón concluyó diciendo: “*Señor Presidente, el proyecto ahora en discusión es distinto del que entró al Congreso el 11 de marzo. Fue mejorado. No es el que nos habría gustado votar hoy, pero, claramente, fue perfeccionado*” pues “no obliga a las mujeres a renunciar a sus derechos” y “aumenta la cobertura”, entre otras razones (fs. 94 vta.);

¹¹ Asumiendo que existirían padres cuya remuneración imponible no sería cubierta completamente, se contempla el trabajo a jornada parcial, con un tope, ya que la suma de la remuneración y el subsidio en ningún caso podría superar el promedio de las tres últimas remuneraciones anteriores al inicio de su descanso prenatal, en el caso de la madre, o al inicio del permiso postnatal parental en el caso del padre.

¹² A saber, los senadores Longueira, Chahuán, Kuschel y Uriarte (Fs. 292) y posteriormente el Ministro Secretario General de la Presidencia, Cristián Larroulet. Se sometió a votación la admisibilidad de la votación separada, la que fue aprobada por 5 votos a favor y 3 en contra. Por la afirmativa sufragaron la Sra. Rincón y los Sres. Muñoz Aburto, Girardi, Rossi y Ruiz-Esquide. Se pronunciaron por la negativa los senadores Bianchi, Chahuán y Uriarte. Los Sres. Kuschel y Longueira hicieron constar que no votaban (fs. 294).

¹³ El senador Rossi declaró que se había ejercido la mayoría opositora, en la forma expuesta, con el objetivo de “obtener ventajas superiores” (SIC) Fs. 89 Diario de Sesiones del Senado, sesión N° 20ª.

¹⁴ Lo anterior por lo dispuesto en el DFL N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1981, por aplicación del artículo 198 del mismo proyecto en trámite, en relación con el artículo 8°, inciso primero, del DFL N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y con el artículo 16, inciso primero, del DL N° 3.500, de 1980.

el gasto inicial propuesto de 30 UF a 66 UF aumentando el gasto fiscal involucrado y contenido en el informe financiero acompañado al proyecto.

Así, para la requirente, se invadieron potestades propias y exclusivas del Poder Ejecutivo y para la contraparte, no se utilizaron sino las prerrogativas propias del Congreso Nacional.

2.1 El análisis del TC *vs.* nuestro análisis

El Tribunal Constitucional se autoimpone discurrir sobre cuatro aspectos de esta controversia. A saber:

La competencia e inexcusabilidad que le asiste a esta Magistratura para zanjar la controversia planteada, acerca de la constitucionalidad de la antedicha norma, así originada;

Evolución constitucional y alcance de las prerrogativas del Jefe de Estado para formular esta clase de leyes en materia de subsidios que son de cargo fiscal;

La iniciativa exclusiva del Presidente de la República en el presente conflicto de constitucionalidad;

Las prerrogativas del Congreso Nacional como foro de debate e instancia de definición respecto del proyecto presidencial así presentado; y

Para terminar concluyendo en un veredicto que restablece el imperio de la Constitución, con los alcances que se indican en la sentencia.

Valoramos aquí el esfuerzo argumental del Tribunal y su aproximación a crear una suerte de test a la usanza de los tribunales de competencia constitucional extranjeros. No obstante, a nuestro juicio incluye más elementos de los estrictamente necesarios para resolver la contienda¹⁵. Por otro lado el test carece de la abstracción suficiente para poder aplicarlo en otros casos similares, aun cuando entendemos que esta no fue la preocupación principal del sentenciador.

¹⁵ No vemos cómo el ejercicio de arqueología jurídica en materia de iniciativa exclusiva del ejecutiva pueda echar luz sobre la cuestión el conflicto, como denunciábamos en 1.1.

Con todo, nos parece que desde el punto de vista del análisis jurídico y técnico, las interrogantes centrales del fallo apuntan a dos áreas de la mayor relevancia jurídica. Una es de carácter constitucional sustantivo, es decir, se refieren a los efectos o alcances propios de la sentencia en normas constitucionales de núcleo duro, la que a su vez tiene dos variables. La primera de ellas se refiere a determinar el sentido y alcance de lo que debe entenderse por iniciativa exclusiva del Ejecutivo, respecto de lo cual ya existe variada jurisprudencia y doctrina y –que por esa precisa razón– resulta necesario analizar si el Tribunal varió, confirmó o profundizó lo señalado hasta ahora al respecto. El otro punto, menos evidente, pero igualmente relevante, es determinar la posibilidad de que el TC declare inconstitucionales las “actuaciones” del Congreso (criterio material o sustantivo) o bien si ello solo se remite al texto de una norma propiamente tal (criterio formalista).

El segundo grupo de cuestiones se refiere a las que denominaremos de carácter procesal legislativo o aquellas que impactan en el mismo proceso de formación de la ley, las que nuevamente dividiremos en dos subcategorías. En primer lugar sobre la existencia o no de la denominada Teoría de la maduración de los recursos jurisdiccionales; y lo segundo referido a la presencia de un estándar mínimo de comportamiento estratégico legislativo y la utilización del Tribunal Constitucional como mecanismo para entrapar la discusión legislativa dentro del marco de un *fair play* legislativo.

3. COMENTARIOS SOBRE LOS ELEMENTOS DE DERECHO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA

3.1 Sobre la iniciativa exclusiva del Presidente de la República y el concepto de seguridad social.

La cuestión debatida en la sentencia circunda la pregunta sobre la verdadera extensión de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia legislativa. Tal como señala el propio TC, las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de

Gobierno¹⁶. A la vez, busca impedir, según la doctrina actual sobre finanzas públicas, que “*los parlamentos, en contacto más próximo a sus electores y cuyos miembros pueden ser reelegidos indefinidamente, se sientan presionados a la extrema generosidad en los gastos, especialmente en los que significan beneficios personales, como la creación de empleos rentados y el aumento de los sueldos. Este peligro es aún mayor, si a la presión del electorado se agrega que los parlamentarios no son responsables por sus actuaciones como tales (...)*” Por esta causa, la Constitución Política establece limitaciones a la iniciativa parlamentaria en materia de gastos, en diversas normas, principalmente en relación con la aprobación del presupuesto y la formación de las leyes¹⁷.

Así, toca al Tribunal determinar si la actuación del Senado implica atribución de potestades reservadas exclusivamente al Presidente de la República, que para este caso son dos: las que se refieren a materias que implican gasto público y a las que se vinculen a temas de seguridad social.

En cuanto a la primera, el sentenciador reafirma categóricamente la impecable lógica constitucional: quien tiene a cargo los ingresos del fisco debe ser también responsable del gasto. En ese sentido, hace primar la realidad: dividir la votación implica indefectiblemente aumentar el tope del subsidio incluido en el proyecto original, y por tal motivo no sancionar la división de la votación implica pasar por encima una preclara norma constitucional, algo que el TC no está habilitado para realizar. Dicha doctrina queda cristalizada en considerando siguiente:

“CUADRAGÉSIMO CUARTO. *Que las atribuciones conferidas por la Constitución Política al Congreso Nacional se ejercen, como toda atribución entregada a órganos colegiados, a través del resultado que emane de las votaciones de sus integrantes. En la especie, el resultado de la votación del Senado, por la cual se modificó el tope del subsidio postnatal parental, repercute en un aumento del gasto público que demanda aquella prestación de seguridad social, propuesta por el Presidente de la República.*

De esta manera, al innovar, creando un nuevo subsidio, distinto y más elevado que el propuesto en la correspondiente iniciativa

¹⁶ Considerando Trigésimo noveno.

¹⁷ Araneda Dörr, Hugo. “Finanzas Públicas”, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 61

presidencial, la Cámara Alta aparece ejerciendo una atribución que no le ha sido otorgada por el artículo 65 constitucional, comoquiera que la misma se encuentra radicada expresamente en el Presidente de la República, extralimitación que, por lo mismo, comporta una vulneración de dicha norma (el subrayado es nuestro).

Al respecto, el TC no hace sino blindar una doctrina relativamente consolidada en los Roles N° 534, 1.007 y 1.867. Al respecto, la doctrina ha producido valiosos comentarios que precisan el concepto de iniciativa exclusiva¹⁸.

Luego, sobre la cuestión referida a los temas de seguridad social como materia de iniciativa exclusiva del Ejecutivo, el TC señala que fue la propia Comisión de Trabajo y Previsión Social la que determinó que el quórum de votación indicado en el informe que aquella –unida a la Comisión de Trabajo y Previsión Social– fue justamente el que corresponde a una de ley de quórum calificado, en atención a que la preceptiva se refiere a la seguridad social. Dicho criterio fue reiterado invariablemente en la votación de la sala. Por otro lado, en autos Rol N° 1.700 el TC ha entendido a la seguridad social como “*el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello*”¹⁹. En la especie, el TC afirma que 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 presidencial²⁰.

¹⁸ Vid. Soto Velasco, Sebastián. Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC a su interpretación. *Sentencias Destacadas 2007*. Libertad y Desarrollo p. 225 y Fermandois V., Arturo y García G., José: “Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36 N° 2, 2009, p. 297.

¹⁹ Alfredo Bowen Herrera, “Introducción a la Seguridad Social”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 97.

²⁰ Al respecto el H. Senador H. Larraín ha señalado que “*Todos sabemos que las normas de seguridad social o que incidan en ella –incluso hay una reforma constitucional propuesta ahora, que propicia suprimir la iniciativa presidencial sobre el particular–, son igualmente de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, según el numeral 6° del inciso cuarto del artículo 65: “Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho con mucha claridad que hay una unidad normativa entre*

Es importante recordar que esta facultad presidencial no se refiere exclusivamente a la presentación propiamente tal del proyecto sino a todo el proceso legislativo, principio sin el cual sería fácilmente vulnerable esta norma. Por ello, la potestad entregada a esa autoridad para hacer nacer una propuesta legal que involucre un nuevo gasto público, o un aumento del mismo y que, entre otras causas, pueda derivar en beneficios que se enmarcan en el ámbito de la seguridad social, no se constriñe como señalamos a la presentación del proyecto de ley. Lo anterior, señala el TC, desde que el inciso final del artículo 65 citado, a efectos de mantener y resguardar la iniciativa exclusiva descrita, solo permite al Congreso “*aceptar, disminuir o rechazar*” los beneficios y gastos propuestos por el Jefe de Estado, de donde se sigue que a los parlamentarios les está vedado aumentarlos, en cualquier instancia legislativa.

De este modo, tanto por tratarse de materias que implican gasto para el Fisco, como por referirse a materias propias de seguridad social, nos encontramos ante una norma que solo puede ser de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Central es por lo tanto el razonamiento realizado por el sentenciador cuando afirma que

“... las atribuciones conferidas por la Constitución Política al Congreso Nacional se ejercen, como toda atribución entregada a órganos colegiados, a través del resultado que emane de las votaciones de sus integrantes. En la especie, el resultado de la votación del Senado, por la cual se modificó el tope del subsidio postnatal parental, repercute en un aumento del gasto público que demanda aquella prestación de seguridad social, propuesta por el Presidente de la República”.

*el sistema de protección de la salud y de la seguridad social. En su sentencia N° 1710, ha señalado lo siguiente: “Que, finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de “garantizar” el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados”. (LEGISLATURA 360ª Sesión 1ª, en martes 13 de marzo de 2012 Ordinaria sobre el Boletín N 7955-11 MODIFICACIÓN DE SISTEMA PRIVADO DE SALUD). Pensamos que esta posición es minoritaria y que el concepto constitucional de seguridad social no puede ser extendido *ad infinitum* como en la interpretación precedente.*

3.2 Sobre la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de “actuaciones” del Congreso.

¿Es posible declarar la inconstitucionalidad de una actuación u omisión legislativa o solo es posible hacerlo respecto de un texto aprobado? Este punto fue abordado indirectamente por el Tribunal Constitucional a propósito de determinar su competencia e inexcusabilidad en relación a la contienda sometida a su conocimiento. Así en el Considerando Decimotercero y citando el Rol N° 1.410 señala que:

“la misión asignada a este Tribunal de velar por la efectiva vigencia del principio de supremacía constitucional –como soporte esencial del Estado de Derecho y de la democracia– abarca tanto la denominada “constitucionalidad de forma que apunta a la conformidad de los preceptos legales con el proceso nomogenético o de formación de la ley como la “constitucionalidad de fondo” que dice relación con la conformidad sustantiva de las normas legales con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental”²¹ (subrayado nuestro).

Queda claro que el TC interpreta el control de constitucionalidad de forma como algo que no se constriñe a control textual: involucra todo el proceso de formación de la ley, y como tal señala que no le caben dudas que el contenido normativo puede tener su origen tanto en una acción, *“como asimismo en un omisión de los órganos colegisladores que ha dado como resultado una determinada preceptiva que, en cualquier fase de la tramitación del proyecto de ley de que se trata, pueda estimarse contraria a la Ley Suprema”*.

No se confunde el Tribunal ni por un instante: no por controlar formalidades cae en formalismos; no por hacer valer la Constitución y las garantías de procedimiento legislativos cede a la tentación del activismo judicial. Tiene claro que su objetivo está en hacer prevalecer la Carta Fundamental sin dejarse llevar por el tecnicismo seductor. Se trata que de abordar la ley en su dimensión formal más completa: un resultado de un proceso claro y normado constitucionalmente y que por lo tanto cualquier acto que atente contra las reglas de dicho proceso alteran el producto final. Si ese producto es fruto de una tramitación que –por acción u omisión– vulnere normas constitucionales, entonces puede ser conocido y resuelto por el Tribunal Constitucional.

²¹ Sentencia Rol N° 1.410, considerando 25°.

En el mismo sentido, pero ahora referido a la inexcusabilidad, se pronuncia el considerando decimoséptimo al citar el Rol N° 591:

“desde 1970, el ordenamiento chileno ha previsto un sistema de solución de conflictos constitucionales radicado en este Tribunal, al cual se ha encomendado la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución, interpretación que debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, a fin de asegurar la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas”.

Al respecto, conviene advertir que esta línea argumental se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sobre la oportunidad de la presentación del requerimiento, lo que será abordado en el capítulo siguiente.

4. SOBRE ELEMENTOS PROCESALES LEGISLATIVOS DE LA SENTENCIA

4.1 Oportunidad para requerir y la “maduración” de los recursos

Uno de los puntos que llamaron la atención de este caso se refiere a la oportunidad en que se presentó el requerimiento. En efecto, resulta infrecuente que dicha acción judicial sea interpuesta durante la tramitación de la ley, ya que por lo general ello se hace una vez terminada la discusión del mismo y cuando el Congreso ha despachado el proyecto.

Sin embargo, dada la naturaleza de lo discutido, dicha anomalía no resulta del todo inexplicable. Dado que lo que se intentaba anular era una “actuación del Senado” y no un texto final (en otras palabras, un vicio de forma en cuanto a la tramitación de la ley y no la conformidad de su contenido sustantivo a la Constitución) era plausible pensar que el Ejecutivo buscara su anulación en esta etapa y no una vez finalizada la tramitación. Con todo, existían otras alternativas en virtud de las cuales se podría haber modificado el proyecto. A saber, el segundo trámite en la cámara revisora, el tercer trámite constitucional en la cámara de origen, la comisión mixta, y por cierto el veto presidencial.

La pregunta entonces es si resulta indispensable agotar estos mecanismos para poder interponer requerimientos ante el TC dada la supuesta deferencia inicial que tendría este órgano para con el Congreso. Este debate ha sido postulado a nivel comparado, en lo que se denomina la doctrina del *Ripeness* o maduración de los recursos judiciales, referido a la oportunidad en que estos deben presentarse luego de haberse agotado una serie de instancias previas.

4.1.1 La doctrina de la maduración de los recursos en EE.UU.

Sin importar qué tipo de tribunal esté conociendo del asunto, las demandas presentadas en cualquier corte norteamericana debe cumplir con los requisitos de oportunidad, o maduración. “*Ripeness*” es un concepto emanado del derecho anglosajón que se puede definir como la doctrina jurisprudencial generalmente aplicable en virtud de la cual se asegura que un tribunal no conocerá de ningún caso “antes de tiempo”²². Para entender esta figura, debe tenerse presente que si una ley de calidad ambigua ha sido promulgada, pero nunca aplicada, el juez cuestiona que la ley carece de la madurez necesaria para tomar una decisión. El objetivo es prevenir en la sentencia, dado que un conflicto puede no estar suficientemente desarrollado, cualquier posible lesión irreparable, o bien prevenir demandas especulativas. Así, problemas de madurez suelen surgir cuando un demandante solicita medidas de anticipación, como una medida cautelar.

La Corte Suprema de Estados Unidos elaboró un test de dos partes para evaluar los desafíos de madurez a las regulaciones federales. El test se aplica a menudo a cuestiones constitucionales de las leyes federales y estatales²³.

Ahora bien, en el contexto de una demanda, la Corte Suprema norteamericana ha sostenido que una demanda no está “lista” para sentenciarla cuando –a modo de ejemplo– la entidad estatal ha decidido implementar una regulación y se ha llegado a una decisión final respecto de la aplicación de la regulación de que se trate²⁴.

²² Informe de la Oficina de Presupuestos del Congreso de EE.UU. **Congressional Budget Office, Regulatory Takings and proposals for change**. <http://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/10xx/doc1051/takings.pdf>

²³ *Abbott vs Gardner*, 387 EE.UU. 136 (1967).

²⁴ La cita corresponde al fallo de *Williamson County Regional Planning Comissions v. Hamilton Bank*, 473 U.S. 172 (1985).

De este modo el requisito de oportunidad significa que los tribunales no consideraran habitualmente una demanda sobre regulaciones hasta que la Agencia involucrada haya realizado su decisión *final* sobre el derecho afectado y el titular de ese derecho haya sentido los efectos concretos de dicha decisión.

En raras ocasiones, un tribunal puede estar de acuerdo en conocer de una demanda, antes que la legislación haya sido aplicada a determinados derechos. En dichos casos los afectados alegan que el texto mismo de la ley inconstitucional y que su aplicación a un caso particular resulta irrelevante. Dichos casos son conocidos como “desafíos faciales” (*facial challenges*), puesto que retan o desafían a ley en su faz²⁵. Estos desafíos faciales alcanzan los requisitos o estándares de maduración porque el lenguaje de la ley en sí constituye maduración a los ojos de los tribunales. En dichas demandas resulta muy difícil obtener una sentencia favorable a las personas. Sin embargo, debido a la gran dificultad para convencer a los tribunales que una ley es inflexible y sus efectos tan severos, que las particulares circunstancias del titular del derecho son irrelevantes para las conclusiones del tribunal.

En Estados Unidos, las relaciones entre tribunales federales o estatales son regidas en parte por una norma autoimpuesta que los tribunales han establecido para minimizar conflictos y para asegurar que las demandas no sean llevadas ante tribunales federales si estas pueden ser resueltas a nivel estatal. De este modo, las cortes federales pueden requerir de los afectados que interpongan demandas como resultado de regulaciones estatales o locales que agoten todas las instancias judiciales y administrativas existentes con el objeto de obtener sentencias favorables a nivel estatal antes de que consideren que dichas demandas estén suficientemente “maduras” para ser conocidas en una corte federal.

Bajo la doctrina jurisprudencial de la abstención, los tribunales federales pueden inhibirse de ejercer jurisdicción sobre una demanda.

²⁵ En EE.UU. no existe control preventivo, denominado *Advisory Opinion*. Esta posición quedó fijada ya desde tiempos de George Washington, quien a través de su secretario de Estado, Thomas Jefferson consultó preventivamente a la Corte Suprema, donde los jueces respondieron que la Constitución no los autorizaba para tal actuación. *Vid.* Stone, Seidman, Sunstein Thushnet and Karlan. *Constitutional Law*. Aspen Publishers, Fifth edition (2006) p. 91.

Esta abstención ocurre típicamente si la interpretación de un asunto de ley estatal relevante en la demanda resulta poco clara y que esa interpretación, una vez realizada, pueda eliminar la necesidad de decidir el asunto constitucional federal. Las Cortes federales no invocan esta inhibición con el objeto de evitar considerar una demanda en instancias en que la ley estatal sea “saldada” (esto es, cuya interpretación sea clara) o en casos en que la acción del Estado sea inconstitucional sin importar de cómo la corte estatal interprete la ley. La abstención pospone la jurisdicción federal; no la precluye indefinidamente.

4.1.2 Nuestro análisis

Como vemos, la doctrina de la maduración tiene sentido cuando existe el derecho de inhibición por parte de los tribunales, pero es poco sustentable en nuestro sistema debido al principio de inexcusabilidad, incluyendo al Tribunal Constitucional. A lo anterior, debe sumarse el hecho en EE.UU. que por tratarse de un sistema federal (donde existen múltiples niveles de tribunales) y por lo tanto existen distintas instancias donde presentar acciones judiciales. Además, el órgano judicial constitucional por excelencia –la Corte Suprema– no puede conocer de una ley en carácter preventivo, lo que le da sustento a la división anglosajona de los tipos de control constitucional *a posteriori*, esto es, *facial* (al texto de la ley, en abstracto) o bien *as applied* (una vez aplicada la ley a un caso particular).

La sentencia despeja cualquier duda al respecto. Los requeridos pretendieron trasladar a la esfera del Tribunal la decisión de una cuestión que denominaron “netamente política, vinculada a las vicisitudes ocurridas durante la negociación de cualquier proyecto de ley”. No obstante, de haber sido tal, la intervención del Tribunal Constitucional en ese tipo de esfera hubiera resultado inofensiva. La razón de esta afirmación por parte de la defensa es que la indicación presidencial referida al tope del beneficio postnatal parental puede ser repuesta en segundo trámite constitucional o en comisión mixta, e incluso puede ser objeto de veto, según ya lo señalamos, y caso en el cual las Cámaras no podrían dividir la votación.

Con todo, es el propio tribunal el que reprocha este tipo de argumentación. Pone en evidencia que la defensa, en representación del Senado, ha aducido también que el conflicto sometido a esta

Magistratura se refiere a asuntos de técnica legislativa y a las decisiones asociadas al procedimiento legislativo o, eventualmente, al ejercicio de la prerrogativa del veto. No obstante el TC no compra la alegación basada en la inexistencia de vicios procedimentales vulnerarían la Constitución, dado una razón tan sólida como evidente: el proyecto de ley se inició por mensaje del Presidente de la República, por tratar de una materia de su iniciativa exclusiva, y asimismo se cumplió con acompañar el informe financiero de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. El hecho de haberse producido un rechazo con votación dividida del tope de 30 U.F., dejando subsistente el tope que contempla la actual legislación (66 U.F.): por donde se le mire, eso constituye un aumento de gasto y como tal, una invasión de las potestades exclusivas del Ejecutivo.

De este modo, no existe una verdadera cuestión referente a la oportunidad de la presentación del recurso, pero era de esperar igualmente que los requirentes corrieran un riesgo al jugar sus cartas en medio de la discusión legislativa, toda vez que no era del todo previsible la conducta del TC. De haberse tratado de una inconstitucionalidad material sobre un texto legal, el Tribunal actúa como verdadero “legislador negativo”; pero cuando dicha inconstitucionalidad es formal y está referida más bien al modo en que se votó una norma (y que como consecuencia de aquella se alteran reglas constitucionales sustantivas, como la iniciativa exclusiva) no estaba claro cuál iba a ser el actuar o la medida concreta del Tribunal. Al respecto, se recurrió a la expresión genérica de “restablecer el imperio del Derecho” en el entendido de una anulación de votación, debiendo por tanto procederse a votar la norma nuevamente, sin la división solicitada por el grupo de parlamentario señalados²⁶.

En esa lógica, el Tribunal opera sobre la siguiente línea argumental, donde fundamenta su posición sobre la maduración de la acción interpuesta:

“...no es exigencia para interponer la cuestión de inconstitucionalidad de un proyecto de ley en tramitación, la circunstancia de que se agoten –eventualmente– las vías propias del proceso de for-

²⁶ Damos por descartada la intención que el Tribunal “completara” o reemplazara un texto legal determinado, por no autorizarlo la Carta Fundamental.

mación y aprobación de la ley en las cámaras, puesto que el constituyente ha permitido en términos amplios su impugnación, tanto por el Presidente de la República como por parlamentarios, ya sea por vicios de forma o de fondo”²⁷.

Reafirma el TC esta postura, resaltando precedentes anteriores, en particular las sentencias roles N°s 160, dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, y 1.504, pronunciada con posterioridad a aquella modificación, en las que no se estableció ningún requisito referido al momento en que es posible deducir una cuestión de constitucionalidad durante el proceso de formación de la ley. Luego, la Ley N° 20.381, que vino a modificar la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del TC, no estableció como requisito de admisibilidad del requerimiento, como la pretendida por el senado, en el que la impugnación se formule en una determinada etapa de la tramitación del proyecto de ley o el que haya hecho imposible su modificación por parte de alguno de los órganos colegisladores;

Existe, finalmente, un argumento de texto que el Tribunal no elude. El artículo 93 de la Constitución, inciso primero, en su numeral 3°, prescribe que son atribuciones del Tribunal Constitucional: “*Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley (...)*”, por lo que resulta claro que el constituyente no ha constreñido la competencia del Tribunal Constitucional a un determinado período o instancia del proceso legislativo ni ha establecido como requisito el que se hayan agotado las instancias al interior de dicho proceso para que pueda interponerse una cuestión de inconstitucionalidad, como ocurre en ciertas ocasiones en la expuesta doctrina del *Ripeness*.

Fuerza es recordar que la inmensa mayoría de los requerimientos presentados ante el Tribunal Constitucional lo son precisamente cuando el proyecto de ley se encuentra totalmente tramitado o despachado por parte del órgano legislador. Lo anterior tiene sentido ya que, del mismo modo, estos requerimientos son mayoritariamente contra un texto específico de la iniciativa legal y, por tanto, dicha fijación de su contenido no es definitiva sino hasta su último trámite

²⁷ Considerando XXII.

legislativo en el Congreso y hasta antes de su promulgación²⁸. Siguiendo dicha lógica, al no referirse la actual sentencia –ni para estos efectos, su respectivo requerimiento– a un texto específico (sino a una actuación en el proceso legislativo) no resulta menester que dicho este se encuentre “fijado”, no siendo consecuencialmente indispensable que haya finalizado su tramitación legislativa.

4.2 ¿Existe el principio de “buena fe” legislativa?

Qué duda cabe que el Estado de Derecho constituye el sometimiento de gobernantes y gobernados al imperio de ley, como modo de asegurar la libertad de los individuos frente a la actuación estatal. Igualmente claro tanto la Constitución como las normas dictadas conforme a ellas constituyen el marco rector de sus actuaciones y que a ellas deben someterse.

Cabe preguntarse entonces, si esas normas son únicamente un conjunto de formas vacías y que basta su cumplimiento formal para estar en presencia de un Estado de Derecho, o por el contrario si la Constitución y sus normas conforman también un conjunto de principios, a los que la doctrina ha denominado el “bloque de constitucionalidad”²⁹. Hasta ahora esa doctrina se ha utilizado casi exclusivamente en materia de derechos fundamentales³⁰. El

²⁸ Al respecto, y tal como hemos señalado en otras oportunidades, somos críticos del actual sistema de interposición de requerimiento. En efecto, la Constitución exige interponer dicha acción antes de la promulgación de la ley. En la práctica, dicha acción puede ser materialmente bloqueada por el Ejecutivo si inmediatamente despachada la ley por el Congreso, remite el Decreto promulgatorio a Contraloría, pulverizando toda posibilidad de interponer un requerimiento. Al respecto nos parece que debe existir una solución de *lege ferenda* ya que la actual disposición de la L.O.C. respectiva nos parece de dudosa constitucionalidad.

²⁹ Vid. Favoreau, Louis, «El bloque de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, Madrid, 1990 y Rubio Llorente, Francisco, «El bloque de constitucionalidad» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, Madrid, España, 1989.

³⁰ Para el profesor Cea Egaña son aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”. Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, Tomo I, Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, p. 221. Vid. *Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia. Ius et Praxis v.9 n.1 Talca 2003.*

cuestionamiento es entonces si la Constitución obliga a toda institución persona o grupo, los obliga a someterse a ciertos valores constitucionales contenidos en su texto, en especial cuando se trata de órganos del Estado, todo vez que de conformidad al Artículo 7º, no pueden atribuirse potestades no conferidas expresamente por el ordenamiento jurídico. Entre dichos valores podemos encontrar el principio de vinculación directa de la constitución, la supremacía constitucional, etc. ¿Es la “buena fe” constitucional-procesal uno de ellos?

La reflexión viene a propósito de que durante la tramitación de la ley que dio objeto al requerimiento, muchos legisladores fueron persistentes en la actuación que más tarde terminó por anularse, sin importar las advertencias de Secretarios de Comisión, el Ejecutivo o incluso parlamentarios de la propia coalición política³¹, sobre lo inconstitucional, ilegal y antirreglamentario de su actuación consistente en dividir una votación y que tuvo como resultado práctico invadir la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. ¿Es posible realizar este tipo de actuaciones con el objetivo (querido o no) de provocarle una dilación legislativa –y con un claro efecto político– al gobierno de turno?

Vale la pena recordar entonces qué es lo que señalan los textos expuestos para ver si a partir de estas reglas es posible torcer los prin-

³¹ El senador Rossi, quien propuso la idea de votar separadamente las oraciones e incisos del artículo 197 bis, expresó que: “*Gracias a la Concertación, senador Longueira –lo digo por intermedio del Presidente– esta iniciativa es ahora mucho mejor. Si el Presidente de la República fuera sabio y si estuviera realmente interesado en el futuro de los niños de Chile, acogería nuestra propuesta y le pediría a ustedes que valoraran nuestras indicaciones. Finalmente se lucirá en su discurso el 21 de mayo, porque diría que se aumentó la cobertura del postnatal, que no se discriminó, que no se les quitaron derechos a las mujeres*”. Por su parte, el senador Escalona expresó que: “*El presupuesto nacional, que contribuímos a aprobar, asciende a 55 millones de dólares. Y la diferencia eventual entre el proyecto enviado y el aprobado es de 35 millones de dólares. O sea, de acuerdo con el artículo 67, el Presidente de la República está autorizado para resolver el problema que presente este último monto, en relación con el presupuesto de 55 mil millones aprobado para el año en curso*”. La senadora Rincón, a su vez, cuantifica el aumento en la suma de 35 millones de dólares, lo que “no son una cifra sideral”. En igual sentido, el Senador Lagos se pregunta si “¿el país no puede financiar esa cantidad?”. A su turno, el Senador Gómez al contestar acerca de la intromisión en las facultades presidenciales expresa: “*Me alegro de que de una vez por todas el Congreso Nacional haya tomado la decisión de impugnar esta Constitución, que contempla facultades que imponen un régimen casi monárquico en el país*”. Por último, el senador **Zaldívar** reconoce “*que se da el efecto indicado: se produce un mayor gasto. Por cierto, es posible que ello sea así*”.

cipios que emana de ella. En primer lugar la Constitución señala en su artículo 69 que todo proyecto de ley “puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”.

A continuación, Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, reiterando la citada norma constitucional en el inciso primero de su artículo 24, establece que “[s]ólo serán admitidas las indicaciones que digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”³². Añade el artículo citado, en sus incisos segundo y tercero, lo siguiente: “*No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a tales gastos. (...) En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento. No obstante, se admitirán las indicaciones que tengan por objeto aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que haya propuesto el Presidente de la República*”³³.

³² No obstante, en su texto original este precepto legal aludía también a las indicaciones “tendientes a la mejor resolución del asunto por la corporación”, alusión que fue suprimida del texto por sentencia de este Tribunal (Rol 91) que estimó que “... no es posible incluir entre las indicaciones que puedan presentarse a un proyecto de ley en trámite aquellas “tendientes a la mejor resolución del asunto por la corporación”, ya que ellas pueden solo ser las que “tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”, según lo señala expresamente el artículo 66 de la Constitución Política de la República”

³³ La Ley Orgánica del Congreso restringe la divisibilidad en casos excepcionales. Junto a este caso (cuando implica afectar normas constitucionales como la iniciativa exclusiva, es suman, respecto de las votaciones en general, en que el proyecto debe ser admitido o desechado en su totalidad (artículo 23, inciso segundo); segundo, los informes de las comisiones mixtas, que no pueden ser objeto de indicaciones y se votan en conjunto (artículo 31); tercero, respecto de cada observación que formule el Presidente de la República en un veto, que debe ser aprobada o rechazada en su totalidad, sin que quepa dividir la votación para aprobar o rechazar solo una parte (artículo 35); y, finalmente, respecto de los tratados, que deben ser aprobados o rechazados en votación única (artículo 59).

Finalmente, Reglamento del Senado, dictado en consonancia con las normas jurídicas citadas en lo relativo a las indicaciones que pueden formularse durante la tramitación de los proyectos de ley y de los demás asuntos que se tramitan en dicha Corporación³⁴. El artículo 164 del Reglamento del Senado, según el cual “*cualquier Senador podrá pedir que se divida una proposición antes de empezar su votación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*”. A su vez, el aludido artículo 35 exceptúa de la división de la votación a las normas contenidas en las observaciones formuladas por el Presidente de la República a los proyectos de ley o de reforma constitucional³⁵.

Al respecto resulta ilustrativo lo que señala el Reglamento de la Cámara de Diputados, que si bien no es vinculante para los senadores, es particularmente atinente. Dicho Reglamento, en su artículo 146, dispone que “cualquier diputado podrá pedir que se divida una proposición antes de cerrarse el debate, salvo los siguientes casos: ... b.) Que de dividir la proposición pueda incurrirse en una decisión inconstitucional, situación que debe ser calificada por el Presidente”.

En definitiva, ni la división de la votación ni ninguna otra actuación de un órgano del Estado, al tenor de los artículos 6 y 7 del Código Político, puede hacerse generando efectos inconstitucionales, ya que ningún órgano del Estado puede actuar fuera de la Constitu-

³⁴ En muchas de dichas normas alude únicamente a las proposiciones que recaen en el texto de un proyecto de ley, para introducirle “adiciones o correcciones”, las cuales, según señala Silva Bascuñán pueden tratar “*ya de la agregación de un elemento; ya del perfeccionamiento del propuesto; ya de la supresión de determinado requisito; ya, en fin, de la sustitución de uno por otro, o de varios por uno o de uno por varios, etc.*” (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII, pág.120). El inciso primero del artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y los artículos 118, 120, 121, 122 y 124 del Reglamento del Senado, entre otros utiliza esa acepción. En otros casos, sin embargo, la expresión es utilizada en un sentido más amplio, como en los artículos 37, 88, 131, 166 y 185 del Reglamento del Senado, en las cuales la voz indicación alude a proposiciones de la más diversa naturaleza relacionadas con la introducción de ciertas modalidades o formulación de solicitudes para ordenar de determinada forma el proceso legislativo, o bien, para que la Corporación emita pronunciamiento sobre determinados asuntos de otra índole.

³⁵ Reglamento del Senado es una fuente escrita del Derecho Constitucional chileno, como se reconoció en la sentencia Rol N° 1 de 1972, del Tribunal Constitucional, en su considerando 12º, de manera que las disposiciones contenidas en él no pueden entrar en colisión con las normas constitucionales sino que deben ser interpretadas a la luz de ellas.

ción, que en este caso consistió en invadir la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Con todo, no es posible determinar cuál sería la sanción a una supuesta mala fe legislativa. En efecto, si dicha actuación vulnera normas constitucionales, dicha vulneración debe sancionarse del modo que la propia Carta Fundamental contempla para este tipo de actuaciones, esto es, mediante la restitución del imperio del Derecho. Cualquier otra actuación que exceda este ámbito, como la eventual mala fe legislativa debe quedar entregada a la opinión ciudadana, soberana para determinar si dicha vulneración exceden ciertos principios considerados esenciales por la ciudadanía, reflejando su decisión en las urnas más que en tribunales. Aún así, queda abierta la interrogante sobre si es posible ampliar la mirada sobre qué entendemos por bloque de constitucionalidad y su vinculación los procedimientos de un poder del Estado como límites del mismo. ¿A qué está obligado finalmente el legislador?

5. NOTA DE SOBRE EL VOTO DE MINORÍA

No constituye una sorpresa que no concordamos con los argumentos ni las conclusiones esgrimidas por el voto de minoría. Sin embargo, resulta indispensable hacerse cargo de algunas ideas esbozadas en esa sección de la sentencia.

Empero, resulta ineludible aclarar que –para confundir más las cosas–, y haciendo eco del punto señalado en 1.1, se trata en estricto rigor de dos votos de minoría, ambos –ciertamente– muy extensos, el primero con cuarenta considerandos y el segundo con cuarenta y dos.

La primera de estas disidencias es compartida por los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento; en tanto la segunda, los Ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por rechazar el requerimiento y considerar que el Senado no había incurrido en ningún vicio de constitucionalidad.

Llama profundamente la atención la incapacidad del Tribunal de llegar a acuerdo para redactar un solo voto de minoría que refleje

cierta consistencia y que de fuerza persuasiva –nunca vinculante– a dicho voto, no obstante las similitudes entre ellos. Los votos de minoría tienen el rol fundamental de recoger argumentos que luego pueden ser utilizados en otros casos o bien por la doctrina para apuntalar futuras posiciones que podrían eventualmente convertirse en votos de mayoría. Esta dispersión no ayuda a tal objetivo y debilita el rol de la posición minoritaria dentro de una sentencia, incluso desde el punto de vista de la historia del Derecho. Lo anterior es particularmente relevante para este caso, toda vez que se trata de los mismos ministros en uno y otro caso, con la sola salvedad del ministro Viera-Gallo, quien no participó de la segunda disidencia³⁶. Más allá de esta observación formal y académica, existen puntos que merecen cierto nivel de reflexión.

El primero se refiere a la disidencia inicial. Nos parece relevante el argumento que se hace en relación a que no sería posible invocar un resultado provisional como si fuese definitivo. En el presente caso, como lo han expresado públicamente varios Ministros del Gobierno, existe voluntad de buscar acuerdos en la Cámara de Diputados, es decir, están contestes respecto del carácter provisorio de la norma aprobada por el Senado. Junto con esto, los sentenciadores de minoría señalan que el proyecto de ley en cuestión estaba en plena

³⁶ En el voto de mayoría también existió un prevención aditiva, pero muy menor. Los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto y señora Marisol Peña Torres previenen que, aunque comparten en su integridad la fundamentación de la sentencia, estiman que corresponde al Tribunal precisar los efectos de la misma, tal y como se ha procedido en sentencias Roles N°s. 464, 1.005, 1.504 y 1.867, a cuyo objeto añadieron en las conclusiones del fallo, los siguientes considerandos:

^{1°} *Que, por aplicación del artículo 94, inciso segundo, de la Constitución Política, las disposiciones que este Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto de que se trate, norma que impide que la disposición específica declarada inconstitucional, esto es el inciso primero del artículo 197 bis del Código del Trabajo, surgido del desglose y posterior votación del Senado, siga tramitándose en el proyecto de ley de que conoce actualmente la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional, y*

^{2°} *Que, sin embargo, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional no tienen más efectos que los que la propia Carta Fundamental contempla, nada impide que durante la tramitación que resta del proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo, se formule y eventualmente se apruebe una indicación que modifique los términos de la norma contenida en el proyecto de ley original, aumentando el monto del beneficio, pero siempre que ella surja de la iniciativa del Presidente de la República y frente a la cual, atendido lo dispuesto en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, el Congreso Nacional podrá únicamente aceptarla, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Jefe de Estado, pero no aumentarlos como sucedió en el caso que motivó el requerimiento de que ha conocido esta Magistratura”.*

elaboración (recién ha pasado a la Cámara revisora en segundo trámite constitucional). Faltan además un eventual tercer trámite en el Senado, una posible comisión mixta y eventual veto presidencial, etapas en las cuales podría corregirse el efecto inconstitucional alegado por el Ejecutivo. De lo anterior, deducen que no se ha “consumado” una cuestión de constitucionalidad propiamente tal que habilite una intervención de esta Magistratura, por lo cual el requerimiento interpuesto a fojas 1 debió ser rechazado. A nuestro parecer no es correcta esta aproximación. Lo anterior se fundamenta en lo ya señalado en relación a la doctrina del *Ripeness* y que por lo tanto, no tiene asidero en nuestra Justicia Constitucional *ex ante* como control preventivo, según lo señalado y concluido en 4.1.

Para la segunda disidencia, nos sorprende una afirmación que, si bien se refiere a un análisis histórico tiende a confundir. Así, de conformidad a los sentenciadores de minoría, en un contexto de abundancia de recursos públicos, el contrapeso que pueda ejercer el Congreso frente a una agresiva política de gasto fiscal del Ejecutivo, se torna central. Bajo esta expresión trasciende que de algún modo la Constitución (o al menos su interpretación) varía según la abundancia o carencia de recursos fiscales y que lo “exclusivo” de las potestades reservadas al Poder Ejecutivo tuvieran distinta intensidad de conformidad a esta oscilación presupuestaria. De ser este el sentido que le quisieron dar sus autores, nos parece preocupante, ya que sujeta la aplicación de la Carta Fundamental a una variable enteramente circunstancial.

Un segundo aspecto, se refiere que, según sus autores, la Ley Orgánica del Congreso solo restringiría la divisibilidad de las votaciones en casos excepcionales. Primero, respecto de las votaciones en general, en que el proyecto debe ser admitido o desechado en su totalidad (artículo 23, inciso segundo); segundo, los informes de las comisiones mixtas, que no pueden ser objeto de indicaciones y se votan en conjunto (artículo 31); tercero, respecto de cada observación que formule el Presidente de la República en un veto, que debe ser aprobada o rechazada en su totalidad, sin que quepa dividir la votación para aprobar o rechazar solo una parte (artículo 35); y, finalmente, respecto de los tratados, que deben ser aprobados o rechazados en votación única (artículo 59). En todos los demás casos, afirman los sentenciadores, sería perfectamente posible la división de la votación de un proyecto de ley. A nuestro parecer

dicha lógica nos parece incompleta ya que es la propia Ley Orgánica la que señala que “*No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado*”³⁷. El voto de minoría se escuda en la circunstancia de que nunca existió una *indicación* para dividir la votación. Sin embargo, el efecto es exactamente el mismo: del mismo modo que nadie podría alegar que aprobar una indicación que tiene por objeto suprimir una norma de un proyecto de ley es exactamente lo mismo que votar en contra de esa misma norma. Si el resultado de ambas es inconstitucional, la distinción semántica no tiene sentido alguno ni menos se condice con el formalismo que acusa el voto de minoría al de mayoría. Por el contrario, la opción de este último nos parece más armónica con un Derecho constitucional sustantivo que ve en el proceso legislativo un mecanismo que finalmente constituye una garantía para los ciudadanos frente a uno de los poderes del Estado, garantía que debe estar en el centro de toda sociedad libre, cuyo gobierno se someta a un Estado de Derecho.

6. CONCLUSIONES

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado –extensamente– en un caso que tenía como protagonistas principios tan relevantes como la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materia de gasto y seguridad social, acorde a la lógica que subyace a la Carta Fundamental. Dicho razonamiento consagra una idea central: quien tiene la responsabilidad del ingreso de fondos públicos, tiene también la responsabilidad del gasto. Lo anterior se alinea con los principios de transparencia y gobierno limitado.

En esta sentencia, el TC no se ha dejado llevar por formalismos retóricos, sino que ha hecho primar una visión realista, purgando una decisión política que tenía como objetivo dividir una votación causando un efecto inconstitucional. Aquí no existe tampoco abandono de las formas esenciales: por el contrario, la sentencia defiende –precisamente– ese conjunto de mecanismos nomogénicos, pero desde un punto de vista material, sustantivo y finalista. Se reconoce en dicho proceso un valor y un principio constitucio-

³⁷ Artículo 24 LOC del Congreso Nacional N° 18.918.

nal, y no solo el cumplimiento de etapas procesales consecutivas. En esa lógica, no es posible intentar hacer tropezar al sistema mediante actuaciones que terminan por vulnerar finalmente la Constitución.

De lo anterior concluimos que el fallo cumple cuatro aspectos relevantes: en primer lugar refuerza un principio –que ya se constituye en precedente– sobre lo que debemos entender por iniciativa exclusiva, precisando su contenido y dotándolo de un rico valor doctrinario; segundo, consagra el valor del Tribunal Constitucional como intérprete final –pero no exclusivo– de la Carta Fundamental donde consolida la idea que es un órgano encargado de realizar un contrapeso a otro poder del Estado, cualquiera sea la actuación que la Constitución halla sometido a su conocimiento y no solo como un mero corrector de texto. De ahí que le sea posible corregir “actuaciones inconstitucionales” del proceso legislativo y no únicamente el producto final de este; tercero, no tiene cabida en el proceso de control de constitucionalidad preventivo en Chile la doctrina de la maduración o agotamiento de las instancias para objeto de realizar esta labor, a veces presente en otros procedimientos en el derecho comparado; y cuarto, queda abierta la interrogante sobre qué principios sustantivos integran el proceso legislativo (y de si existe una suerte de buena fe procesal en él) y cuáles serían las consecuencias de una eventual vulneración a esos principios.

En definitiva, pensamos que se trata de un buen fallo que va en sentido correcto, toda vez que refuerza la idea de libertad, al solidificar principios que tienen como único objetivo proteger a los ciudadanos de su propio legislador. Esperemos que en el futuro no sea necesaria una sentencia tan extensa para reafirmar dichos valores. Así, en concordancia a lo señalado por Soto Velasco, nos parece que la existencia de materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República es –finalmente– un elemento de una sociedad libre³⁸.

³⁸ *Supra* nota 16, pág. 255.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARANEDA DÖRR, Hugo (1993): “Finanzas Públicas”, Editorial Jurídica de Chile.
- CEA EGAÑA, José Luis (2002): Derecho Constitucional chileno, Tomo I, Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, p. 221.
- CONGRESSIONAL BUDGET OFFICE. Regulatory Takings and proposals for change. <http://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/10xx/doc1051/takings.pdf>
- FAVOREAU, LOUIS (1990): «El bloque de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, Madrid.
- FERMANDOIS V., Arturo y GARCÍA G., JOSÉ (2009): “Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36 N° 2.
- LIBERTAD Y DESARROLLO, Reseña Legislativa Número 995 21 de abril de 2011
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003): Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis* v.9 n.1 Talca.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1989): «El bloque de constitucionalidad» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, Madrid, España.
- SOTO VELASCO, Sebastián. Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC a su interpretación. *Sentencias Destacadas 2007*. Libertad y Desarrollo.
- STONE, SEIDMAN, Sunstein Thushnet and Karlan (2006): *Constitutional Law*. Aspen Publishers, Fifth edition p. 91.