



Ombudsman en Chile: ¿La defensa que las personas necesitan?

Actualmente se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados el proyecto de ley que crea el Defensor de las Personas¹, en su primer trámite constitucional. Diversas organizaciones, así como algunos académicos, han celebrado este hecho. Señalan al respecto que su discusión en el Congreso constituye un “alivio”, que “profundiza el sistema democrático”, que por fin nuestro país “se integra a la lista de naciones que cuentan con esta institución”, y que será la respuesta “al abandono del ciudadano común frente a la autoridad del Estado y sus servicios”.

Frente a tanto optimismo, cabe preguntarse si es efectivo que todas estas ventajas se van a materializar. En virtud del análisis que realizaremos, nos surgen muchas dudas en torno a sus posibles efectos. ¿Requiere nuestro país de un Defensor del Pueblo? Para ello es necesario revisar la naturaleza de la institución, si existen equivalentes en Chile y cómo funcionaría aquel organismo con las facultades que establece la actual indicación del Ejecutivo.

1. Origen y Naturaleza del Defensor del Pueblo:

La figura del Defensor del Pueblo fue creado en Suecia en el siglo XVI bajo el nombre de “Preboste de la Corona”, teniendo como función proteger a los ciudadanos frente al actuar ilegal de la administración pública. Posteriormente, en el año 1809, la Constitución Política Sueca adoptó la figura del “Ombudsman”, la cual se establece como un órgano independiente de los poderes del Estado. La misión encomendada era la de resguardar a los ciudadanos de los errores y negligencias de los funcionarios de la administración pública.

¹ Boletín 3429-07.

Luego de ello, el concepto de “Ombudsman” pasó a la Constitución Finlandesa, bajo el nombre de “Canciller de Justicia”. Tiempo después se incorporó a Dinamarca (1853), Alemania Federal (1949), Noruega (1952), Estados Unidos de Norteamérica (1965), Gran Bretaña (1967), Francia (1973) y España (1983). Aquello fue suficiente para influir su inclusión en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

¿De qué manera el Ombudsman se incluía en la institucionalidad correspondiente? Todo depende del régimen en el cual fue creado². En el caso sueco, ejerce una labor de fiscalización auxiliar al Parlamento, actuando a petición de parte o de oficio. En el sistema anglosajón, fiscaliza sólo por medio de quejas de ciudadanos, las cuales se dirigen a través de un parlamentario. El defensor francés es nombrado por el consejo de ministros, carece de personalidad jurídica propia, es independiente (aunque actúa a nombre del Estado), no puede actuar de oficio y cumple funciones arbitrales.

En todos estos casos, la incorporación del Ombudsman se verifica en regímenes con una concepción del Estado con poderes limitados, sujeto a la fiscalización de un Parlamento con fuertes atribuciones, cuyo control se ve complementado por el defensor en cuestión. Se trata entonces de estados cuyo funcionamiento del aparato público trae aparejado un alto sentido de la responsabilidad. En América Latina el establecimiento del defensor ha obedecido más bien a propósitos políticos, ocupándose de asuntos más amplios que los modelos europeos comentados³ y modificando el objetivo original de la institución.

2. ¿Es necesaria la institución del Defensor de las Personas en Chile?

La intención de legislar sobre el Ombudsman sugiere la idea de que no existen en Chile los sistemas de control necesarios sobre los actos de la administración pública y la satisfacción de necesidades básicas. ¿Es eso efectivo? Al efectuar una somera revisión sobre las instituciones encargadas, entre otras tareas, de fiscalizarlos, pareciera ser posible contestar lo contrario.

En efecto, hoy en día contamos con los Tribunales de Justicia, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, la Cámara de Diputados, la Dirección del Trabajo, el Servicio Nacional del Consumidor, el Servicio Nacional de Pesca, el Servicio Nacional de Menores, las Superintendencias y la Comisión Nacional del Medio Ambiente, entre otros. Todos ellos ejercen, de alguna manera, labores de control y verificación del adecuado funcionamiento de los órganos de la administración pública y de particulares que prestan servicios básicos a las personas.

² Cfr. Recabarren Silva, L. (2006). *La figura del Ombudsman en Chile: una agenda abierta para su discusión*. Informe especial publicado por Instituto Libertad, pp. 11-12.

³ Por ejemplo, se encargan de promover causas, tales como la lucha contra la exclusión social, la pobreza, el trabajo a favor de la paz, así como de aspectos de integración en relación al proceso de globalización.

Aún así, es posible reconocer problemas en torno a situaciones de abuso, de negligencia, de arbitrariedades cotidianas cuya tutela es insuficiente, y que la ciudadanía busca denunciar a través de los medios de comunicación cuando ignora cuáles son las herramientas institucionales a las que puede recurrir. Se trata de un abuso “(...) reiterado y diario, que no va vinculado a defensa alguna, no lo toma la Contraloría porque no le corresponde o por la envergadura no es necesario, o no se interpondrá un recurso de protección porque es muy difícil o costoso, no lo va a tomar la Cámara de Diputados porque no va a estar preocupada de un problema individual o particular”⁴. Es en estos casos donde, frente a la sensación de indefensión, el Ombudsman se plantea como una buena alternativa de corrección.

3. ¿Y la promesa de los Tribunales Contenciosos-Administrativos?

En la Constitución de 1925, dentro del capítulo del poder judicial, se establecieron los **Tribunales Contenciosos Administrativos**. Su función, tal como señalaba el artículo, era “(...) resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas”⁵. Dicha disposición era precisa en señalar que aquellos juzgados especiales actuaban cuando el conocimiento del conflicto no le correspondía a otros tribunales reconocidos por la Constitución.

Sin embargo, aquellos juzgados nunca se crearon. La razón, entre otras, era que se trataba de una institución derivada del régimen francés donde estos tribunales se encuentran fuera del poder judicial. Aquello fue el “(...) fundamento jurídico para sostener la incompetencia o falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para controlar a la Administración, con graves consecuencias, a la postre, para nuestra institucionalidad⁶ amenazadas en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales, a consecuencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales. Su amplia redacción, junto a una tramitación rápida y eficaz ante la Corte de Apelaciones, motivó que paulatinamente la mayoría de los recursos interpuestos estuvieran destinados a resolver conflictos con la administración.

4. La hipertrofia injusta del Recurso de Protección

El canal utilizado por las personas afectadas por actos de la administración fue el recurso de protección, es decir, una acción concedida a todas las personas que sean privadas, perturbadas o amenazadas en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales, a

⁴ Chadwick P., Andrés: *Qué tenemos y qué queremos*. En Seminario Internacional “El Defensor Ciudadano que queremos”. Editado conjuntamente por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y el Capítulo Chileno del Ombudsman. Santiago, abril del 2001, pp.112-113.

⁵ Artículo 78, Ley S/N, Constitución Política de la República de Chile, Publicada en el Diario Oficial el 18 de Septiembre de 1925.

⁶ Pierre Arrau, P. (2000). *Tribunales Contenciosos Administrativos*. Revista de Derecho, año 1 N° 2. Obtenido el 22 de abril de 2008 de la página www.cde.cl/getFilePublic.php?id=25440&code=saCQiL.XInumY –

consecuencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales. Su amplia redacción, junto a una tramitación rápida y eficaz ante la Corte de Apelaciones, motivó que paulatinamente la mayoría de los recursos interpuestos estuvieran destinados a resolver conflictos con la administración.

Hoy, a pesar de las modificaciones efectuadas para regular la admisibilidad de los recursos⁷, la inexistencia de tribunales contenciosos administrativos y la amplitud alcanzada por el derecho de propiedad, ha deformado el sentido de esta acción de protección. Su uso indiscriminado lo ha hecho perder su “(...) *especial posición como mecanismo de protección de los individuos: el recurso de protección se ha convertido en el mecanismo procesal ordinario de control de la actividad de la administración, sea que esto se traduzca en actos administrativos (actos decisorios unilaterales de efectos singulares), en reglamentos (actos normativos de efectos generales) o en contratos administrativos (actos bilaterales de la administración*”⁸

5. Las condiciones que debería tener el Defensor de las Personas

En este contexto, lo que nuestro país necesita no es la incorporación del Ombudsman, sino más bien tribunales contenciosos administrativos. Éstos, como juzgados especiales, en procedimientos desformalizados y de rápida tramitación, podrían resolver exitosamente los problemas que se suscitan entre las personas y los órganos de la administración pública, además de permitir que el recurso de protección se utilice para resguardar los derechos fundamentales para los cuales fue concebido originalmente.

Con todo, si prospera la tramitación del proyecto que actualmente se discute en el Congreso, nuestro país contaría en los próximos años con una versión nacional del Defensor del Pueblo ¿Cómo podría ajustarse adecuadamente esta institución a nuestra legislación? Para ello debe cumplir, a nuestro juicio, con los siguientes requisitos:

a) Competencia precisa: el establecimiento de un nuevo órgano requiere que se definan sus competencias de manera clara. Ello evita que luego se utilice al Defensor en aquello para lo que no fue destinado. Esta situación no está bien zanjada en el proyecto en trámite, ya que establece que no sólo velará por las garantías constitucionales, sino también por los tratados internacionales ratificados por Chile. Como muchas veces estos últimos protegen derechos lato sensu, es decir, meras expectativas sociales cuyo cumplimiento depende del nivel de desarrollo de cada país, podrían estarse ampliando las acciones del Defensor a cuestiones aspiracionales sin efectos concretos;

⁷ Autoacordado de la Corte Suprema de fecha 27 de junio de 1992, modificado el 9 de junio de 1998.

⁸ Correa, R. & Tschorne, S. (2004): *Derecho Administrativo*, en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003. Ediciones Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile, pp. 654.

b) Misión acotada a velar por las contiendas entre particulares y la administración del Estado:

la ampliación de estas facultades desnaturaliza la institución y provoca la duplicidad de funciones con otros órganos⁹. En el proyecto de ley, el Defensor representará a las personas perjudicadas por “(...) *actos u omisiones de los órganos e instituciones responsables de las necesidades públicas*”¹⁰. Es decir, se permite requerir su intervención tanto ante organizaciones públicas como privadas, suscitando además conflictos de competencia;

c) Sus atribuciones deben causar efectos directos, pero sin carácter punitivo: sus informes y opiniones no deben tener fuerza vinculante ni capacidad sancionadora. Puede recomendar cursos de acción o incluso denunciar ante los tribunales, pero debiera evitarse la creación de un ente que no sólo investigue los actos del Estado, sino que además cumpla labores de juez y parte;

d) Nombramiento del Defensor: como órgano fiscalizador de la actividad de la administración, debe escogerse a un candidato meritorio que asegure imparcialidad respecto del Ejecutivo (objeto de su fiscalización) a través de un mecanismo que así lo garantice. Lo anterior no se verifica en la iniciativa legal, pues establece que sea elegido por el Presidente de la República de una terna presentada por la Cámara de Diputados;

En suma, en nuestro país los particulares afectados por actos u omisiones de la administración del Estado no están suficientemente amparados en sus derechos. La acción de protección, aunque eficaz y expedita, no es el procedimiento adecuado para dirimir esas disputas.

Los que adhieren a incorporar en nuestra legislación una versión nacional del Ombudsman escandinavo, no se detienen en analizar los Tribunales Contenciosos-Administrativos como una posible mejor solución. Ello no deja de llamar la atención, ya que la tradición jurídica que corresponde a nuestro país, caracterizado por la codificación de leyes y un sistema presidencial fuerte, hace más recomendable el establecimiento de este tipo de juzgados. Sin embargo, como los diversos proyectos de ley para su creación no han prosperado en el Congreso¹¹ y el Gobierno no les ha otorgado urgencia a su tramitación, el Defensor de las Personas se erige como una segunda mejor alternativa para corregir las irregularidades y situaciones de negligencia cotidiana en la administración estatal. Antes habría que precisar su ámbito de competencia para evitar la creación de un órgano en constante disputa con otras instituciones, así como aceptar que su naturaleza estricta debiera ser la de una agencia para proteger a los particulares ante eventuales abusos de poder de los órganos de la administración del Estado. Es en la contención del poder de la administración pública donde el Ombudsman puede encontrar su razón de ser.

⁹ En efecto, se verificarían problemas con la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, el SERNAC, las Superintendencias, entre otros.

¹⁰ Artículo 100 letra A, inciso 1º, indicación del ejecutivo al proyecto de ley que Crea el Defensor del Pueblo, Boletín 3429-07.

¹¹ Boletines N°s 683-06, 687-07, y 3475-06.