

UN COMENTARIO LIBRE A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL POSTNATAL: REFLEXIONES ACERCA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES¹

Alberto Coddou Mc Manus²

Resumen

El presente artículo busca mejorar la calidad del debate en torno a la consideración de la (mejor) teoría política subyacente a los estándares de evaluación que utiliza el Tribunal Constitucional. Dado este objetivo, y a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley del subsidio postnatal, se hace un análisis de la discusión presidencialismo-parlamentarismo, y una reflexión acerca de la falta de discusión filosófica sobre las reglas y principios que gobiernan el procedimiento de formación de las leyes. Todo ello, teniendo como base una apreciación crítica del modo en que el principio de separación de poderes juega un rol determinante en la solución de los conflictos del ejercicio del poder.

1. Introducción

Con fecha 20 de Junio de 2011, el Tribunal Constitucional (TC) dictó la sentencia relativa al proyecto de ley que creó el permiso postnatal parental (en adelante, la sentencia del postnatal), declarando la inconstitucionalidad de la actuación del Senado de modificar un artículo a través de su atribución de dividir la votación de un mismo artículo.³ En un fallo dividido, la mayoría estuvo por acoger el requerimiento presentado por el presidente de la República, con un voto de disidencia suscrito por cuatro ministros.⁴

¹ Agradezco los valiosos comentarios de Valeria Lübbert y Juan Pablo González.

² Abogado, Universidad de Chile, LL.M. New York University, profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales, y de Derecho Internacional Público, Universidad de Valparaíso.

³ Tribunal Constitucional, Rol 2025-2011, sentencia de fecha 20 de julio de 2011.

⁴ En realidad, se trata de dos votos de disidencia. El primero sostiene que no habría un vicio de forma consolidado y que al TC no le correspondería intervenir; para el segundo, en cambio, no habría vicio alguno. Se hará alusión a uno u otro según el caso.

Para algunos, la división partisana del voto de los ministros del Tribunal Constitucional representa un atentado al Estado de Derecho, en tanto la norma que garantiza la iniciativa exclusiva en materias de gasto público sería una regla jurídico-constitucional incontrovertible.⁵ Para una editorial del Diario El Mercurio, las reglas constitucionales no deben interpretarse en base a principios o enfoques cuando hay una regulación expresa y un tenor claro, como en el caso en estudio. De ahí la acusación que lanzaron en contra de los abogados nombrados por el Senado para contestar el requerimiento presidencial: “todo esto indica que juristas eruditos pueden argumentar a favor de cualquier decisión que por razones políticas interese adoptar, lo cual afecta la percepción de la ciencia del derecho constitucional, disciplina indispensable en una democracia de calidad”.⁶

Para otros,⁷ entre quienes me encuentro, las posibilidades de determinar el sentido y el alcance de los preceptos constitucionales están abiertas a formas, enfoques y aproximaciones que deben hacerse cargo del trasfondo que anima la interpretación constitucional: el debate acerca de los asuntos del poder, acerca no solo de los límites de las atribuciones de los diferentes poderes del Estado, sino acerca del modo en que estos dialogan, sus relaciones, y las posibilidades de resolver conflictos políticos de la mejor manera.

En ese contexto, la sentencia que me propongo comentar está en directa relación con el modo en que entendemos la doctrina de la separación de poderes, en tanto esta representa no solo la expresión concreta de órganos, potestades, limitaciones y formas legales,⁸ sino una dimensión vital de nuestra teoría política. Del mismo modo, la sentencia pone en evidencia la discusión acerca de la legitimidad y las implicancias que un régimen político como el presidencialismo ostenta.

La sentencia fue objeto de diversos análisis, tanto a nivel político como académico. Sin embargo, pocos de ellos han destacado la importancia política de los argumentos contenidos en el fallo, que va más allá del campo de

5 *El Mercurio*, “El TC y la Supremacía Constitucional”, 20 de julio de 2011, página A2.

6 *Ibíd.*

7 Gargarella, Roberto, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, (Abeledo Perrot) 2008.

8 El principio de separación de poderes, presentado por Bodin, sufre de cambios con la democracia y se nos presenta como una doctrina de separación de poderes que va más allá de la mera separación de funciones asignadas a distintos órganos. Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, (Oxford University Press) 2010, p. 452. En este artículo se ocupará ‘doctrina’ y ‘principio’ de separación de poderes de manera indistinta.

una estricta dogmática constitucional. Por ello, este artículo buscará destacar dos cuestiones de especial relevancia que surgen como reflexiones a partir de la sentencia: primero, la discusión acerca del régimen presidencialista imperante en Chile; y, segundo, el modo de entender y aplicar el principio de separación de poderes como un enfoque particular en el razonamiento constitucional. Estas reflexiones, a mi entender, surgen como un paso previo a la dogmática, en tanto asumen la inevitable naturaleza política del derecho constitucional y de los textos constitucionales. Y, en ello, ayudan en la labor de construir la legitimidad de un Tribunal que funciona al interior de una comunidad dogmática con poca capacidad de autocrítica. Además, generan la posibilidad de reflexionar acerca de la salud y estabilidad de nuestro ordenamiento constitucional, pues una de las claves para el éxito de las constituciones –como los casos del Reino Unido y Estados Unidos–, es la capacidad de lograr un cierto balance entre continuidad y cambio. Para ello, sin embargo, las doctrinas constitucionales en ambos países han desarrollado diversas ideas que permiten solucionar los problemas constitucionales que se pueden producir entre los diversos poderes del Estado. Sin perjuicio de que ambos países posean regímenes políticos distintos (presidencialismo-parlamentarismo), el modo de entender la constitución a través de controles, entendimientos y desarrollos políticos ha permitido extraer valiosas lecciones para sistemas constitucionales como el nuestro, tan carentes de buena doctrina constitucional.

1.1 Metodología

Mi método consiste en analizar la teoría política subyacente a nuestra Constitución y, en específico, al modo en que esta fue entendida por el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento.⁹ En otras palabras, no busco hacer un trabajo dogmático de reconstrucción racional que me permita calificar deónticamente la “actuación” del Congreso¹⁰ que se impugnó ante el TC.¹¹ Antes bien, busco entregar razones que le permitan al Tribunal Constitucional considerar seriamente la (mejor) teoría política subyacente a sus estándares de evaluación.

9 Atria, Fernando, *Los peligros de la Constitución*, (Universidad Diego Portales) 1997, p. 22.

10 Usaré las palabras Congreso y Parlamento de manera indistinta, a pesar de que es frecuente hacer distinciones en el uso de estos términos según el régimen político.

11 Para un análisis detallado de la sentencia, que explica los dilemas jurídico-constitucionales a los que se vio enfrentado el TC, puede verse el artículo de Francisco Zúñiga y Kamel Cazor, en este mismo anuario. Para un análisis de la misma basado en las infracciones al principio constitucional de igualdad, véase el artículo de Amaya Alvez Marín contenido en este anuario.

Para una mejor comprensión de la estructura del artículo, en lo que sigue presentaré algunas ideas relevantes acerca del debate presidencialismo-parlamentarismo que se exponen como un excursus del análisis del fallo (2); posteriormente, presentaré algunas ideas acerca del modo en que el principio-doctrina de separación de poderes debiera ser entendido y su impacto en el razonamiento judicial del TC (3); por último, se entregarán algunas reflexiones finales (4).

2. Excursus: El debate entre presidencialismo y parlamentarismo hoy

Más allá de la continuidad institucional del presidencialismo en Chile, vigente desde la Constitución de 1925, la realidad nos muestra que las relaciones entre los distintos poderes han cambiado drásticamente hasta la fecha. A pesar de estos cambios, la discusión sigue basada en estereotipos que poco ayudan a una adecuada comprensión de los problemas. En ello, la ciencia política ha sido vital en lograr una mejor descripción de los diferentes sistemas.

En el contexto de los regímenes presidencialistas latinoamericanos, los primeros estudios relativos a la actividad de las legislaturas de la región las caracterizaban como “instituciones secundarias que solo daban legitimidad democrática al actuar del Ejecutivo (*rubber stamp legislatures*)”.¹² Para Griffith, los regímenes presidenciales conllevan el hecho de que los parlamentos “deben ser vistos como foros en los que los poderes contendientes [...] debaten los problemas diarios o los asuntos de su elección. El Parlamento ha de ser visto no como un cuerpo gobernante sino como un foro de debates”.¹³ En el escenario actual, y al igual como los estados han cedido parte de su soberanía normativa a centros de producción normativa que se encuentran más allá de sus fronteras, los parlamentos han cedido parte de sus competencias –de manera consciente o no– a los poderes ejecutivos y a los jueces.¹⁴

La evidencia de los estudios acerca del rol y la función de los parlamentos alrededor del mundo, sugiere lo siguiente:

12 Aninat, Cristóbal, “Balance de poderes legislativos en Chile. ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo?”, en *Política*, 47, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile) 2006, p. 128.

13 Griffith, J. A. G., *Parliament. Functions, Practices and Procedures*, (Sweet and Maxwell) 1989.

14 Zapatero Gómez, Virgilio, “Producción de normas”, En *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: Teoría del Estado*, (Trotta) 2004, p. 169.

- En la mayoría de los países, la mayor parte de los proyectos de ley **presentados** al parlamento son textos preparados por el gobierno;
- La mayoría de los proyectos que presenta el gobierno son **aprobados** por el parlamento;
- Las leyes que los grupos parlamentarios **aprueban**, y que tienen su origen en iniciativas de los grupos parlamentarios, son una excepción.¹⁵

En otras palabras, parece un hecho indesmentible que las políticas públicas dejaron de elaborarse en los parlamentos. La mayor parte del diseño de las políticas públicas sucede al interior de las agencias administrativas y de los ministerios encargados de la elaboración y posterior implementación de las políticas. A diferencia de lo que sucedía en otra era, los parlamentarios ya no solucionan los problemas cotidianos o los desafíos que pudiere exigir una ley como aquella que obliga a los fabricantes de automóviles a mantener una separación de cuatro centímetros entre el freno y el embriague. Dada la complejidad del mundo moderno y la necesidad de establecer un marco coherente en el diseño, evaluación y ejecución de las políticas, parece existir un consenso en que los parlamentos deben ser únicamente foros de debate o cuerpos de control de la actividad del poder ejecutivo: ya no sería el Congreso el lugar predilecto en el que se diseñan y desarrollan las leyes.

El caso chileno no dista de la descripción realizada por los estudios comparados. El presidencialismo chileno y sus expresiones institucionales concretas dan cuenta de un poder ejecutivo con amplios poderes para controlar la agenda y el procedimiento legislativo, aun cuando no cuente con poderes unilaterales para cambiar el status quo. En términos de Shugart, Carey y Mainwaring, las actuales condiciones del presidencialismo en Chile (un presidente sin mayoría política en el Congreso) lo constituyen en un ejemplo predilecto del presidencialismo reactivo, en que el presidente puede preservar el *status quo*, a pesar de los esfuerzos del Congreso por cambiarlo.¹⁶ Así, por ejemplo, a través de la iniciativa legislativa exclusiva en materias de política económica, el presidente puede negarse a reformar un asunto por su propia voluntad.

¹⁵ Para un ejemplo de estos datos, véase Observatorio Parlamentario, Balance Anual al Poder Legislativo Año 2011.

¹⁶ Shugart, Matthew y Carey, John, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, (Cambridge University Press) 1992; Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, (Cambridge University Press) 1997. El año que cubre este anuario (2011), nos muestra un presidente que llega al poder con una coalición política (Alianza por Chile) que no cuenta con mayoría en el Congreso.

Para muchos autores, los regímenes presidenciales están plagados de defectos que lo hacen poco aconsejable. Por ejemplo, Arend Lijphart ha destacado profusamente el hecho de que, dado que el Poder Legislativo y el Ejecutivo son elegidos popularmente, surge la posibilidad de graves conflictos entre poderes que podrían expresar preferencias políticas diferentes.¹⁷ Otro de los defectos del presidencialismo, destacado por Nino, apunta a una excesiva personalización del poder, en que la falta de liderazgo presidencial se transforma en una debilidad de todo el sistema.¹⁸ Del mismo modo, algunos autores destacan la dificultad de modificar el *status quo*, el inmovilismo o el bloqueo político cuando los dos poderes se encuentran enfrentados.

Para otros autores, en cambio, “no se logra comprender cómo un país que en las comparaciones regionales es considerado como uno de los más presidencialistas, incluso con un presidencialismo exagerado, es el país que exhibe el sistema político más cooperativo de la región con una trayectoria de presidentes moderados desde 1990”.¹⁹

Más allá de estas visiones contrastantes, la discusión sobre el presidencialismo y el parlamentarismo sigue siendo relevante solo en tanto ha ido paulatinamente cambiando de foco con respecto a la discusión sobre el régimen adecuado de gobierno. Si hasta hace quince años el parámetro de estudio era el de la estabilidad de los sistemas, hoy la discusión está centrada en el tipo de políticas y resultados que uno u otro régimen tienden a producir.²⁰ En otras palabras, la discusión ha dejado de estar centrada en indicadores que hagan caso omiso de los resultados que estos sistemas generan en el grado de desarrollo humano de una sociedad. En ese sentido, el presidencialismo chileno no parece estar tan alejado de las predicciones de estudios interdisciplinarios entre la economía y la ciencia política. Para Persson y Tabellini, los regímenes presidenciales suelen estar acompañados de gobiernos de menor tamaño y proveer menor cantidad de bienes públicos que los sistemas parlamentarios. En concreto, los regímenes presidenciales tienden a mostrar peor distribución del ingreso y menor provisión de bienes que sirvan a toda la co-

17 Lijphart, Arend, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations”, En *The Failure of Presidential Democracy* (John Hopkins University Press) 1994, p. 100.

18 Nino, Carlos Santiago, “Presidentialism vs. Parliamentarism”, En *Presidencialismo y parlamentarismo*, (Eudeba) 1998.

19 Aninat, op. cit. p. 129.

20 Alegre, Marcelo, “Una democracia sin presidentes”, En *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, (Abeledo Perrot), 2008, p. 47.

munidad política. Después de años trabajando en la diferencia que ostentan ambos regímenes de gobierno en relación a la política económica, los autores llegaron a la siguiente conclusión: “nuestros resultados sugieren que ambos regímenes políticos están asociados con resultados de políticas económicas muy distintas. La separación de poderes entre un poder ejecutivo y el congreso produce gobiernos de menor tamaño, con menor gasto y menor redistribución, así como un gasto ineficiente en bienes públicos [...] por su parte, en regímenes parlamentarios, la cohesión legislativa lleva a un gobierno más grande, con mayores cargas tributarias y mayor gasto, así como un mayor gasto general en bienes públicos y redistribución, beneficiando a un mayor número de votantes”.²¹

Quizás, para muchos, el presidencialismo chileno sea un ejemplo de estabilidad y de conformación de consensos, una excepción al sombrío panorama del presidencialismo que muestra la ciencia política.²² Sin embargo, la exitosa historia de la práctica del presidencialismo chileno no puede obviar que, para funcionar, ha debido recurrir a formas antidemocráticas de funcionamiento que poco hacen por respetar el ideal de autogobierno. En palabras de Marcelo Alegre, para funcionar eficazmente (para evitar parálisis y bloqueos), el presidencialismo ha debido recurrir a “factores que son cuestionables desde una perspectiva democrática, como sistemas electorales no proporcionales y, tal vez, intolerablemente amplias delegaciones de facultades legislativas al Ejecutivo”.²³

Del mismo modo, y desde la perspectiva de la política económica, el Congreso al que se le quitaron las atribuciones en el diseño de las políticas públicas es muy distinto del Congreso de hoy: si antes se trataba de un congreso relativamente pequeño, sin preparación especializada y con poca dedicación exclusiva, hoy en día las cosas han cambiado. Lo que primero llama la atención es el tamaño y la capacidad técnica del Congreso de hoy en cuestiones de política económica. El Congreso ya no está compuesto solamente por los congresistas y sus secretarías: cuentan con un equipo técnico permanente y temporal, además de un sinnúmero de posibilidades de consultar a la ciudadanía y a los expertos en determinadas materias.

21 Persson, T. y Tabellini, G., *Political Economics*, (MIT Press) 2000, p. 252.

22 Véanse Aninat, op. cit. y Alegre, op. cit.

23 Alegre, op. cit., p. 65.

En el segundo de los votos disidentes del fallo en estudio, algunos ministros sostuvieron no solo que el vicio de forma alegado por los requirentes no se había perfeccionado, cuestión que discutiremos más adelante, sino que no existía vicio alguno. Para ello explicitaron sus criterios interpretativos, entre los cuales se encontraba la necesidad de una interpretación constitucional de las potestades financieras del presidente que se hiciera cargo de la realidad del Chile de hoy (*interpretación no desapegada del contexto*). Según ellos, las razones que en su tiempo hicieron prudente restarle atribuciones al Congreso en materia de gasto público, por el peligro que ello implicaba, ya no se justifican. De ahí que “la amenaza al uso eficiente y focalizado del gasto ya no son los parlamentarios. El presidente tiene una serie de incentivos para gastar más, en un contexto de bonanza económica”.²⁴

De acuerdo a lo que hemos observado, el caso del postnatal representa una puesta a prueba de un régimen presidencialista que ha sabido, hasta el momento, manejar las tensiones, e incluso recibir algunas loas. Un caso particular no nos permite hacer una inferencia general, pero el actual balance de fuerzas políticas entre los distintos poderes nos permite avizorar problemas para el futuro. Los proyectos de ley que tengan como fundamento la focalización de los recursos (idea predominante de la derecha) chocarán con la idea de sistemas universales de prestaciones públicas, que algunos sectores de la oposición comienzan tímidamente a defender. Y suponemos que el proyecto de ley del postnatal no fue ni será el primero ni el último en poner en tensión estas diferencias.

Por todo ello, la discusión sobre el régimen político será importante tanto para la necesidad de fortalecer la democracia como para la discusión acerca del tipo de política económica que queremos para nuestro país.

3. Una reflexión filosófica acerca del principio de separación de poderes y su relación con la argumentación constitucional

Cómo entender las constituciones y quiénes son los principales actores llamados a leerla son dos cuestiones a considerar cuando reflexionamos sobre la doctrina de la separación de poderes. Por ello, una reflexión tal no está ajena a las discusiones sobre el concepto de *constitución*, el rol y el fundamento del parlamento, y el modo en que las cortes deben solucionar los problemas en-

²⁴ Tribunal Constitucional, Rol 2025-2011, sentencia de fecha 20 de julio de 2011, segundo voto de disidencia, criterios interpretativos (2).

tre los otros dos poderes tradicionales. En lo que sigue, intentaré presentar, primero, un concepto de constitución que se haga cargo de estos problemas; segundo, una reflexión acerca del rol de los congresos y del procedimiento de formación de las leyes; y, por último, un análisis del modo en que la doctrina de la separación de poderes debió influir en el razonamiento judicial de la sentencia bajo análisis.

Quizás el sistema político inglés no sea un buen ejemplo para estudiar la relación que puede tener el concepto de constitución con la doctrina de la separación de poderes, pues para algunos autores no tiene relevancia alguna un sistema en el que se habla de fusiones antes que de separaciones de poderes.²⁵ El ejemplo más patente de ello es que cada uno de los ministros del *poder ejecutivo inglés* debe ser necesariamente miembro de una de las dos cámaras del parlamento. De todos modos, el concepto de constitución que han desarrollado con el tiempo parece ser de extrema utilidad para lo que quiero exponer aquí.

En la doctrina constitucional inglesa, la clasificación más importante no radica en si estamos frente a una constitución escrita o no; antes bien, lo más importante es distinguir si acaso estamos frente a una constitución política o legal. La primera es aquella en que quienes ejercen el poder político (el gobierno) están sujetos a rendir cuentas en base medios e instituciones políticas (por ejemplo, a través de interpelaciones o comisiones formadas en el parlamento); del mismo modo, se espera que sea el propio Parlamento el que gatille los mecanismos de control, esperando que las cosas se resuelvan al interior de los comités, en la discusión en sala, etc. Por su parte, la constitución jurídica es aquella que imagina que la principal manera a través de la cual se puede exigir al gobierno rendir cuentas la constituyen las acciones judiciales. En otras palabras, si a alguien no le gusta lo que hace el gobierno u otro organismo políticamente representativo, entonces debe recurrir a las cortes por alguna forma de revisión judicial.²⁶

De este modo, las constituciones (políticas) escritas, como la nuestra, no son códigos completos que sean capaces de responder a todas las preguntas constitucionales que un determinado Estado requiere hacerse cuando dos de sus poderes se enfrentan por un problema de delimitación de competencias.

25 Tomkins, Adam, *Public Law*, (Clarendon Law Series) 2003.

26 *Ibid.*, pp. 18-19.

En efecto, como señala Adam Tomkins, ninguna constitución podría cumplir algo así.²⁷

Por su parte, la comprensión de los fundamentos y del rol que cumplen los congresos resulta vital para entender el modo en que debemos considerar la separación de poderes y sus implicancias en el razonamiento constitucional. Y en ello debemos superar un retraso filosófico importante, pues no hay algo así como un modelo de legislatura ideal o tipo, tal como existe un *juez Hércules* que permite la reflexión sobre la corrección de la actividad de adjudicación. Como señala Waldron, “en la teoría del derecho, no hay nada acerca de las legislaturas o de la legislación que sea remotamente comparable con la discusión acerca de la decisión judicial”.²⁸ Peor aun, la actividad legislativa se nos presenta al imaginario colectivo moderno como mera transacción de intereses, negociación de posiciones y pago de favores o beneficios, antes que como un modo de adopción de decisiones basadas en el diálogo sincero. En otras palabras, hemos desarrollado una imagen idealizada de la función judicial a la par de una baja reputación de las legislaturas.²⁹ La baja producción académica en temas de filosofía y derecho parlamentario es una evidencia de aquello.

En esta sección pretendo precisar el significado del proceso de legislar como aquel en que “los representantes de la comunidad política se juntan para determinar solemne y explícitamente acerca de esquemas y medidas comunes que se puedan erigir en nombre de todos, y [que] lo hacen de un modo que reconoce abiertamente y respeta (antes que concilia) las inevitables diferencias de opinión y principios entre ellos”.³⁰ Se trata de un proceso a través del cual se crean, cambian y extinguen las normas jurídicas a través de un diálogo transparente, respetando las diferencias. Y ello marca una distancia importante con la noción de Derecho que durante mucho tiempo pervivió en la tradición anglosajona, sustentada por la opinión de diversos teóricos que sostenían que el Derecho no debía quedar entregado a la planificación racional pues debía ser nada más que el reflejo de la interacción espontánea de la sociedad. De ahí la preferencia de muchos por el derecho creado por los jueces o por la evolución lenta de principios que buscaran consolidación jurídica a través del desarrollo de la moral social de una comunidad. En otras palabras,

27 *Ibíd.*, p. 9.

28 Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, (Cambridge University Press) 1999, p. 2.

29 *Ibíd.*

30 *Ibíd.*

se pensó que la *intervención legislativa* no debía quedar entregada al Congreso, pues siempre se corría el riesgo de intervenir las dinámicas espontáneas en una sociedad (en tanto fuentes de las pautas de comportamiento debidas).

Hoy en día, resulta difícil sostener que el cambio de las reglas jurídicas no constituye parte importante de lo que hace un Congreso. El propio Hart, en su *Concepto de Derecho*, argumentó que la actividad de cambiar las reglas del juego, la susceptibilidad de que las normas sean cambiadas, es una de las cosas que distingue al derecho de la moral.³¹ La aprobación del nuevo subsidio postnatal parental (o maternal) buscaba justamente aquello para lo cual sirven las legislaturas en tanto expresión de los cambios que deliberadamente queremos hacer en nuestra comunidad política. La legislación es una práctica capaz de fomentar nuevas prácticas que contradigan los antiguos hábitos inherentes en la moralidad social, por los cuales se pensaba que el padre que se dedicaba a los hijos en desmedro de su trabajo estaba obrando como un mal padre. Por eso, Waldron caracteriza a la legislación como aquella “práctica capaz de fomentar nuevas prácticas, de enfatizar nuevos métodos, y de contribuir explícitamente al florecimiento de nuevas virtudes implícitas”.³² Se trata, en pocas palabras, de eliminar el machismo soterrado en nuestra sociedad, que por años ha ido evolucionando, estableciendo reglas sociales que, al parecer, solo pueden derrotarse a través de leyes. Amarrar el progreso legislativo al cambio lento y gradual de las prácticas sociales supone adherir a la visión hayekiana del derecho según la cual las reglas jurídicas deben ser concebidas como implícitas en las prácticas de una sociedad libre, las que solo deben cambiar de manera gradual y espontánea antes que planificadas y orquestadas por un legislador racional. Por ello, se dice en doctrina, Hayek diferencia el Derecho de la legislación.³³ Y es que a los juristas les complica el hecho de que la legislación, a diferencia del derecho, sea demasiado humana, faltando a la promesa del “gobierno de las leyes y no de los hombres”.³⁴

El problema, como dijimos antes, es que en este debate existe poca reflexión acerca del fundamento y el rol de los congresos. Así, por ejemplo,

31 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, (Abeledo Perrot) 2009.

32 Waldron, op. cit., p. 21.

33 Hayek, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. I, (University of Chicago Press) 1973.

34 Por todos, Adams, John, *Constitution of the State of Massachusetts*, Primera parte, art. XXX.

la crítica a este derecho (hayekiano) evolucionado a través de las prácticas es una crítica interna que se hace al nivel de la actividad de los jueces –como la que realizan los estudios críticos del derecho al *common law*–, pero pocas veces se presta atención al rol que juegan los representantes en el parlamento. Como diría Joseph Raz, el trabajo de los políticos podría ser descrito como un “razonamiento pre-jurídico”, que debe ser caracterizado como algo de poco interés o relevancia para la filosofía del derecho.³⁵

En lo que sigue, avanzaré algunas reflexiones relevantes acerca del fundamento y el rol de las legislaturas, y de los procesos de formación de las leyes, que nos servirán para una mejor comprensión del modo en que la doctrina de la separación de poderes debiera influir en el razonamiento de los jueces constitucionales.

Para Jeremy Waldron, “los Congresos no solo se juntan y votan, también deliberan. Son también lugares en que aireamos nuestros desacuerdos acerca de las cuestiones más importantes que enfrentamos como comunidad, y muchas de las reglas más bizantinas acerca del proceso de formación de las leyes conciernen al debate: quién puede hablar y cuándo, quién puede exigir una réplica de quién, cuánto deben durar los debates antes de que se emita un voto, cómo los debates pueden conducirse a un final, y así”.³⁶ De ahí que la pregunta relevante consista en dilucidar cuáles son los valores y principios que sirven de trasfondo a estas reglas. Por ello, “el proceso legislativo –como cualquier proceso político– debe entenderse no solo en referencia a las reglas secundarias que lo regulan y lo gobiernan, sino también en referencia a la relación entre esas reglas y valores y principios más profundos que explica por qué los aspectos de este proceso que están regulados por reglas nos importan”.³⁷ En otras palabras, debemos preguntarnos seriamente por los principios que gobiernan las “reglas secundarias” del proceso de formación de la ley. Y estos principios (que pueden ser no-escritos, como decía Dworkin) no solo complementan lo que las reglas no dicen (o hacen), sino que también explican por qué tenemos las reglas que tenemos en el proceso de formación de las leyes. Se puede graficar este punto comparándolo con la pregunta que se hacen los *procesalistas* cuando intentan explicar las reglas procesales en virtud de principios más profundos que gobiernan el desarrollo de un proce-

35 Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM) 1986.

36 Waldron, Jeremy, “Legislating with Integrity”, en *Fordham Law Review*, 72, 2003, p. 383.

37 *Ibíd.*, p. 376.

dimiento judicial. Por ello, no es de ningún modo absurdo o poco plausible el sostener que las conductas exigidas por las reglas del proceso de formación de las leyes deban entenderse por referencia a los principios que las explican, tal como hacemos en los procedimientos judiciales.

Con ello en mente, podemos sostener que las legislaturas existen explícitamente para legislar, aunque realicen un sinnúmero de otras funciones, como debatir o discutir ideas, aprobar nombramientos, controlar a las agencias administrativas, etc. Sin embargo, la razón de ser de los parlamentos, en virtud de la cual evaluamos la actividad parlamentaria, es la producción legislativa. En base a esta idea, entendemos que, cuando las leyes cambian, ello debiera ocurrir de manera transparente, teniendo todos los argumentos en el debate, escuchando a todas las voces. Y eso, creemos, ocurre de mejor manera en el Senado o en la Cámara que al interior de una oficina dependiente del Ministerio de Hacienda de la que poco y nada conocemos. Solamente en base a un proceso público y transparente en virtud del cual las leyes cambian, las personas pueden entender que las leyes “son suyas”. De ahí que el proceso legislativo, o las reglas sobre la formación de la ley, deban siempre entenderse como realización, como ejercicio de autogobierno.

Una de las características más relevantes de nuestros modernos Congresos es su tamaño, en tanto pensamos que de este modo se asegura la posibilidad de escuchar muchas voces disidentes, a diferencia de las cortes. En estas últimas, ubicamos a un *puñado de individuos* relativamente homogéneo en cuanto a sus capacidades, a diferencia de lo que hacemos en los Congresos, en donde esperamos que la diversidad sea un valor a proteger por sí mismo. Del mismo modo, resguardamos el sentido del debate no solo porque los disidentes importan en tanto sus voces puedan ser ejercicios de libertad de expresión; nos importa el debate porque a través del mismo las propuestas originales, que gozaban de mayor apoyo político, pueden terminar, después de la deliberación, siendo desechadas.

Las cuestiones que se debaten en el Congreso, por tanto, son cuestiones en las que esperamos haya desacuerdo y en las que cualquier propuesta, por persuasiva que parezca, se encuentra abierta a ser contradicha por otros. La deliberación, en este sentido, mejora la calidad de nuestro procedimiento legislativo, en tanto permite la participación de otros sujetos que no participan de la redacción original de una propuesta.

Por ello, si las conductas de los miembros de los poderes co-legisladores deben ser evaluadas teniendo estos principios en mente, debemos ir un poco más allá de la letra de los preceptos constitucionales. En este sentido, el *princi-*

pio de integridad en la legislación, lo que ella implica para nuestra democracia, debe ser una materia de consideración para los jueces, y sobre todo para los jueces constitucionales, encargados de resolver las cuestiones de constitucionalidad que enfrenten a los poderes co-legisladores.

Por otra parte, debemos recordar que los parlamentos son instituciones mayoritarias porque sus decisiones las adoptan por la mayoría de sus miembros, después de haber deliberado (esperamos) profusamente los asuntos. En un sentido, ello no los hace tan diferentes de las cortes que, después de escuchar a las partes en conflicto y deliberar al respecto, adoptan una decisión mayoritaria en virtud del conteo de votos de los jueces colegiados o ministros.³⁸ De aquí surge, por tanto, una pregunta obvia: ¿por qué el Tribunal Constitucional termina decidiendo un asunto político a través de un procedimiento similar al que realizan los parlamentos? Se recordará que la votación final del fallo en estudio fue de 5 a 4, lo que puede erosionar la legitimidad del Tribunal Constitucional (en tanto tribunal) ante la opinión pública. Por ello, una primera reflexión es lograr que las cortes realicen una suerte de examen autocrítico acerca del rol y de la función que cumplen en una democracia deliberativa.

Uno de los mejores esfuerzos por entender la relevancia política del principio de separación de poderes y su implicancia en la argumentación constitucional ha sido desarrollado por Robert Post y Reva Siegel. Para ellos, un modelo policéntrico de interpretación constitucional impide que el argumento de la separación de poderes deje a la rama judicial como la única y definitiva intérprete del texto constitucional. Antes bien, y basado en el rol que cumple el congreso estadounidense en el ejercicio de sus poderes bajo la sección n° 5 de la enmienda décimo cuarta, este modelo supone dos cosas: que el congreso no viola el principio de separación de poderes cuando desarrolla legislativamente los derechos contenidos en la Constitución de una manera diferente al entendimiento tradicional de la Suprema Corte; y que la acción del Congreso no obliga a la Corte, de modo que esta última es libre de invalidar legislación que desarrolla derechos de una manera contraria a la Constitución.³⁹

38 Waldron, Jeremy, "Deliberación, desacuerdo y votación", en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, (Gedisa) 2008.

39 Post, Robert y Siegel, Reva, "Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act", en *Yale Law Journal*, 112, (Yale University) 2003, 1947. Este modelo ha sido aplicado al análisis de casos famosos en la jurisprudencia norteamericana, como *Nevada Department of Human Resources vs. Hibbs*. En este, la cuestión jurídica a resolver era si acaso del derecho de ausentarse temporal y justificadamente del trabajo (creado a través de la *Family and Medical Leave Act* de 1993) para el cuidado de un pariente enfermo es una "ley apropiada" para cumplir con la cláusula de igual protección de la enmienda 14°.

Puesto de un modo más general, la cuestión es si el derecho constitucional debe mantenerse aislado de la política. Para Post y Siegel, debemos evitar esta aislación en tanto ella desconoce la naturaleza del derecho constitucional, el cual requiere de formas de legitimación democrática que no pueden ser confinadas a momentos excepcionales en que el texto constitucional es ratificado. Para ellos, la Constitución de Estados Unidos no es solo una limitación de la voluntad popular, sino su expresión más perfecta. En este sentido, las cuestiones de derecho constitucional implican cuestiones profundas acerca de la identidad nacional que no pueden ser meramente resueltas conforme a dictámenes judiciales. En ese contexto, la entrega de controles políticos de constitucionalidad, como aquellos que se entregan a los foros políticos, constituye un valor fundamental.

Por ello, debe existir un diálogo entre el derecho constitucional y la cultura constitucional de una nación. Tanto el poder ejecutivo como las cortes y el congreso poseen diferentes perspectivas institucionales, propósitos y atribuciones que determinan el modo en que dialogan con la cultura constitucional de una nación. La responsividad democrática del Congreso, a ratos, ha manifestado o expresado cambios en el modo en que el pueblo entiende la Constitución a través de la legislación, basándose en interpretaciones divergentes a las cortes.

Desde otra perspectiva, quizás la reflexión del derecho público del Reino Unido pueda ayudar a encontrar formas de solucionar este problema. Según Adam Tomkins, si “la Constitución no es enteramente jurídica [...] el derecho público, por tanto, no se refiere exclusivamente al Derecho. Así como está basada en ideas de filosofía política (como todas las constituciones), la constitución inglesa también se fundamenta en una serie de fuentes políticas (esto es, fuentes no jurídicas). Y a ello le llamamos convenciones constitucionales, que son reglas no jurídicas, no vinculantes, de comportamiento constitucional”.⁴⁰ Así, las convenciones constitucionales serían reglas de comportamiento constitucional no porque exista una sanción que se siga ante la constatación de un desvío, sino por la fuerza normativa que ella produce en los sujetos normados.

¿Cuál sería, entonces, la hipotética regla de comportamiento constitucional para el presente caso bajo análisis? Las siguientes preguntas pueden arrojar luz sobre este asunto. ¿Quiso el constituyente que, en efecto, *cualquier* medida que tuviera como efecto un aumento del gasto público pudiera ser impug-

⁴⁰ Tomkins, op. cit., p. 10.

nada por el presidente en tanto invade las competencias sujetas a la iniciativa exclusiva? ¿Parece sensato constatar la sobreinclusividad del artículo 65 de la Constitución y hacer caso omiso de su letra para intentar cumplir con otras normas o valores de la Constitución? ¿Es distinto el proceso constitucional de otros procesos en tanto resulta difícil establecer de manera definitiva la calificación deóntica de una conducta cuando hay dos poderes con legitimidad para reclamar competencia sobre el caso? La búsqueda de una convención constitucional, de una pauta adecuada de comportamiento constitucional por parte de los actores relevantes nos lleva, al menos, a sacar algunas conclusiones: no cualquier conflicto nos debe guiar a recurrir a un tribunal que determine de manera definitiva quien está obrando correctamente y de acuerdo con el texto constitucional. El ejercicio de la actividad política implica tomarse en serio las instituciones parlamentarias, necesariamente abiertas, dinámicas y flexibles.

Para un enfoque de análisis de la sentencia del postnatal, resulta vital comprender la naturaleza de las llamadas *cuestiones de constitucionalidad*, entregadas al conocimiento del TC en virtud del artículo 93 n°3 de la Constitución. Las características procesales de las cuestiones de constitucionalidad reafirman la necesidad de proteger y no entorpecer el proceso legislativo. Así, por ejemplo, se evita la suspensión del procedimiento legislativo por el hecho de admitirse a tramitación una cuestión de constitucionalidad, con el objeto de que el problema se solucione al interior del foro legislativo. Por otra parte, el plazo para resolver estas cuestiones es de diez días desde que se declara la admisibilidad, para que no existan dilaciones. Estas características procesales dan cuenta de la valoración del procedimiento legislativo como máxima expresión de la democracia.

Quizás algunas de las cuestiones de constitucionalidad sobre vicios de forma, más allá de representar un enfrentamiento entre dos poderes del Estado, poco puedan decir acerca de la resolución concreta de un conflicto: si acaso el Poder Ejecutivo puede seguir insistiendo en el tope de 33 UF o si el Senado –es decir, la mayoría de sus miembros– está obligado a desechar la idea de un tope de 66 UF o de un rechazo parcial del artículo en cuestión. A lo más, la decisión de la cuestión de constitucionalidad puede declarar que un determinado ámbito de competencia se ha visto invadido y, por tanto, declarar que se ha violado la regla general del artículo 7° de la Constitución.⁴¹ En otras

41 Ilustrativo de este problema es que, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad de una actuación del Senado, el voto de mayoría no haya ordenado retrotraer el procedimiento legislativo a un momento anterior a la ocurrencia del vicio (y haber ordenado, por tanto, una nueva votación). En concreto, la

palabras, sin perjuicio de ser un control contencioso, la solución definitiva de la *cuestión de constitucionalidad* dependerá de las relaciones entre las fuerzas políticas. Tal como sucedió en este caso, poco tiempo después de emitida la sentencia del TC, el Congreso aprobó el proyecto en conflicto con el tope que habían propuesto originalmente los senadores de la Concertación (quienes habían propuesto la división del artículo en conflicto para su votación).

En la evaluación de los vicios de forma, el Tribunal Constitucional debiera adoptar un modelo policéntrico, considerando la particular relación de los principios que informan el procedimiento de formación de las leyes y su relación con el texto constitucional. Tal como señala Lübbert, “a diferencia de lo que ocurre con los vicios de fondo, referidos al contenido de una norma, respecto de los vicios de forma no basta enjuiciar en abstracto la juridicidad de una norma contrastando su contenido con la [Constitución], sino que se requiere analizar el contexto general del procedimiento en el cual se han producido los vicios y la trascendencia de éstos en la formación de la ley”.⁴²

Haciendo una analogía con las reglas relativas a la nulidad procesal, se puede sostener que el principio de conservación evita la *nulidad legislativa* cuando, a pesar de haberse cometido algunos vicios, ello permite (o quizás, exige) conservar otro valor jurídico-constitucional de mayor importancia, como el principio democrático. A pesar de que la actividad parlamentaria se debe llevar de acuerdo a las reglas del proceso de formación de la ley, el enfoque adecuado para tratar estos casos implica necesariamente la consideración del principio democrático como principio de mayor valor. En otras palabras, no toda infracción a un precepto constitucional sobre procedimiento legislativo se traduce de manera automática en la anulación de los actos afectados por la infracción.

La parte introductoria de los votos de minoría de la sentencia del postnatal se hace cargo de varios de estos argumentos.⁴³ En las cuestiones preliminares, los ministros disidentes se hacen cargo del rol que debiera jugar el TC en una democracia como la nuestra. De este modo, parten por anunciar que el TC no es el guardián supremo de la Constitución, sosteniendo que la in-

parte resolutive de la sentencia se contradice con la parte considerativa del voto de mayoría. Agradezco esta idea a la profesora Valeria Lübbert.

42 Lübbert, Valeria, “Control constitucional provocado del procedimiento legislativo”, en *Hemiciclo*, 2, (Academia Parlamentaria) 2010, p. 35.

43 Tribunal Constitucional, rol 2025-2011, sentencia de fecha 20 de julio de 2011, cuestiones preliminares (II). Si bien hay dos votos de minoría distintos, tienen una misma parte relativa a las cuestiones preliminares y un mismo pronunciamiento sobre el fondo.

interpretación constitucional debiera enmarcarse en una *sociedad abierta a sus intérpretes constitucionales*. Con ello como base, invocan el *principio de la corrección funcional* como un criterio interpretativo decisivo en la determinación de las potestades concurrentes de formación de la ley. De acuerdo a este último, el órgano adjudicador debe otorgar una deferencia razonada a los órganos legislativos, observando una autocontención prudente y funcional. En virtud de todo ello, si bien el TC ejerce un control jurídico y no político, “al evaluar la naturaleza y la entidad de un vicio denunciado, el Tribunal Constitucional debe tomar en consideración las características del proceso legislativo, el estado de desarrollo en que se encuentra y el carácter eminentemente político de sus deliberaciones”.⁴⁴ En ese contexto, el voto disidente realiza un análisis detallado de los principios que rigen el procedimiento de formación de la ley, que explican el sentido de las reglas del mismo. Así, por ejemplo, la regla que prohíbe presentar mociones parlamentarias por más de diez diputados o cinco senadores busca fomentar el debate, evitando que las propuestas de ley vengan como consensos arreglados de antemano por las fuerzas políticas. Acorde con ello, se sostuvo “que ante vicios de forma reparables que repercuten en el contenido de las normas, la ‘cuestión de constitucionalidad’ solo se produce al final del proceso legislativo, cuando concluye lo que el Título II de la Ley del Congreso llama ‘la tramitación interna de los proyectos de ley’”.⁴⁵ Ante la posibilidad de que sea el propio proceso legislativo el que solucione los eventuales vicios de forma de un proyecto de ley, ante el posible saneamiento o corrección de un vicio procesal, el TC debiera inhibirse de intervenir. En palabras del voto disidente, “lo contrario implicaría que éste asuma un rol activo en el debate legislativo que no le es propio, pudiendo lesionar la autonomía del Parlamento”.⁴⁶

Con posterioridad al fallo del postnatal (específicamente, en enero de 2012), el TC dictó una sentencia acerca de una cuestión de constitucionalidad promovida con respecto al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.⁴⁷ En esa sentencia, que rechaza acoger a tramitación el requerimiento, uno de los votos concurrentes se hace cargo de los principios del proceso legislativo y del modo de entender la Constitución presentado

44 Ibid.

45 Ibid., pronunciamiento sobre el fondo (III).

46 Ibid.

47 Tribunal Constitucional, Rol 2160-2012, sentencia de fecha 12 de enero de 2012.

aquí. En efecto, señala, citando a Patricio Zapata, que “el requerimiento [...] no es, desde la perspectiva finalista, un instrumento para suscitar, promover o ‘fabricar’ nuevos conflictos, sino que un procedimiento para resolver aquellos que ya existen y respecto de los cuales han fracasado las instancias de conciliación jurídica o política de que dispone el legislador” y “el requerimiento [...] no constituye una alternativa o recurso del que se pueda echar mano en todo momento y sin previo aviso o preparación. Se trata, por el contrario, de una instancia resolutoria de carácter subsidiario y que procede solo cuando el conflicto se ha exteriorizado y no ha encontrado otro cauce de solución”.⁴⁸ En la cuestión de constitucionalidad del caso del postnatal, faltaba aún un eventual tercer trámite constitucional en el Senado, una posible comisión mixta y eventual veto presidencial, todas etapas en las cuales se podría haber corregido el vicio alegado en el requerimiento de la Presidencia.⁴⁹

4. Conclusión

A modo de ejercicio de reflexión libre sobre la sentencia bajo análisis, podemos concluir que el modo en que se concibe nuestro texto constitucional no debe estar alejado del modo en que entendemos el rol y el fundamento del congreso, la relevancia del poder ejecutivo en el proceso de formación de la ley y la actividad de controlar judicialmente la constitución. Todo ello, en vistas a encontrar la mejor manera de solucionar los problemas que puedan producirse al interior de regímenes presidenciales como el nuestro. Paralela a esto debe correr la discusión acerca de si el presidencialismo o el parlamentarismo cumplen de mejor manera con nuestro ideal de autogobierno y con nuestras demandas sociales.

⁴⁸ Zapata, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (Biblioteca Americana) 1994, pp. 174 y 175.

⁴⁹ Sin perjuicio de ello, el voto disidente comentado menciona, en su pronunciamiento sobre el fondo, otros argumentos de texto que son relevantes para el asunto.