

EL OMBUDSMAN¹

Estime necesario incluir el presente capítulo, ya que aun cuando la institución que analizaremos no posee la naturaleza jurídica de las estudiadas anteriormente, es también un método de defensa o de resguardo de la comunidad.

Así esta institución, tiene dos grandes objetivos la defensa de la comunidad y fiscalización respectiva que debe existir sobre el estado para obtener el preciado bien común.

Tiene su origen en el siglo XVIII, cuando el rey Carlos VII de Suecia, afrontaba una prolongada guerra contra Rusia, lo que originó su reiterada ausencia del reino para encabezar la batalla, por ello se encomendó a un colaborador las funciones de representación monárquica, quien autorizó a vigilar la observancia de las leyes y reglamentos, de preservar la fidelidad al imperio, y de fiscalizar el comportamiento de los servicios públicos.

En 1713, dicho funcionario pasó a integrar la oficina del Procurador Supremo, que en 1719, pasó a llamarse Canciller de Justicia (Justitie- Kansler). En 1809, la nueva Constitución estableció una división de autoridad entre el rey y el Consejo de Estado, la competencia legislativa se distribuyó entre estos; y la administración de justicia se instituyó en magistrados independientes.

Estas reformas introdujeron además un nuevo cuerpo de control, el Justitie Ombudsman que, en nombre de los estados fiscalizaría la gestión y comportamiento de las funciones del reino. El canciller conservó sus atribuciones y continuó las órdenes del rey de quien se constituyó en el principal consejero.

El Justitie Ombudsman debía controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios y demandar ante la justicia competente a aquellos que en el ejercicio de su cargo hubieren cometido ilegalidad o descuido el correcto desempeño en los deberes de su

¹La palabra Ombudsman no tiene traducción en otro idioma, quiere significar representante, comisionado o representante del parlamento o congreso; y, en consecuencia, resulta genéricamente asumido como protector de los derechos del individuo.

función, sea por parcialidad, favor o cualquier otro motivo. Con ello en el primer país que origina una institución de ese tipo.

Los antecedentes y sus proyecciones muestran cuál es el diseño propuesto para el ombudsman: ser protector de los derechos del hombre en sus relaciones con el Estado, y en especial, con la Administración pública.

Esta figura en el ámbito chileno está llamado a recoger, en nuestro sistema jurídico, las insatisfacciones más insidiosas en relación al sano respecto de nuestras instituciones políticas representativas por el único ser social al que se deben en su origen y al que sirven en su espíritu, en varias de sus determinaciones, en cualquier estado auténticamente democrático².

Finalidad del ombudsman: A primera vista, la institución aparece como mecanismo de control, por lo que su rol puede sólo operar en su sistema democrático de gobierno.

Cabe preguntarse si el ombudsman es una figura que tiende a robustecer los carriles de participación, o bien, proviene de la confianza que el sistema de gobierno merece. Esto es, *¿el defensor del pueblo es un instrumento para evitar la dictadura, o responde al espíritu del juego de pesos y contrapesos del poder del Estado?* Si analizamos la interrogante tomando en consideración el origen de la institución, claramente nos inclinamos por la primera opción, ya que el rey de Suecia pretendía mantener el poder a través de un representante que controlaba y delataba los actos de otros funcionarios.

En cambio, si nos detenemos en la evolución que la institución que ha tenido, vislumbramos la respuesta en el segundo sentido orientada a proteger la justicia, la libertad e igualdad en un Estado de Derecho.

Tal sentido conduce al ombudsman como mecanismo de control y participación en los problemas y asuntos que involucran al ciudadano en los actos de gobierno.

²Christian Alfaro, Trabajo presentado al concurso de ensayos "un defensor del pueblo para Chile", patrocinado por el capítulo chileno para el Ombudsman, 1990. Mención Honrosa

Funciones del ombudsman: Resulta una constante mayoritariamente universal que las funciones para el ombudsman son las siguientes:

1. Discutir, disentir, innovar, provocar la creatividad en el ámbito de la administración pública a través de la controversia y la discusión pública.
2. Investigar, publicar aquellos comportamientos administrativos que constituyan un ejercicio defectuoso de la administración pública.
3. Investigar denuncias que lleguen a su conocimiento.
4. Recomendar pública o privadamente a los funcionarios intervinientes que acciones estime necesarias que la administración pública adopte.
5. Criticar, censurar, amonestar en el sentido de represión de índole moral o política, pero sin implicar ejercicio de potestad disciplinaria sobre funcionarios públicos.
6. Iniciar acciones o recursos judiciales o administrativos contra la administración pública en aquellos casos en que los tribunales puedan dar una solución idónea, pero que por problemas de falta de legitimidad o personalidad de los ciudadanos.

El ombudsman en Chile: Si bien, esta institución encuentra antecedentes remotos en Chile desde la colonia. En efecto las Leyes de Indias pusieron en vigencia la protección y benevolencia hacia los indios, que llegó a Chile en el año 1681.

Las Leyes de Indias se interesan vivamente por los indígenas, ya que los cuida y se empeña en rodear su personalidad de todas las garantías que necesitan y proporcionarles el mayor bienestar. Les reconoce el derecho a la libertad y crear instituciones y personajes públicos que velan por sus derechos. Así se crea el *Ministerio Fiscal*, que es el defensor de los

indios, disponiéndose que sea un defensor leal y competente para los nativos. Instituyó asimismo los Visitadores, cuya misión era tutelar la personalidad indígena.

En década de 1980, nace el Capítulo Chileno del Ombudsman o Defensor del Pueblo, el cual se fundó en 1985 en el seno del Grupo de Estudios Constitucionales, y que tiene como principal objetivo el más pronto establecimiento en Chile de la institución del Defensor del Pueblo, en pos del perfeccionamiento de la democracia y el mejor resguardo de los derechos humanos, los derechos ciudadanos y el interés público.

Para tal fin, desarrolla actividades de estudios, promoción y propuestas en relación a la figura, colabora con las autoridades y se propone, desde ya, participar en la discusión legislativa.

Considera esencial la participación ciudadana en la versión chilena del Defensor del Pueblo, y para ello promueve una mayor presencia en su seno, por incorporación o colaboración, de personas y organizaciones de la sociedad civil.

Así el defensor del pueblo es un nuevo control de tutela de derechos predominantemente jurídico, que tiene un parámetro abierto que es la Constitución y un objeto determinado: los actos de la administración del estado³.

Proyecto de ley de creación del Defensor del Ciudadano: Con fecha 14 de Octubre de 2000, el Presidente Lagos, ingresó ante el Senado un proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano, correspondiendo iniciar su estudio a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. En Abril de 2002 siete senadores formularon indicaciones, las que no fueron acogidas a tramitación por la citada Comisión por motivos de orden formal. El proyecto fue retirado por el ejecutivo en Noviembre de 2003 y hasta esa fecha, no había sido conocido por la ante dicha comisión del Senado ni ninguna otra.

El 4 de diciembre de 2003, el ejecutivo, en ejercicio de sus facultades constitucionales y ante mejores perspectivas para su tramitación, reingresó el proyecto, sin urgencia, ante la Cámara de Diputados, introduciéndole algunas modificaciones de importancia, en especial

³Francisco Zúñiga, Finalidad y ámbito de competencia del defensor ciudadano, pág. 77, XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 8,9 y 10 de Noviembre de 2000.

en cuanto al ámbito de derechos observados por el órgano que se crea y la facultad de ejercer acciones judiciales en determinadas circunstancias. Fue ingresado mediante Boletín N° 3429-07, el cual finalmente como proyecto fue rechazado el 12 de noviembre de 2008.

En atención a lo anterior, estimo necesario reproducir lo señalado por el Sr. Diputado, Edmundo Eluchans, a saber:

“En primer lugar, es un texto mal ubicado en la Constitución. Se habló de que debíamos introducirlo como un capítulo nuevo, Capítulo X A, de la Defensoría, cuestión con la que yo estaba de acuerdo.

Después se habló, y el Ejecutivo la propuso, a través de una indicación sustitutiva, de un nuevo artículo 38 A, en el párrafo de las Bases Generales de la Administración del Estado, para concluir en un párrafo nuevo, de la Defensoría de las Personas, incluyendo los artículos 54 bis y siguientes, en el capítulo de las Atribuciones exclusivas del Congreso.

Ello tenía sentido cuando se pretendía que fuera una institución adscrita a la Cámara de Diputados, como cámara fiscalizadora. Pero en los términos en que ha quedado, no tiene sentido alguno la ubicación de la norma en la Constitución Política.

En segundo lugar, se eligió el camino equivocado al tratar de detallar la forma en que el ente debe cumplir su tarea. Y eso se ha hecho de manera confusa, imprecisa e incompleta. Nuestra propuesta, recogida en una indicación que no tuvo la acogida que yo esperaba, tenía por propósito solamente establecer la tarea del defensor; promover y resguardar los derechos y garantías asegurados en la Constitución, los tratados y las leyes ante actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado, entregando a una ley orgánica la tarea de determinar la organización y atribuciones de la Defensoría. Lamentablemente, no se hizo así y se agregaron además personas y entes que no están normalmente, según lo que enseña la legislación comparada, bajo la mirada de este defensor del ciudadano.

El inciso segundo del artículo 54 bis es un verdadero paradigma de lo que no debe ser una norma constitucional. Primero habla de quejas o reclamos, sin precisar su alcance jurídico. Y aquí volvemos a lo que decía al inicio. Cuando se crea una norma constitucional hay dos caminos: establecer en pocas palabras, de manera escueta, cuál es

el objetivo de la institución y encomendar a una ley orgánica que la regule y determine en forma detallada, o regularla y detallarla en la propia Constitución, camino que no parece ser el más indicado.

Aquí se eligió el segundo camino, pero se hizo de mala manera. Luego, el inciso habla de mediar, para concluir con una frase francamente maravillosa, que estoy seguro que no tiene parangón en ninguna Constitución del mundo, que dice: "...pudiendo acceder a la información de las entidades requeridas, las que estarán obligadas a prestar colaboración.". ¿Cómo es esto? Un sujeto, el defensor, tiene, según parece, el derecho a acceder, o sea, a exigir cierta información. Pero, por otra parte, el titular o depositario de esa información no está obligado. Como se sabe, la contrapartida de un derecho es una obligación. Pero aquí no. Aquí el supuestamente obligado no lo está; sólo debe prestar colaboración.

No, señor Presidente. Así no se redacta una Constitución Política, así no se reforma una Carta Fundamental. Esto me parece inaceptable. Sería profundamente equivocado aprobar hoy esta norma en los términos en que viene redactada⁴., solo el paso del tiempo podrá demostrar si el actual Presidente de la Cámara de Diputados, se encontraba en la razón o no, ya que jurídicamente no puedo estar más en concordancia con él, pero no entrando en dicho campo, no comparto el rechazo.

⁴http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3429-07