

PROPUESTA

Un defensor del pueblo para Chile

Juan Domingo Milos

1. Origen y evolución de la iniciativa nacional

En nuestro país la primera formulación tendiente a establecer el Defensor del Pueblo surgió a mediados de 1985, en el seno del Grupo de Estudios Constitucionales (también llamado Grupo de los 24). La idea fue recogida e impulsada por varios de sus miembros, que fundaron en diciembre de ese año el Capítulo Chileno del Ombudsman¹.

Los contenidos iniciales se situaron claramente en la perspectiva del contexto político de la época. Se visualizó al *ombudsman* chileno como un mecanismo de fortalecimiento de la democracia, una vez obtenido el término del régimen militar. Subyacía una crítica a las violaciones de las garantías y derechos constitucionales imperantes en aquel entonces, y el trasfondo era un esperado cambio de régimen político.

La idea de un *ombudsman* se enmarcó en un conjunto de proposiciones de cambios y nuevas instituciones que permitiría la consolidación de la democracia, mediante la reformulación de nuestro ordenamiento jurídico, en especial en lo relativo a un sistema de protección de los derechos humanos, y en particular de los derechos civiles y políticos.

Juan Domingo Milos, Presidente del Capítulo Chileno del Ombudsman, Santa Lucía 162, Santiago, Chile.

Fax: (56-2) 269 7290 Correo electrónico: ombudsmanchile@wormail.com

■ Juan Domingo Milos es abogado, magíster en derecho de la Universidad de Chile y diplomado en Relaciones Internacionales del Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales de Ginebra. Ha sido profesor de derecho constitucional y derecho del trabajo en universidades privadas del país. Es encargado del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Chilena de Derechos Humanos, institución en la que colabora desde 1984, y asesor en diversas organizaciones no gubernamentales. En su vida laboral ha prestado servicios en el Ministerio de Justicia, en la Corporación de Fomento de la Producción y en el Institut d'Etudes Sociales de la Organización Internacional del Trabajo. Desde 1990 hasta ahora se desempeña en la Fiscalía del Banco del Estado de Chile. Es autor de diversas publicaciones en materias económico-sociales y relativas al Defensor del Pueblo. Es Presidente del Capítulo Chileno del Ombudsman desde julio de 1997.

1 La institución se denomina Capítulo Chileno, pues se inscribe en la iniciativa del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, tendiente a establecer en cada país grupos de promoción de la figura. Actualmente, el Capítulo está afiliado a la Asociación Iberoamericana del Ombudsman. Han sido presidentes del Capítulo Jorge Mario Quinzio Figueiredo, Alejandro Silva Bascuñán, Carlos López Dawson, y en la actualidad el autor.

La iniciativa chilena se fortaleció con la existencia de formulaciones similares en diversos países de América Latina que se encontraban en procesos de transición democrática. Ello fundamenta la vinculación, que persiste hasta hoy, de la iniciativa del Capítulo Chileno con instituciones iberoamericanas de estudio y promoción similares que, a su vez, se relacionan con *ombudsman* o defensores del pueblo que ya funcionan en otras latitudes.

Si bien la formulación nacional se inspiró en distintas experiencias internacionales de *ombudsman*, que en América Latina más bien remotamente siguen el modelo escandinavo (Suecia, Finlandia y Dinamarca), en todo momento se procuró propiciar un modelo que respondiera a nuestra propia realidad. Incluso la exitosa experiencia española que consagra el Defensor del Pueblo en la Constitución Política de 1978 y Ley Orgánica de 1981, y que obviamente es más cercana a nuestro ordenamiento, sólo fundamenta parcialmente la propuesta chilena.

En el contexto antes señalado, la Concertación de Partidos por la Democracia que asumió el gobierno del país en 1990, tras acoger múltiples expresiones de apoyo tanto en el ámbito político como en las organizaciones sociales, en su Programa contempló crear esta institución. Junto con establecer sus principales características, la concibió como necesaria para “el respeto por los derechos humanos y la vigencia efectiva de un Estado de Derecho”².

A su vez, a fines de 1989 el Capítulo Chileno convocó a un concurso público de ensayos sobre un Defensor del Pueblo para Chile³, donde gran parte de los participantes lo vinculó con la recuperación y perfeccionamiento de la democracia y con la plena vigencia de los derechos humanos.

Esta etapa culminó con la entrega al Presidente Aylwin del proyecto de reforma constitucional y ley orgánica, elaborado por el Capítulo a su petición, y que recoge la “idea de *ombudsman*” alcanzada hasta ese momento. La propuesta, con algunas modificaciones, fue enviada a tramitación legislativa en abril de 1991.

A nuestro juicio, equivocadamente el proyecto se incluyó junto con otros relativos a importantes y controvertidas reformas al Poder Judicial, sin apoyo político suficiente, lo que en definitiva motivó el retiro de todos ellos. En esa misma época, el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación señalaba al Defensor del Pueblo como una de las propuestas tendientes a evitar futuras violaciones de derechos.

Desde el retiro del proyecto de 1991 hasta fines de 1997 no se formalizaron nuevas iniciativas legislativas relacionadas con la institución. No obstante, durante

2 Concertación de Partidos por la Democracia. Programa de Gobierno, Bases programáticas político-institucionales, Cap. IV, Santiago, 1989.

3 Concurso patrocinado por la Embajada de Suecia en Chile y el Diario *La Época*. El ganador fue el profesor Mario Ramírez Necochea.

este período se constataron varias proposiciones públicas, como el Defensor del Escolar, el Defensor del Niño, el *ombudsman* municipal, la propuesta de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación⁴, e incluso una iniciativa privada en el ámbito de la prensa⁵. Si bien no se tradujeron en proyectos de ley, junto con la labor de difusión del mencionado Capítulo, mantuvieron vigente la posibilidad de su establecimiento en el país⁶.

En noviembre de 1997, a instancias de la Subsecretaría de Economía, el gobierno remitió a la Cámara de Diputados el proyecto de ley del Defensor Nacional del Usuario. Esta iniciativa se gestó en el marco de la discusión de la privatización de los servicios sanitarios, y a raíz de la necesidad de establecer mecanismos de protección a sus usuarios. Sin embargo, el proyecto de ley amplió la esfera de protección a los usuarios de las principales empresas y servicios públicos, como son los servicios de salud y de educación⁷.

El referido proyecto, que no alcanzó a ser discutido por la Cámara, fue retirado por el gobierno en abril de 1998 sin explicación pública. El motivo, conocido con posterioridad, fue la preparación de otro proyecto, aún de mayor amplitud, que abarcaría el conjunto de los derechos ciudadanos, recogiendo así la formulación más frecuente de otros países. Esta nueva idea culminó en el anuncio presidencial del 21 de mayo de 1998, que en cierto modo sorprendió a los sectores políticos, pues se estimaba que tras el retiro del proyecto del “usuario”, el gobierno clausuraba la iniciativa.

No obstante tal anuncio, hasta la fecha no se ha enviado algún nuevo proyecto a tramitación legislativa. El anteproyecto, preparado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, nunca vio la luz pública, si bien se solicitó al Capítulo Chileno del Ombudsman formular observaciones. Atendido el pronto término del gobierno, resulta evidente que no habrá nuevas iniciativas legales en el actual período.

La propuesta en el Programa de la Concertación y la mención explícita de su candidato a la Presidencia de la República, Ricardo Lagos, hacen prever que nuevamente existirá la posibilidad de consagrar la institución en nuestro ordenamiento, si la coalición asume el gobierno en marzo del 2000. Aun en el evento contrario, hay buenas posibilidades en tal sentido, pues las situaciones que sustentan

4 “Propuesta de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación sobre creación de una Institución Nacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, Santiago, junio de 1996.

5 El Diario *La Época* mantuvo durante 1991 un *ombudsman* que velaba por los intereses de los lectores, cargo ejercido por el escritor Guillermo Blanco.

6 Durante el período, cabe señalar las visitas al país de los Defensores del Pueblo de Suecia, España, Noruega, Holanda, Argentina y últimamente el de Perú, así como varios defensores regionales o funcionales de diversos países.

7 Bolefín N° 2115-03 de la Cámara de Diputados.

la creación de la institución se encuentran plenamente vigentes, y debieran permear la voluntad política de cualquier gobierno.

2. El actual contexto para establecer un Defensor del Pueblo

Tras nueve años de régimen democrático, en un escenario nacional distinto, con ausencia de violaciones generalizadas de derechos humanos, con mayores libertades públicas y de autonomía de los actores políticos y sociales, cabe preguntarse sobre la necesidad de la institución del *ombudsman*, o acerca de las características que debiera tener, de acuerdo con las nuevas realidades. Por de pronto, un proyecto que nació impulsado por sólo algunos sectores, hoy está llamado a constituirse en un proyecto nacional que cuente con el más alto apoyo político y social posible.

Señalaremos de manera somera algunas características relevantes del nuevo contexto que pudiesen orientar acerca de la necesidad actual y viabilidad de la institución comentada.

2.1 Insuficiencia del sistema jurídico-institucional para responder a las demandas ciudadanas

Desde 1990 en adelante no se han producido grandes cambios jurídico-institucionales en lo relativo a la protección de los derechos humanos y, de una manera más amplia, de los derechos ciudadanos. La tarea de modernizar el Estado y nuestro ordenamiento en el campo de los derechos ciudadanos, como en otros probablemente, sigue pendiente.

En el área legislativa, sin duda el logro más importante ha sido la consagración constitucional del Ministerio Público (1997) que transformará radicalmente el procedimiento penal, una vez aprobadas las leyes respectivas. Aun así, atañe solamente a un ámbito restringido de la justicia. Anteriormente, las leyes Cumplido (1991) también tuvieron importancia, aunque por su naturaleza incidieron en determinadas categorías de personas. En definitiva, la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor es el cuerpo legal de mayor incidencia en la vida cotidiana de los ciudadanos, a lo menos en su dimensión de usuario o consumidor. Además, cabe señalar en este sentido la reciente promulgación de la Ley sobre Protección a la Vida Privada de las Personas, que incide en el tratamiento de las bases de datos personales.

En el ámbito de las instituciones de gobierno la situación es relativamente mejor, debido a la existencia de organismos sectoriales que se ocupan de derechos específicos, y que ejercen en cierto modo una “defensoría”, como el Servicio Nacional del Consumidor, el Servicio Nacional de la Mujer, la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; si bien en los dos últimos la actuación del gobierno ha sido fuertemente cuestionada.

No obstante, los cambios producidos en la sociedad en los últimos años son mucho más profundos que las reformas obtenidas, y hasta ahora no han encontrado una adecuada recepción en el ordenamiento institucional. Hay nuevas demandas y exigencias de participación de la ciudadanía en prácticamente todos los ámbitos (salud, educación, vivienda, medio ambiente, seguridad pública, etc.), que no encuentran respuesta o derivan hacia vías extrainstitucionales (huelgas fuera de la ley, protestas, etc.). Los movimientos ciudadanos han superado los canales de representación tradicionales y formulan directamente sus peticiones y exigencias al Estado.

A su vez, los avances tecnológicos en los más diversos planos, como en la cibernética o la biología humana, dejan obsoleta la tipología tradicional de los derechos ciudadanos, y sin solución en nuestro ordenamiento a múltiples conflictos ético-jurídicos. Aunque se ha avanzado, tampoco existe una respuesta institucional adecuada para proteger los derechos colectivos amagados por la aplicación del modelo de crecimiento vigente en nuestro país.

Bajo el régimen democrático, los ciudadanos han adquirido mayor conciencia de sus derechos o de la falta de los mismos. Por sí sola, la democracia no ha bastado para responder a las necesidades y expectativas de la gente, y el sistema no ha dado, ni por cierto podía dar, respuestas automáticas.

La modernización y los profundos avances logrados en otras áreas, en especial en el sector económico, no se condicen con el escaso desarrollo de los derechos ciudadanos. La pobreza, la marginación y la discriminación (situaciones que tipifican la ausencia de derechos) siguen siendo una persistente realidad en nuestro país. El ejercicio de los derechos que asisten o debieran asistir a los ciudadanos aún se encuentra fuertemente limitado.

La justicia se revela insuficiente o ineficaz para la multiplicidad de requerimientos, conflictos y nuevas situaciones. Por de pronto, no existe un real acceso a la justicia, a pesar de las iniciativas gubernamentales, incluidos mayores recursos y la acción de algunas organizaciones no gubernamentales⁸. Hay miles de situaciones atentatorias de derechos que no llegan a los tribunales de justicia por falta de información, por tratarse de abusos no penalizados o porque los afectados carecen de medios económicos.

Se suele argumentar que los mecanismos de la justicia (acciones y recursos) son suficientes para responder en forma adecuada a los requerimientos de los ciudadanos. Insistir en ello es una forma de aceptar la denegación de justicia.

De hecho, los requerimientos del nuevo escenario se enfrentan con el mismo sistema de protección establecido en la Constitución de 1980. El recurso de protección, mecanismo privilegiado de tutela de derechos fundamentales, se ve colapsado y

8 En el ámbito gubernamental, cabe destacar los programas de acceso a la justicia del Ministerio de Justicia, y en el ámbito no gubernamental (ONG) las acciones desarrolladas por Forja.

limitado en sus alcances por restricciones constitucionales o por exigencias de hecho en su tramitación. Las recientes modificaciones al respectivo Autoacordado han limitado aún más su posibilidad de acceso. Dejó de ser el mecanismo ágil, expedito, informal, para tener las características contrarias, y a menudo es escenario de conflictos de grandes empresas e intereses, lo que desnaturaliza su finalidad.

El ciudadano común continúa desprotegido, ya sea frente a la acción del Estado o de particulares que asumen el servicio de necesidades públicas. Falta información y transparencia en la gestión pública que permita el control y evaluación ciudadana de la acción de las autoridades. El ejercicio abusivo de las potestades públicas y la mala administración no siempre constituyen infracciones legales perseguibles ante los tribunales de justicia, y no se ha innovado en absoluto ante la inexistencia de la justicia administrativa.

La regionalización y descentralización de servicios, y el mayor papel de los municipios, si bien globalmente es positivo, ha provocado dispersión de la información y confusión en la responsabilidad de las autoridades. El ciudadano medio no tiene certeza dónde acudir y cómo ejercer sus derechos.

2.2 Controversia acerca del papel del Estado y desprotección del bien común e intereses públicos

La Constitución Política de la República establece como finalidad del Estado promover el bien común, debiendo crear las condiciones para ello. Su deber, entre otros, es dar protección a la población.

Por cierto, la declaración constitucional no ha bastado para dar cumplimiento a tales propósitos. En cambio, asistimos desde hace varios años a una cierta desvalorización de lo público y del papel que debe cumplir el Estado en la conducción de la sociedad. Ha ganado terreno un orden de ideas que propugna su reducción, tanto en tamaño como en su campo de intervención y facultad regulatoria, en beneficio de una mayor y libre participación del sector privado en actividades económicas, sociales y culturales.

Como contrapartida, el gobierno actual ha asumido el compromiso de una estrategia global de modernización del Estado. Ella le reserva un papel central en la articulación de una estrategia común de país, en la garantía y promoción del bien común (igualdad de oportunidades, equidad social y calidad de vida), en la regulación de las dinámicas e impactos del mercado y en la canalización de la participación ciudadana. Es lo que se ha conocido como “un Estado al servicio de la gente”⁹.

9 Plan Estratégico de Modernización de la Gestión Pública, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 1997.

De cualquier modo y objetivamente, en la actualidad el Estado asume o controla menos actividades como consecuencia de los procesos de privatización de empresas o concesiones de servicios, por lo que ha disminuido el campo de la administración y su incidencia en la determinación del bien común.

Asimismo, se advierte el fenómeno creciente de la corrupción que alcanza de algún modo a las instituciones del Estado. Conceptos y valores como la ética, la probidad pública, el bien común, el interés público, la transparencia, etc., forman parte del discurso, pero no son criterios que determinen conductas en un número cada vez mayor de funcionarios. Conocida es la lista de irregularidades en instituciones y empresas del Estado, para no hablar de las municipalidades, donde con frecuencia han primado las conductas ilícitas por sobre el buen servicio a los usuarios.

La privatización de servicios públicos no ha corregido los problemas anotados y no ha sido necesariamente sinónimo de buen servicio. Existen deficiencias y abusos (exclusiones, tarifas excesivas, etc.) en el sistema privado de salud, en empresas de telecomunicaciones, de suministro eléctrico y otros, donde la motivación principal de ganancia se ha dejado sentir en perjuicio del interés general de los usuarios.

La posibilidad de control ciudadano sobre la administración estatal, y en especial sobre las empresas privadas que administran servicios públicos, es prácticamente nula. Hay una débil relación entre ciudadanía y ejercicio de las funciones públicas, y escasos canales institucionales de los ciudadanos hacia los servicios estatales, lo que fomenta la discrecionalidad. El sistema público es reacio a controles externos, tiende a justificar su acción y deniega posibilidades al ciudadano. Si bien rige el principio de responsabilidad funcionaria frente al órgano contralor de legalidad (Contraloría General de la República), en la práctica se mantiene la irresponsabilidad frente al administrado o usuario. Éste, frente a una situación abusiva, en el mejor de los casos podrá recurrir a los tribunales ordinarios de justicia. Al respecto, no ha existido una efectiva democratización del Estado.

El “interés público” aún no encuentra una adecuada expresión e influencia en el aparato estatal. Los partidos políticos, que debieran transformar el interés común de los ciudadanos en propuestas políticas, no cumplen con eficacia esta función. Las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados han cumplido ese papel de manera parcial, y a menudo sus conclusiones se mediatizan por los intereses políticos de sus integrantes. Algunos diputados, de manera individual, han asumido la representación del interés público de la ciudadanía, lo que si bien en lo inmediato tiene efectos positivos, no constituyen acciones permanentes con suficientes garantías de continuidad y objetividad.

En Chile prácticamente no existen “acciones de interés público” como en otros países (por ejemplo, la acción popular en Colombia que no exige el interés directo). Las intentadas han utilizado el sistema ordinario de justicia, en especial el recurso de

protección con resultados insuficientes, salvo en determinadas situaciones relacionadas con el medio ambiente¹⁰.

Sin embargo, cabe resaltar como positiva la tendencia seguida por el Consejo de Defensa del Estado en el ejercicio de la acción penal que la respectiva Ley Orgánica le reconoce en casos de grave daño social o lesión de intereses de la sociedad (art. 5° letra e). Menos clara ha sido la actuación de la Comisión Nacional del Medio Ambiente en el ejercicio de sus facultades legales en defensa de intereses públicos asociados al medio ambiente. Es también positivo que al menos uno de los proyectos de ley derivados de la Comisión Nacional de Ética Pública (1994), el de Probidad de los Órganos de la Administración del Estado.

2.3 Auge de los movimientos ciudadanos

No obstante el escenario descrito, claramente insuficiente para el desarrollo de los derechos ciudadanos, en el mismo período se constata el surgimiento de múltiples iniciativas y organizaciones ciudadanas que cubren una amplia gama de los problemas que son materia de las políticas públicas, con un enfoque alternativo. En la mayor parte de los casos se trata de organizaciones no gubernamentales (ONG) que subsistieron del período político anterior, o que se han creado en los últimos años en torno a situaciones especialmente sensibles para la opinión pública, como la protección del medio ambiente, los derechos de grupos discriminados o la seguridad ciudadana. Otras desarrollan labores especializadas en diversas materias como la salud, la cultura, acciones populares de justicia, defensa de deudores o promoción de la ética pública. Son las llamadas organizaciones de la sociedad civil. En la actualidad se estiman en un número superior a 820, de las cuales 550 son ONG¹¹. También se las conoce como organizaciones del “tercer sector”, entendiendo al primer sector vinculado con la sociedad política (Estado y partidos políticos), el segundo con la sociedad económica (agentes del mercado) y el tercero con la sociedad civil (asociaciones voluntarias y autónomas que persiguen fines públicos)¹².

Se ha desarrollado así una nueva óptica de los derechos ciudadanos y de la forma de ejercerlos, promoviendo un cambio cultural en la sociedad, de mayor conciencia de los derechos individuales y colectivos, y las consecuentes exigencias a las autoridades del Estado y a los agentes económicos.

Sin embargo, hasta ahora dichas expresiones no han tenido adecuados canales de expresión o de participación en las instituciones del Estado, de modo que pudieran

10 Universidad Diego Portales. Seminario “Las acciones de interés público”, Santiago, 1996.

11 Cifras citadas en “Tercer sector y organizaciones privadas sin fines de lucro: lineamientos básicos de una política de Estado”. Mideplan, División Social, junio 1997.

12 Mideplan. Op. cit.

influir con eficacia en la definición de las políticas públicas o en la legislación promovida por el Estado. A los problemas de financiamiento y de estructura legal de estas organizaciones, se suma la falta de una política de Estado que valore su papel en una sociedad democrática. Dicho de otro modo, a pesar de su potencialidad para crear una nueva forma de relación del Estado con los ciudadanos, todavía se mantienen al margen de los canales formales de adopción de las decisiones que afectan a la ciudadanía.

Atendido pues el cuadro descrito, sostenemos que en la actualidad, en una etapa de consolidación de un régimen democrático permanente, el Defensor del Pueblo puede jugar un papel relevante. Perdida su connotación política inicial, pasa a situarse en una necesidad objetiva de la sociedad y del Estado.

Mediante el ejercicio de sus particulares competencias, la institución puede contribuir a representar al interior del Estado los derechos e intereses de los ciudadanos (considerados en forma individual o colectiva). De esta manera colabora a perfeccionar el papel protector que debe tener todo ordenamiento y cautela la finalidad de los organismos de una sociedad democrática.

3. El Defensor del Pueblo en la institucionalidad chilena

El Defensor del Pueblo, o cualquiera sea el nombre que en definitiva adopte, por el solo hecho de su instalación no transformará radicalmente nuestro sistema jurídico-institucional, que en lo esencial es formalista, individualista y conservador, y que se modifica más por correlaciones de poder que por necesidades objetivas. En este sentido, algunos sectores políticos podrían incluso oponerse a incorporar una figura que tiende a fortalecer la acción de los ciudadanos –actores hasta ahora ausentes en el manejo del poder– por las consecuencias políticas en cierto modo impredecibles que su surgimiento pudiese provocar.

Vemos más bien al Defensor como una institución que, de ser acogida, será señera de un ordenamiento institucional de mayor profundidad democrática y que pudiera demostrar la necesidad de transformaciones más profundas.

Lo anterior explica una cierta dificultad (y un mayor desafío) para la inserción, en un ordenamiento relativamente estancado, de una institución novedosa que corresponde a nuevas concepciones de la relación Estado-ciudadanos.

Los años transcurridos desde el origen de esta iniciativa en Chile y su desarrollo internacional¹³ han permitido una mejor percepción de la misma en la opinión pública

13 Puede señalarse la existencia del *ombudsman*, bajo distintas modalidades, en todos los continentes. En América Latina, sólo tres países, incluido Chile, no han consagrado la institución. En Europa, existe en diez de los 15 países de la Comunidad, además del *ombudsman* europeo.

y en los partidos políticos. Observaciones en cuanto al extraño nombre de *ombudsman*, su origen escandinavo, la supuesta incompatibilidad con nuestro régimen político, la eventual interferencia con la justicia, el implícito aumento de funcionarios del Estado y otras críticas similares –si bien podrían subsistir– son cada vez menos frecuentes gracias a una mejor información y una mayor conciencia de la necesidad de su establecimiento.

3.1 La labor del Defensor del Pueblo y las instituciones preexistentes

Concebimos al *ombudsman* chileno como un orientador y protector de los derechos que asisten a las personas, en su calidad de ciudadanos. La intervención del órgano tenderá a corregir actos abusivos de cualquiera autoridad o prestador del servicio que lesionen derechos o expectativas legítimas de los afectados, conociendo quejas o reclamos particulares. Asimismo, tendrá una labor similar actuando de oficio para corregir situaciones abusivas que lesionen colectivamente a los ciudadanos o grupos o sectores de los mismos.

El Defensor, en la protección del ciudadano individual, actuará en aquellas áreas o tipo de conflictos en las cuales no alcanza la justicia ordinaria, o donde la envergadura menor del asunto, el costo o complejidad de la acción judicial de hecho la hacen inexistente. También conocerá de asuntos que no tengan un órgano competente determinado, y en cuanto lo tuviesen o quedase radicado el asunto en otra competencia, deberá abstenerse de seguir conociendo. La actuación del Defensor será de naturaleza especial, pues buscará la mediación, la solución directa, la proposición y la corrección del acto. No obstante, no dictará sentencias ni tendrá imperio, quedando radicado su “poder” en la objetividad y certeza de sus actuaciones y en la publicidad de las mismas.

En este aspecto, lo que interesa resaltar es el papel distinto y en cierto modo “supletorio” del Defensor del Pueblo en relación con las instituciones que deben velar por la protección de los derechos en nuestra sociedad. No los reemplaza ni cointerviene, sea con la justicia u otros órganos de control o fiscalización. No debería producirse confusión alguna, pues expresamente el Defensor no asume competencias preexistentes (por ejemplo, justicia del crimen, Contraloría General de la República, Dirección del Trabajo, superintendencias). A lo más, en relación con estos órganos, orienta al afectado y se retira en caso de conflicto de competencia, pues tiene un objetivo distinto al del órgano de control clásico, y sus medios de actuación son opuestos al menos al de un órgano jurisdiccional.

No obstante, el Defensor del Pueblo constituiría una poderosa ayuda al sistema judicial y administrativo. Por de pronto, descargaría al Poder Judicial de numerosos conflictos potencialmente de su jurisdicción, aliviando un mal endémico de la justicia. En el ámbito administrativo, aclarada que su función no es aquélla de la Contraloría General de la República (control de legalidad), el *ombudsman* resulta especialmente

necesario pues ejercería, en relación con la administración, un “control de finalidad”, de modo que el servicio público no se aparte de su fin último: estar al servicio de la comunidad y los ciudadanos. Además, abre la posibilidad de la mediación administrado-administración, en la actualidad inexistente.

El Defensor se encontraría facultado para exigir la actuación y pronunciamiento del órgano competente ante algún atropello, cuando se niegue sin justificación su conocimiento o se realicen de manera manifiestamente inadecuada. En todo caso, no intervendría en las facultades internas del organismo, sino como alguien dijo “sólo llegaría hasta la puerta” de la respectiva institución.

3.2 Un posible ámbito del Defensor del Pueblo: los “derechos ciudadanos”

En los encuentros internacionales destinados a esta figura, con frecuencia se debate acerca de los derechos que debieran estar en la competencia o campo de observación del instituto, y los órganos de la administración en que debe centrarse su actuación.

En cuanto a los derechos por los que debe velar, en las experiencias y proyectos de *ombudsman* nacionales (no sectoriales) se constatan diversas opciones. Se define al órgano como protector de los “derechos humanos”, de los “derechos fundamentales”, la totalidad o determinados “derechos y garantías constitucionales”, de los “derechos civiles y políticos” o de “los derechos colectivos o difusos”, teniendo siempre como referente la Carta Fundamental. El alcance de estos conceptos (por ejemplo, la extensión del concepto derechos humanos a los derechos económicos, sociales y culturales) es a la vez motivo de debate y de no pocas confusiones¹⁴.

En Chile, el último anteproyecto (1998) a diferencia del proyecto de reforma constitucional de 1991, habría preferido situar la competencia en el concepto de “derechos ciudadanos”, de modo que la institución se conociera como “Defensoría Nacional del Ciudadano”. Por cierto, la palabra “ciudadanos” está tomada en un sentido sociológico, de personas que actúan en la sociedad civil (ciudad) estableciendo una relación derecho-deber con las autoridades públicas. No es la acepción jurídica y restrictiva del artículo 13 de la Constitución Política (chilenos mayores de 18 años, no condenados a pena aflictiva)¹⁵.

14 En el renovado debate sobre la situación de los derechos humanos en Chile, suscitado por la detención del ex General Pinochet, algunos diputados (Luksic, Sciaraffia) y senadores (Matta, Viera-Gallo, Ominami, Pizarro), en las proposiciones de un acuerdo nacional, han relevado la figura del Defensor del Pueblo. En el marco de nuestro análisis, esta directa vinculación del Defensor con los derechos humanos civiles y políticos corresponde más bien a una primera etapa, al parecer, no plenamente superada.

15 No obstante, el nombre de Defensor del Ciudadano representa una dificultad, pues si se consagrara en la Constitución necesariamente debería aplicarse la definición restringida de “ciudadano” que contempla la Carta Fundamental.

El concepto de “derechos ciudadanos” es más genérico e incluye a los derechos antes mencionados, y se pueden señalar algunas ventajas de esta opción:

- a) Sitúa la acción del Defensor más en los contenidos que en la precisión formal de los derechos transgredidos. Lo importante no es determinar en forma previa a la actuación del Defensor la categoría o la naturaleza del derecho o garantía vulnerados, o tener plena certeza del instrumento que lo consagra. Basta el hecho objetivo de encontrarse afectado un derecho “ciudadano” y que no exista una competencia predeterminada para la misma situación.
- b) La precisión de “ciudadanos” de estos derechos indica que se encuentran excluidos los derechos exigibles ante o entre particulares, pues serán aquellos que afecten a los individuos en tanto sujetos pasivos de algún acto u omisión de carácter público. Esta precisión permite excluir, por ejemplo, los derechos laborales de la empresa privada o los conflictos vecinales. Pero no significará una limitación de actuación exclusivamente ante la administración pública, que es sólo uno de los escenarios donde se manifiesta la ciudadanía.
- c) Vincula conceptualmente la institución del Defensor con los movimientos ciudadanos, permitiendo grados de coordinación y acciones específicas conjuntas en el ámbito de sus propias finalidades y competencias.

3.3 Las instituciones observadas por el Defensor

A mi entender, la precisión de este aspecto tiene una alta incidencia en la viabilidad de la institución en Chile.

En la experiencia internacional, fuera de los casos de *ombudsman* en que por su naturaleza funcional o sectorial se restringe el ámbito de la función (entre otros, *ombudsman* de la prensa, de la libre competencia, del consumidor en Suecia, del Defensor del Soldado en España), por lo general en los modelos nacionales se incluye como área de competencia del *ombudsman* la llamada Administración del Estado. Es el caso, entre otros, del Defensor del Pueblo español (“supervisar la actividad de la Administración”) y el de Argentina (“Administración Pública Nacional”). El problema se suscita al precisar los alcances del concepto.

En Chile, el Capítulo propicia que en lo pertinente la acción del Defensor se extienda a todos los órganos, empresas, servicios y agentes de la Administración del Estado que cumplen la función administrativa, y a los agentes privados cuando ejerzan las funciones de aquéllos.

El desarrollo del modelo económico chileno ha llevado a que diversas actividades tradicionalmente realizadas por el Estado hayan pasado a manos privadas, mediante procesos de privatización de empresas o con el sistema de concesiones. Consideramos que el hecho del cambio de titularidad en la prestación del servicio no le quita a éste

el carácter de función o servicio de interés público. Por lo tanto, estos administradores privados de servicios públicos debieran estar en el campo de observación y actuación del Defensor.

3.4 El papel tutelar e independencia del Defensor

El Defensor del Pueblo está llamado a transformarse en un observador atento y privilegiado del funcionamiento de la sociedad, con capacidad de representar las situaciones violatorias de los derechos ciudadanos y con un importante papel en el perfeccionamiento del sistema de protección. A su vez, las actuaciones de oficio y la facultad de investigación le dan una eficaz herramienta en el conocimiento de las situaciones observadas. Aunque no ejerce el control de legalidad, afianza los principios de legalidad y de responsabilidad. Acumula información y detecta las áreas o sectores más conflictivos y desprotegidos, las prácticas viciadas y las situaciones de corrupción. Además, contribuye a mejorar la capacidad propositiva del sistema mediante la recomendación de proyectos de ley o su envío al Congreso, si se le reconociera la facultad de iniciativa legal.

La sola enunciación de estas facultades indica la necesidad de un organismo autónomo, independiente de toda autoridad o partido político, de alto prestigio moral y de rango constitucional. Su vinculación con el Congreso, a diferencia de otras experiencias en las que es un comisionado parlamentario, radicaría únicamente en el nombramiento del titular (a proposición del Presidente de la República) y en la entrega del informe anual.

A pesar del alto grado de politización de nuestras instituciones, entendida la naturaleza y necesidad del Defensor del Pueblo, sostenemos que es posible conseguir en Chile la suficiente garantía en los nombramientos y en el logro de las características esenciales de la institución. Asimismo, estimamos conveniente establecer algún sistema de participación ciudadana en la proposición al Congreso, como se ha realizado en otros países.

4. El Defensor del Pueblo y los intereses públicos

Como se ha dicho, en nuestro ordenamiento son débiles los precedentes de acciones que pueden ejercer los ciudadanos en defensa de los intereses públicos (obra ruinosa, higiene pública, etc.). Además de la insuficiencia de mecanismos, una de las razones es la falta de claridad en el sistema de responsabilidades.

El Defensor puede constituirse en un colaborador en la revisión y evaluación de las políticas públicas en cuanto afecten los derechos ciudadanos, y en tal sentido es un orientador hacia las autoridades de gobierno y poderes legislativo y judicial.

A petición de parte, y especialmente de oficio, está llamado a ser un protector y un articulador, objetivo e independiente, de los derechos o intereses generales, contribuyendo a reforzar la tutela pública, incluido el velar por el patrimonio público material, ambiental y cultural.

Aún existen en nuestro país discriminaciones generalizadas (creos religiosos, sexuales, por edad, de acceso a la salud y educación, modos de vida, enfermos crónicos, etc.). En ellas se encuentran comprometidos, además del interés individual del afectado, intereses públicos de la sociedad en su conjunto. Los mismos podrían ser representados por el Defensor para lograr los necesarios cambios de fondo e iniciar las acciones legales correspondientes, si es el caso¹⁶.

El Defensor del Pueblo podría rendir positivos resultados en todo lo relativo a la lucha contra la corrupción y la promoción de la ética pública. La facultad de intervenir en representación del “pueblo” en las defraudaciones y escándalos que impactan a la opinión pública, de por sí sería un signo poderoso e indicativo de una real voluntad de corrección.

El gobierno se ha empeñado en promover la ética pública y desterrar la corrupción. Hace algunos años creó una Comisión Nacional especial. No obstante, las iniciativas no prenden, los proyectos de ley son largamente tramitados y los partidos no responden como se espera. Una legítima presión en este sentido, proveniente de la ciudadanía, podría ser canalizada por el Defensor con independencia de los intereses en juego.

En nuestro país el proceso de modernización ha conducido a que en la satisfacción de las necesidades públicas, haya perdido importancia la distinción entre lo público y lo privado. Por tanto, debería atenderse más a la naturaleza del servicio prestado que a la calidad del prestador. Compartimos el concepto de “instituciones de servicio público”, estatales o privadas, y ante las cuales el Defensor del Pueblo vele por el principio de “finalidad del servicio”. De esta manera se entronca con la Ley de Bases de la Administración del Estado que concibe a los órganos públicos “al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente”, y que tras las modificaciones próximas a promulgarse, incorporará principios y normas de probidad.

¹⁶ Esta última posibilidad fue prevista en el primer programa de gobierno (1990-1994) de los partidos de la Concertación.

5. El Defensor del Pueblo, órgano del Estado

Si bien en la actualidad el Estado controla menos ámbitos de poder, no ha disminuido por ello su importancia, y debe mantener intacto su papel irrenunciable de garante del bien común y de protector de la población, proveyendo los mecanismos para ello.

La concepción de un Estado democrático conlleva en su accionar el deber de representación de los distintos y legítimos intereses presentes en la sociedad. Así, los intereses públicos del ciudadano común deben permear y encontrar su expresión en el seno del Estado, y más aún ser protegidos y promovidos por éste.

No obstante, para que esta “representación” del ciudadano ante el Estado se dé en términos adecuados, se requieren a lo menos dos condiciones:

- a) Deberá ser asumida por un órgano que, aun siendo del Estado, esté facultado para obrar en forma autónoma de los poderes estatales, e incluso habilitado para ejercer la crítica.
- b) El órgano debe ser fiel canalizador de aquellos intereses representados.

Este orden de ideas es aplicable a la institución del Defensor del Pueblo. Afirmamos que debe ser un órgano del Estado, señero de una renovada concepción de la función estatal.

Una posible crítica al respecto es el aumento de la injerencia del Estado y una eventual burocratización del organismo. A lo menos lo segundo puede ser evitado. En cuanto a lo primero, sostenemos que un perfeccionamiento real de la democracia se produce cuando se proveen mecanismos efectivos de control del ejercicio del poder, y no cuando se dejan los intereses de los ciudadanos (finalidad y fundamento de la acción estatal) como un mero antecedente o testimonio o como el resultado de las fuerzas del mercado.

De ningún modo el Defensor debe suplantar o “administrar” la participación y expresiones directas de la ciudadanía. Por el contrario, debe favorecerlas. Su función es que esas expresiones tengan acogida, darles relevancia, y que se traduzcan en los cambios institucionales que impidan la repetición de situaciones negativas. De este modo, contribuye a la estabilidad y al mejoramiento permanente de una sociedad democrática.

Comentario de Eduardo Bitrán

■ **Eduardo Bitrán** es ingeniero civil industrial de la Universidad de Chile y Doctor en Economía de la Universidad de Boston. Entre 1981 y 1990 se desempeñó como académico del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. En marzo de 1990 ingresó al Ministerio de Hacienda como asesor del Ministro Alejandro Foxley. Entre 1992 y 1994 realizó asesorías en materias de reforma financiera, previsional y regulación de monopolios naturales en México, Paraguay, Argentina y Bolivia. En marzo de 1994 fue nombrado Gerente General de la Corporación de Fomento de la Producción, Corfo. En julio de 1997 asumió como Director General de Fundación Chile, donde impulsa proyectos de alto impacto económico en sectores de recursos naturales y desarrollo de recursos humanos.

En 1996 un grupo de economistas que ocupaba cargos técnicos en el gobierno del Presidente Frei elaboró un proyecto de ley sobre el defensor del usuario. En 1998 fue enviado al Congreso para su tramitación y luego retirado. Su objetivo era bastante más restringido que la propuesta del autor de este artículo. Él propone establecer en Chile el Defensor del Pueblo como un nuevo poder del Estado que represente y defienda los derechos ciudadanos en términos amplios frente al Estado. Es importante que independiente del ámbito de acción de este órgano del Estado, su papel se restringiría a solicitar y exigir información a entidades estatales; hacer pública su opinión sobre funciones públicas, ya sea realizadas directamente por el Estado o a través de entidades privadas; e informar a la Cámara de Diputados, Contraloría General de la República o Poder Ejecutivo para que ejerzan su función fiscalizadora o tomen iniciativas diversas para proteger los intereses ciudadanos.

Salvo en lo que se refiere a las facultades especiales para requerir información de entidades públicas, en estricto rigor este organismo tiene derecho a actuar en defensa de los intereses ciudadanos, a través de los mismos mecanismos que los ciudadanos poseen en forma individual u organizada. Este organismo no actuaría directamente sobre entidades privadas, sino de manera indirecta mediante las instancias fiscalizadoras y reguladoras del Estado.

¿Por qué es necesario establecer un organismo estatal que actúe en defensa de los ciudadanos frente al Estado, cuando el sistema democrático ha establecido mecanismos de control y fiscalización y, además, los ciudadanos poseen instancias para defender sus propios intereses? La lógica detrás de esta nueva función es que los ciudadanos en forma individual no cuentan con los incentivos para invertir recursos en el control de las acciones de los organismos del Estado que los afectan en sus intereses y derechos. Esta información tiene el carácter de bien público y, por lo tanto, la sociedad en forma descentralizada realizará un nivel subóptimo de inversión y la acción del Estado estará sometida al riesgo de captura de intereses empresariales y políticos.

EDUARDO BITRÁN, Director General de Fundación Chile, Av. Parque Antonio Rabat Sur 6165, Vitacura, Santiago.

Fax: (56-2) 241 9362 Correo electrónico: ebitran@fundch.cl

En lo fundamental, la idea original de establecer un defensor de los usuarios se sustenta en la teoría de la captura. Los reguladores y fiscalizadores estatales de servicios públicos ofrecidos por entidades privadas o estatales, están sometidos al riesgo de dos formas de captura, empresarial y política.

La captura empresarial de las entidades reguladoras se produce en las empresas reguladas de tipo monopólicas con una influencia desmedida en el regulador. Éste debe balancear el interés difuso de los consumidores que no poseen los incentivos para invertir en información –y a quienes la regulación particular sólo los afecta en forma marginal– con el interés concentrado de un actor empresarial –con poder económico e influencia– que tiene intereses vitales en riesgo y que su voz fuerte puede generar la percepción de riesgo político en las actividades empresariales.

¿Cómo se puede reducir el riesgo de captura empresarial en los procesos regulatorios? La organización de los usuarios se menciona normalmente como una forma de resolver el problema de bien público. Sin embargo, estas organizaciones también están sujetas al riesgo de captura por intereses específicos: sus miembros enfrentarán problemas de incentivos para controlar a los líderes de estas organizaciones.

Por otra parte, y a diferencia de los países anglosajones, en Chile no existe una tradición de ciudadanos que se organizan para defender intereses comunes. ¿Por qué la Cámara de Diputados no asume sus responsabilidades fiscalizadoras de los organismos reguladores? La experiencia reciente muestra que la labor fiscalizadora de la Cámara se ve sesgada por intereses político–partidistas. En consecuencia, resulta un mecanismo imperfecto y con insuficiente capacidad técnica para cumplir este papel en forma adecuada. La discusión de proyectos de rentas vitalicias demuestra que tampoco está por completo ajena a las presiones de grupos de interés empresariales.

La captura política de los organismos reguladores surge cuando el interés político de corto plazo lleva a los reguladores a reducir tarifas injustificadamente para generar ganancias político–electorales. Este riesgo sólo puede ser enfrentado con reguladores profesionales con relativa autonomía del Poder Ejecutivo y con tribunales de justicia cada vez más especializados que puedan defender el cumplimiento de las leyes y de los derechos constitucionales de todos los actores. También surge el riesgo de captura política cuando el servicio es otorgado por entidades estatales dependientes del Poder Ejecutivo. En dicho caso, el regulador puede verse presionado para esconder la ineficiencia del ente estatal.

En síntesis, el Defensor de los Usuarios pretendía defender a los usuarios de los servicios públicos, sean de oferta privada o estatal, de los riesgos de captura empresarial o política que podían afectar a los responsables de velar por la calidad, eficiencia y adecuación de los precios de dichos servicios. Entonces, la pregunta fundamental es qué impide que el Defensor del Usuario o del Pueblo, en su concepción más amplia, también sea sujeto de captura empresarial o política. No hay que olvidar

que es el mismo sistema político el que designaría al responsable de este organismo del Estado. La experiencia de algunos países donde se ha establecido esta figura es que el deseo de protagonismo político desvirtúa su función.

Reconociendo el valor de esta institucionalidad es mi opinión que en el corto plazo es más importante concentrar los esfuerzos para estructurar reformas que impliquen consolidar las instituciones existentes; fortalecer el concepto de reguladores profesionales con mayores grados de independencia del Ejecutivo; fortalecer las entidades antimonopólicas enfatizando su autonomía y capacidad técnica; canalizar los recursos que permitan llevar adelante la reforma del Poder Judicial que crea el Ministerio Público; establecer tribunales especializados que sean instancias de apelación de las medidas administrativas de los entes reguladores y antimonopólicos y en el ámbito de la salud y educación, separar las funciones normativas y fiscalizadoras de la prestación de servicios, estableciendo con claridad los derechos de los usuarios. Los desafíos de reforma y modernización de las actuales entidades estatales son de tal magnitud que sólo una vez que se haya avanzado significativamente en estos aspectos adquiere prioridad considerar la introducción de nuevas instituciones en el Estado chileno.

Comentario de Francisco Fernández

■ *Francisco Fernández es abogado, profesor universitario, especialista en Derecho Administrativo y Derecho del Consumidor y autor de diversas obras y monografías sobre materias jurídicas. Entre 1969 y 1971 se desempeñó como funcionario del Senado de Chile y entre 1971 y 1973 como diplomático. Entre 1981 y 1984 fue jefe del Departamento de Estudios Jurídicos del Instituto Nacional del Consumidor de México. Como asesor jurídico del Ministerio del Interior de Chile participó en la reforma al Capítulo XIII de la Constitución y en la propuesta de la Ley sobre Gobierno y Administración Regional. Fue también Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor entre 1993 y 1998.*

Con sumo agrado he accedido a la invitación formulada por el Comité Editorial de la revista *Perspectivas* para efectuar un breve comentario al interesante y elocuente artículo “Un Defensor del Pueblo para Chile”, del que es autor el colega y amigo Juan Domingo Milos, actual Presidente del Capítulo Chileno del Ombudsman.

Me cuento entre quienes consideran prioritario el establecimiento de esta institución para hacer posible la construcción de un régimen

FRANCISCO FERNÁNDEZ, Vicepresidente del Partido Socialista de Chile, Concha y Toro 36, Santiago, Chile.

Fax: (56-2) 699 5429 Correo electrónico: pschile@reuna.cl

político y social de plena democracia en nuestro país. En mi opinión, cuatro objetivos esenciales que caracterizan al sistema democrático se asocian directamente con las funciones de investigación, interpelación, mediación, denuncia pública y representación en juicio de los intereses ciudadanos que se reconocen como propios de esta institución en la experiencia internacional contemporánea: asegurar la transparencia y probidad en el desempeño de las autoridades públicas; inducir en forma permanente prácticas de buen gobierno y administración; fomentar la participación ciudadana en la resolución de problemas de interés público, y facilitar el acceso a la justicia para la tutela civil de los intereses colectivos y difusos de la población (acciones judiciales de interés público).

Dada su investidura de representante ciudadano, el *ombudsman* es determinante para lograr que se haga efectivo el interés de la población por que las administraciones públicas (central y descentralizadas) cumplan en forma cabal y oportuna con sus deberes hacia los administrados, y se conduzcan con honestidad, eficacia y eficiencia. Ésa es una preocupación y un derecho que, en principio, asisten a todos los individuos que integran la comunidad y a las diversas organizaciones que hay en su seno. No obstante, su materialización efectiva depende de la dedicación permanente que se dé a dicha tarea, lo que sólo es posible esperar de un órgano público específico encargado de su cumplimiento, como sería el Defensor del Pueblo, que dispondría, además de tiempo, de factores de ascendencia y respetabilidad públicas, especialización profesional y manejo de recursos para costear sus actividades.

De esta manera, el *ombudsman* se erige en un factor de contrapeso moral y cívico al poder de las administraciones. Aunque no dispone de facultades de veto para sus decisiones (ni tampoco de índole jurisdiccional para revocarlas o anularlas), puede instarlas a reconsiderar su proceder cuando éste afecte el interés general. Además, llegado al caso, no sólo puede informar a la opinión pública y a los demás poderes del Estado de las anomalías, irregularidades o incluso inconveniencias que detecte como resultado de sus investigaciones, sino que accionar judicialmente ante los tribunales, cuando fuere legalmente procedente, para obtener la modificación o revocación de los actos ilícitos de la autoridad o la reparación de sus omisiones injustificadas.

Juan Domingo Milos nos recuerda, con razón, que en nuestro medio quienes objetan la creación del *ombudsman* alegan que éste resultaría duplicatorio de las funciones de control o tutela administrativa o judicial, a cargo de diversas instituciones ya existentes (Contraloría General de la República, Consejo de Defensa del Estado, las distintas superintendencias, el Ministerio Público en materia penal y otras). Sin embargo, como bien anota Milos, en caso alguno el Defensor del Pueblo asumiría competencias ya asignadas a otros órganos del Estado, sino que tendría funciones de nuevo tipo (investigativas de naturaleza no judicial, mediadoras, de representación y denuncia, de recomendación de criterios y, eventualmente, de proposición de iniciativas legales). En todo caso, su competencia sería supletoria de las de los restantes órganos de control de la actividad administrativa y aportaría una dimensión inédita

al ejercicio del control ciudadano de los actos públicos, pues permitiría que, por su conducto, la ciudadanía interpele y requiera explicación acerca de situaciones que no parezcan claras, o acerca de procedimientos que resulten disfuncionales, arbitrarios o engorrosos para el adecuado servicio de las necesidades públicas.

Lo señalado constituye un poderoso acicate al interés ciudadano por involucrarse en la gestión, dilucidación y correcto encauzamiento de los asuntos que afectan al conjunto de la población o a sectores significativos de la misma. Por ello sostengo que la instauración del *ombudsman* en nuestro ordenamiento jurídico es una forma concreta y eficaz de favorecer la participación ciudadana como elemento central del avance democrático.

Pero, además, como se señala en el artículo, llenaría un vacío importante en el ejercicio de acciones judiciales de interés público en materia no penal, ámbito en el que hoy se advierte una enorme desprotección. Esta obedece al tradicional principio procesal de exigir que el demandante tenga un interés personal y directo en la cuestión que promueve ante los tribunales (lo que es imposible de cumplir al tratarse de acciones de interés público, cuya titularidad corresponde al conjunto del pueblo o a una pluralidad numerosa de individuos). También al hecho de que en los contados casos en que la legislación vigente concede acción popular para reclamar la intervención de la justicia (que la puede interponer cualquiera persona, por ejemplo, para demandar la demolición de una obra o construcción ruinosa, o para reclamar contra una acción u omisión injustificada de las autoridades municipales que reporta perjuicio al interés común), en la práctica es ilusorio su ejercicio por cualquier particular, pues exige disponer de tiempo, conocimientos adecuados y recursos económicos para costear los gastos de un juicio.

Por otra parte, a mi juicio resulta medular que al *ombudsman* se le reconozca legitimación procesal activa (es decir, facultad para presentar demandas judiciales) cuando se trate del ejercicio de las acciones denominadas colectivas, que son aquellas llamadas a tutelar intereses o derechos supraindividuales (que pertenecen a una pluralidad determinada o indeterminada de personas) que tienen un objeto común e indivisible y derivan de una causa común. Al existir una absoluta uniformidad de situaciones jurídicas, es lógico y necesario que sobre la pretensión deducida para proteger o reconocer aquellos derechos recaiga una sola decisión judicial, cuyos efectos se proyecten ampliamente sobre todos los titulares de esos derechos coincidentes, aun cuando no hayan intervenido como partes individuales en el proceso respectivo. Como es obvio, esto exige que esa pluralidad de intereses coincidentes esté representada en el juicio colectivo por una sola persona, investida del poder suficiente por la propia ley, sin necesidad de que los representados le confieran multiplicidad de mandatos personales. En el derecho comparado, esa persona es el *ombudsman* o el Ministerio Público Civil, como quiera que se le llame.

Naturalmente, como advierte el colega Milos, es menester que los derechos e intereses colectivos que el *ombudsman* toma a su cargo correspondan a la esfera de

los intereses públicos, es decir, a aquellos que los individuos en su conjunto o grupos de ellos tienen frente al Estado o a las empresas privadas que han asumido, por concesión o privatización de la actividad, la prestación de servicios de utilidad pública¹. Por consiguiente, no cabría pretender encomendarle la preconización de derechos o intereses de índole privada, exigibles entre particulares conforme a la normativa del derecho privado, por más colectiva o difusa que sea su titularidad (con las eventuales adecuaciones que imponga la legislación de protección al consumidor).

En razón de lo expuesto se comprende bien que configurar un *ombudsman* exclusivamente abocado a defender los intereses ciudadanos frente a la administración pública (con exclusión de las empresas privadas prestadoras de servicios públicos) y carente de facultades para interponer acciones judiciales, debiendo limitarse sólo a funciones de recepción e investigación de quejas para su planteamiento ante las autoridades concernidas y, eventualmente, para denunciar anomalías ante la opinión pública, sería un resultado pírrico en relación con el tipo de necesidades que se procura atender con la creación de esta institución, a la que se visualiza mucho más fortalecida y provista de medios eficaces de acción.

Sin embargo, esa fue la tesitura asumida por ciertas autoridades del actual gobierno para decidir retirar, en 1998, el proyecto que proponía establecer la Defensoría Nacional del Usuario, a fin de transformarla en Defensoría Nacional del Ciudadano (supuestamente con objetivos de mayor amplitud). Con todo, la falta de consenso en el propio seno de la administración y una insuficiente comprensión acerca de la importancia y urgencia de su instauración en las autoridades del sector justicia, han motivado que, hasta la fecha, el proyecto de reforma constitucional y la ulterior iniciativa de ley dirigidos a este fin no se hayan reintroducido al Congreso.

No obstante ello, entre los partidos políticos que integran la coalición gobernante es unánime el respaldo al establecimiento del Defensor del Pueblo en nuestro país. De allí que la iniciativa se recoja en las Bases Programáticas para el próximo gobierno de la Concertación como una de las propuestas más importantes en el plano jurídico-institucional. En lo personal, confío en que una acertada evaluación de esta necesidad por el próximo Presidente de Chile nos permitirá dejar de ser uno de los tres países de América Latina que aún no cuenta con esta valiosa herramienta al servicio del interés general.

Por último, quisiera llamar la atención sobre la conveniencia de potenciar el papel del *ombudsman* en las tareas de combate a la corrupción y a las prácticas éticamente reprobables en que puedan incurrir las autoridades administrativas y los particulares que inducen y profitan de ellas. En particular, creo que le cabe un

1 Aquellos que, por la universalidad de su cobertura y el carácter esencial de las necesidades que satisfacen, deben prestarse bajo condiciones que aseguren su obtención en términos ecuanímes y en forma continua, regular y segura.

importante papel en las acciones de investigación y denuncia públicas de hechos anómalos o de mala administración que no llegan a inscribirse en el campo delictual (porque de estos últimos se ocuparían los fiscales del Ministerio Público que crea la actual reforma procesal penal) ni que tampoco son sancionables por la Contraloría General de la República como transgresiones a las normas administrativas. Es decir, concibo al Defensor del Pueblo como un órgano vigilante de la buena y transparente administración de los asuntos públicos, evaluador (junto con la ciudadanía a la que se debe) del correcto desempeño de los distintos servicios públicos. Por eso, quien asuma esta responsabilidad debe estar revestido de gran prestigio cívico y autoridad moral.

Respuesta del autor

Ambos comentarios enriquecen sin duda una discusión necesaria a la hora en que se debata públicamente en Chile la figura del Defensor del Pueblo.

Francisco Fernández, partidario de la institución, con maestría, releva la importancia del *ombudsman* en el perfeccionamiento y mejor logro de los objetivos de un sistema democrático. Aquel representa la exigencia societal que las actuaciones de las autoridades públicas se adecuen a la finalidad de bien común a que se deben, junto con la necesaria participación de la ciudadanía en la resolución de los problemas que comprometen el interés público.

Precisa con acierto las características que debiera asumir el desempeño de las autoridades y organismos en un sistema democrático, y ve en el *ombudsman* un medio eficaz de hacerlas exigibles, al canalizar, al interior del Estado, las preocupaciones y derechos de los ciudadanos a ese respecto. La institución es así, en la visión de Fernández, un órgano vigilante, evaluador, participativo y propositivo, por y en beneficio de la ciudadanía, contrapeso moral y cívico al poder de las administraciones.

Tales planteamientos le permiten concordar con el articulista al menos en dos aspectos importantes: el Defensor, por su finalidad y medios de actuación propios, inéditos en nuestro ordenamiento, no duplica y sí complementa las funciones tradicionales de control o tutela administrativa o judicial. Debido a su especial competencia, ésta debe extenderse a las empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

Además, Fernández perfila dos materias apenas esbozadas en el artículo y a su juicio indispensables: la legitimación procesal activa del Defensor del Pueblo –como

se contempló en el primer Programa de la Concertación— cuando se trate de intereses colectivos del ámbito público, y el papel del *ombudsman* en el combate a la corrupción en los órganos de la Administración.

A su vez, el interesante y original comentario de Eduardo Bitrán representa un cuestionamiento de fondo al establecimiento de Defensor del Pueblo en Chile. Afortunadamente, no se detiene en aspectos adjetivos o claramente superados por la doctrina como el nombre de la institución, su origen escandinavo o su supuesta improcedencia en regímenes no parlamentarios, como suele advertirse en opiniones contrarias menos informadas.

Teniendo como antecedente el proyecto del Defensor Nacional del Usuario, retirado por el gobierno de Frei en 1998, en síntesis, controvierte la lógica subyacente en la proposición de un organismo estatal de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Sin un defensor de los usuarios, la acción de los reguladores y fiscalizadores estatales se encontraría en forma permanente sometida al riesgo de dos formas de “captura”: la empresarial y la política.

Concluye que nada impide que el Defensor del Usuario, o en su forma más amplia, el Defensor del Pueblo —como se propone en el artículo— sea también susceptible de captura empresarial o política, y así carezca de sentido su misión. Por lo demás, señala, el sistema democrático cuenta ya con instancias de control y fiscalización. Sería más importante consolidar y modernizar las instituciones existentes, fortalecer las entidades antimonopólicas, establecer el concepto de reguladores independientes del Ejecutivo y clarificar los derechos de los usuarios, antes de considerar la introducción de nuevas instituciones.

En mi opinión, la hipótesis de Eduardo Bitrán es limitada, y pudiese tener algún fundamento en el caso de un defensor de usuarios de servicios públicos, por los intereses patrimoniales involucrados, la intermediación con los sectores empresarial y político y las consecuencias directas de su intervención. No así en caso del defensor de derechos ciudadanos que se propone, de mayor amplitud y resultados más difusos de su representación, salvo, claro está, que el Defensor permita su “captura” por parte de sectores interesados. No se conoce de situaciones en que el protagonismo político haya desvirtuado la función del *ombudsman* (como señala genéricamente Bitrán), y en casos cercanos y complejos, como el de Argentina y Perú, se ha demostrado la necesaria autonomía.

El planteamiento trasluce un cierto escepticismo. Su aceptación generalizada no permitiría tener órganos de control independientes en ningún ámbito, ni instituciones como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Consejo del Banco Central. Todos ellos podrían ser objeto de los tipos de captura señalados.

Concordamos con Eduardo Bitrán en la urgente y prioritaria modernización del Estado y el fortalecimiento de la independencia y capacidad técnica de las

instituciones fiscalizadoras. No obstante, sostenemos que no existe modernización o fortalecimiento posibles, sin la incorporación de la ciudadanía y sus derechos en el diseño y actuaciones de las instituciones públicas.

A su vez, las formas y organismos de control que en la actualidad existen, si bien deben ser fortalecidos, consolidan una concepción del Estado fundada únicamente en dos parámetros rectores, el mercado y lo político, y se excluye de la actividad contralora –y de una concepción de Estado– el resguardo debido a los intereses de la ciudadanía. Esta tutela complementaria, asumida por el Defensor del Pueblo, aun careciendo de los atributos clásicos de los órganos de control, se revela necesaria para Chile en democracia.