

Augusto Quintana Benavides*

El establecimiento del *Ombudsman* en Chile como el “gran supervisor” del sistema de tutela de derechos**

“El verdadero partidario de determinada política nunca se toma en serio sus *sofismas*, sino tan solo los objetivos prácticos que se ocultan tras estos sofismas. Las frases políticas y los sofismas no están, naturalmente, para que la gente se los crea; su función es más bien la de servir de *disculpa compartida, establecida de común acuerdo*; los ingenuos que se los toman en serio terminan antes o después por descubrir las contradicciones que encierran, se rebelan y al final acaban vergonzosamente como herejes y traidores” (Milan Kundera!).

Desde hace varias décadas se estudia “implantar” en Chile la institución del *Ombudsman* o, empleando la denominación más empleada en el mundo de habla castellana, del “Defensor del Pueblo”, expresión ésta que enuncia, aparentemente, una idea más amplia que la del fiscalizador parlamentario que distingue al original escandinavo.

Esta propuesta, bien intencionada sin duda, colisiona con una falencia no suficientemente estudiada, cual es la asignada peculiaridad de un “defensor del pueblo” que justificaría su introducción en nuestro sistema de tutela de derechos. O, en buen romance, qué falencia específica de nuestro sistema tutelar se pretende subsanar con el establecimiento de tal defensoría. Esta es la perspectiva “funcional”, que se distingue de la “orgánica”, en la cual se ha basado, según creemos, el movimiento político e intelectual criollo que aboga por su institución, teniendo a la vista primordialmente las bondades que se le atribuyen más que una reflexión profunda sobre los objetivos prácticos que se persigue acometer.

* Magister en
 Derecho Público.
 Profesor de Derecho
 Constitucional
 Facultad de
 Derecho
 Universidad de
 Chile.

** Este artículo corresponde a un informe realizado en el marco general del proyecto “Diseño y Ejecución de Estudios para la Defensoría del Ciudadano”, encargado por la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ Milan KUNDERA: “El libro de los amores ridículos” (Grijalbo Mondadori, S.A., Barcelona, 2000, pág. 68). Las palabras en cursivas corresponden al original.

Para conocer esta perspectiva funcional nos ocuparemos de desentrañar algunos vacíos normativos que presenta nuestro “sistema de tutela de derechos” y develar insuficiencias que apreciamos en nuestra democracia. No abogamos un Defensor del Pueblo por mero encantamiento con el antecedente escandinavo; lo hacemos porque, sin desconocer los importantes avances que la Constitución de 1989² ha significado para la tutela de los derechos humanos en el país, observamos con alguna preocupación algunas deficiencias en nuestro sistema institucional, principalmente en lo que dice relación con la eficacia de los derechos sociales y de los denominados derechos de la tercera generación, como asimismo en la exigibilidad del principio de “accountability” tratándose de los principales órganos del Estado, especialmente el Gobierno, el Congreso Nacional y el Poder Judicial.

Igualmente, nos ocupa desentrañar las implicancias de introducir en nuestro régimen presidencial (o “pseudopresidencial”) una institución como el Ombudsman, inicialmente concebida como un comisario del Parlamento en regímenes parlamentarios. En este punto nos parece evidente que el nombramiento del Defensor del Pueblo, la naturaleza jurídica de la institución y el ámbito material de funciones deben ajustarse a las características peculiares de nuestro régimen político.

Finalmente, con este enfoque amplio pretendemos hacernos cargo de la advertencia de Milan Kundera, reproducida al principio de este artículo.

1.- Vacíos normativos de nuestro sistema de tutela de derechos fundamentales

La actual preceptiva constitucional contempla, a nuestro juicio, el sistema de tutela de derechos más sofisticado de nuestra historia patria, pero no por ello el más idóneo. Nos explicamos. Es efectivo que, entre las múltiples finalidades tenidas a la vista por los constitucionalistas nacionales durante todo el proceso de elaboración de la actual Constitución (1973–1989), la principal preocupación era el perfeccionamiento de nuestro sistema de tutela de derechos. Es claro también que en algunos aspectos esta finalidad cristalizó en la institución de nuevas acciones constitucionales (v.gr., la acción de protección) o en innovaciones a otras de estirpe anterior que han favorecido su interposición y concesión (v.gr., la acción de indemnización por error judicial). Sin

² Para este autor, consciente de la naturaleza convencional de las constituciones, es más razonable citar como data de nuestra Carta Magna aquella que da cuenta, en forma cierta e indubitable, del concurso afirmativo, libre y fidedigno de la gran mayoría de los ciudadanos. En este sentido, el denominado plebiscito de 1980, cuya convocatoria, desarrollo y escrutinio se dio en un marco de persecución a los disidentes, en ausencia de una efectiva deliberación pública y abierta, sin registros electorales ni escrutinio de los sufragios por parte de una justicia electoral imparcial, no es apto, desde ningún concepto, para dar cuenta de un acuerdo constitucional. Este panorama cambia drásticamente en el año 1989, fecha en la cual los ciudadanos, por gran mayoría, aprobamos relevantes enmiendas al texto precedente y, en definitiva, dimos forma a un nuevo acuerdo constitucional que ha permitido el desarrollo de la convivencia social en términos más auspiciosos, sin perjuicio obviamente de las numerosas enmiendas sancionadas con fecha posterior que complementan y perfeccionan el Acuerdo de 1989.

embargo, un análisis meramente lineal no puede dar cuenta de la sustancial transformación de las expectativas ciudadanas, en orden a satisfacer umbrales más latos y complejos de pretensiones jurídicas conforme a los padrones singulares de la modernidad emergente. Esta mutación infunde en los científicos jurídicos un hábito de insatisfacción respecto de la aptitud de nuestras instituciones políticas para proveer medios expeditos y eficaces para asegurar el imperio de los haces de derechos que atraviesan las sociedades modernas, tanto de los derechos tradicionales como de los de última generación. Por eso es que nuestro actual sistema jurídico, no por ser más complejo y variado cumple necesariamente mejor su cometido que los que le preceden.

Para estos efectos, sería de buen provecho introducir algunas enmiendas a la Constitución para favorecer la interposición de la acción de protección y extender el ámbito de derechos tutelados a todos los asegurados en la Constitución, como asimismo en los tratados internacionales sobre derechos humanos en vigor y que se encuentren ratificados por nuestro país. Las recomendaciones de reforma constitucional las extendemos también a la inquietud de lograr la efectiva y expedita sujeción de los órganos del Estado a la jurisdicción supranacional de tutela de derechos fundamentales, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, creemos que la principal insuficiencia en la protección de los derechos fundamentales no se vincula con nuestro sistema de justicia constitucional sino con la ausencia de un sistema de responsabilidad de los órganos del Estado que asegure el imperio de los principios de eficiencia y eficacia en el desempeño de la función pública. Funda nuestra observación la creencia, difícil de cuantificar, eso sí, que en Chile son más las omisiones que las acciones transgresoras de los derechos fundamentales³. En todo caso, la debilidad para acreditar (o refutar) la aseveración precedente no nos inhibe para ir más lejos y sostener, adicionalmente, que las omisiones de los agentes públicos en la promoción, supervisión y prestación de servicios para satisfacer ciertos derechos fundamentales, en una sociedad democrática, son más graves que las acciones transgresoras propiamente tales. La consideración de esta última afirmación supone un ejercicio de valoración, que surge luego de constatar cómo numerosos y relevantes derechos, esenciales para una vida que podamos calificar de digna, constituyen una quimera para un segmento importante de la población. Tal es la situación del

³ En nuestro medio jurídico no abundan las investigaciones de campo que permitan verificar aseveraciones como estas. Sí podemos citar, a modo meramente ejemplar, la publicación "Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres", en la cual actuaron como editores Jorge CORREA SUTIL y Luis BARROS LEZAETA (Corporación de Promoción Universitaria, 1993), que da cuenta de los resultados de una encuesta a 1.642 hombres y mujeres mayores de edad de nivel socioeconómico bajo y residentes en las ciudades de Santiago (830 personas), Valparaíso - Viña del Mar (407 personas) y Concepción - Talcahuano (405 personas). En dicha encuesta, un 82,8% de las personas opinó negativamente de la justicia chilena, explicitando cuatro factores centrales para su juicio adverso: la justicia es ineficiente, es discriminatoria, es arbitraria y es lenta. Independientemente que dichos juicios se correspondan o no con la realidad, el sentido común se orienta a pensar que las deficiencias observadas responden a situaciones de ocurrencia recurrente, particularmente respecto de las personas que pertenecen a dicha categoría social.

acceso a la justicia, el ejercicio del derecho a la educación o a la salud, la justa retribución por el trabajo⁴, etc.

En efecto, no poseemos una investigación de campo que nos permita dar cuenta de la insuficiente promoción de los derechos fundamentales, especialmente –según ya dijimos– de los derechos sociales y de los de tercera generación, todos ellos hermanados por la finalidad de asegurar a todas las personas una calidad de vida básica. Empero, la referida debilidad metodológica no nos impide preguntarnos el porqué de estas insuficiencias en nuestro sistema de derechos fundamentales.

Sin duda existen distintas respuestas posibles derivadas, *primaefacie*, de la naturaleza de los derechos cuya realización plantea problemas y, en segundo lugar, según sean las características de las transgresiones, es decir, si los derechos cuentan con eficacia precaria, fragmentaria o discriminatoria.

En lo que dice relación con la naturaleza de los derechos, habría que distinguir entre derechos que requieren de la prestación de un servicio público, sea gestionado por un organismo estatal o por un particular; derechos que suponen una transferencia monetaria; derechos que ameritan simetría informativa y una fase de empoderamiento previo; derechos que requieren del ejercicio de la potestad normativa del Estado y derechos en los cuales es económicamente más eficiente su ejercicio concertado o, subsidiariamente, requieren de un adecuado sistema de supervigilancia pública sobre determinados entes privados. Por su parte, interesa analizar las características de la ineficacia de estos derechos en cuanto ello ayuda a precisar la falencia específica que debe ser subsanada. Todas estas distinciones apuntan a precisar el perfil del *Ombudsman* que entendemos necesario para perfeccionar el Estado Constitucional de Derecho criollo. A continuación desarrollaremos estas categorías y distinciones.

1.1.– Atención que merecen ciertos derechos en razón de su naturaleza

Hemos dicho que en la sociedad chilena de hoy son más graves las omisiones que las acciones transgresoras de derechos fundamentales. Pero esta aseveración no cobra exclusiva validez tratándose de los derechos que requieren la prestación de servicios públicos o de transferencia monetaria generalmente asociados, aunque creemos que en forma errada, a los “derechos sociales”, negligencia que a primera vista podríamos explicar a partir de la naturaleza limitada de nuestras disponibilidades presupuestarias, propias de un país en vías de desarrollo. Sin desmerecer ese factor, estimamos que

⁴ En nuestro artículo “La garantía constitucional de una justa retribución y la garantía legal de un ingreso mínimo en el Orden Público Laboral chileno” (Revista “Persona y Sociedad”, Volumen XIV N°3, diciembre de 2000, páginas 119 y sgtes.), empleando cifras oficiales, denunciamos que entre los años 1990 y 2000 el ingreso mínimo legal se incrementó en sólo \$55.306.-, es decir, existió un incremento nominal (sin contar con la pérdida del poder adquisitivo derivada de la inflación) conforme a una tasa anual de \$5.530.-, cifra exigua (la voz “mezquina” podría ser más apropiada) si se miran los niveles de crecimiento económico del período.

una respuesta más satisfactoria puede encontrarse en otro tipo de consideraciones, particularmente por el rol pasivo que se le asignó (o auto asignó) al Estado en la solución directa de los problemas sociales por parte del llamado "Consenso de Washington"⁵ y por las debilidades que presenta nuestro Estado para desarrollar bien su cometido, especialmente para implementar con rigor y sistematicidad políticas públicas coherentes y bien elaboradas.

Ciertamente no está al alcance nuestro incidir en la política económica de los gobiernos ni en la perspectiva de la banca multilateral, pero sí creemos que con la constitución de un Defensor del Pueblo es posible abrir cauce a una profunda reforma al Estado, en la lógica de favorecer el diseño, implementación, supervisión y evaluación de las políticas públicas destinadas a asegurar la vigencia de derechos que no poseen exigibilidad inmediata y son de realización progresiva, como asimismo supervisar el óptimo funcionamiento de los órganos del Estado encargados de tutelar los derechos fundamentales. Esta dimensión la abordaremos con más profundidad en el capítulo relativo a la "reingeniería constitucional" que postulamos. Por lo pronto nos ceñiremos al propósito de exhibir la naturaleza de los derechos de difícil realización y el rol que a su respecto podría prestar una magistratura autónoma.

1.1.1.- Derechos que requieren la prestación de servicios públicos para su ejercicio igualitario

Pertenece al acervo de alguna literatura jurídica la simple asimilación de las prestaciones de servicios públicos con los llamados "derechos sociales". Esta relación es impropia por dos razones: primero, porque no todos los derechos sociales requieren de prestaciones de servicios por parte de un tercero, sea un agente público o un particular, para su plena satisfacción (v.gr., el derecho a la huelga) y, en segundo lugar, porque tales prestaciones de servicios tienen como finalidad permitir el efectivo ejercicio tanto de derechos sociales como de otra naturaleza (v.gr., la prestación de servicios por parte de los organismos de seguridad de un Estado para resguardar el derecho de propiedad⁶ o la seguridad individual⁷).

Entre estos derechos tenemos claramente el derecho a la educación (asegurado en el artículo 19 N°10 de la Constitución de 1989) y el derecho a la salud (amparado en el numeral 9 del mismo artículo constitucional).

⁵ Esta tesis la defiende con gran rigor el Premio Nobel de Economía, profesor Joseph E. STIGLITZ. Sobre el particular consúltese: i) su libro "The roaring nineties" (W. W. Norton & Company, Inc., Nueva York, 2003), y ii) su artículo "El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina" (Revista de la CEPAL N°80, agosto de 2003, págs. 7 y sgtes.). En una línea semejante puede consultarse a José Antonio OCAMPO, ex Secretario Ejecutivo de la CEPAL, en su Informe denominado "Más allá del Consenso de Washington: una visión desde la CEPAL" (véase en www.cepal.org/publicaciones)

⁶ Artículo 19 N°24 de la Constitución.

⁷ Artículo 19 N°7 de la Constitución.

1.1.2.- *Derechos que suponen una transferencia monetaria o una mayor compensación pecuniaria*

Esta categoría de derechos, entre los cuales se cuentan el derecho a un bono por desempleo⁸ y el derecho a la seguridad social⁹, tienen por objeto asegurar un ingreso que permita a todas las personas alcanzar condiciones básicas y uniformes de vida en un contexto de dignidad. Así, el derecho legal a un bono de desempleo aspira a asegurar al adulto en edad de trabajar y que se encuentra cesante un ingreso que le permita, en tanto subsista esa situación, proveer a sus necesidades y de su familia. Por su parte, el derecho a la seguridad social tiene como función central proteger a las personas de las situaciones de riesgo, sea por vejez, invalidez o cualquiera otro imprevisto o accidente de la vida biológica o social¹⁰.

En principio podría decirse que el derecho a la salud participa de la idea del derecho a la seguridad social; empero, estimamos que el primero posee una especificidad adicional¹¹ en tanto, al igual que el derecho a la seguridad social, es también un desarrollo

⁸ Este derecho sólo tiene rango legal, no constitucional, en los términos definidos en la Ley N°19.728, que establece un seguro de desempleo, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de mayo de 2001.

⁹ Artículo 19 N°18 de la Constitución.

¹⁰ El objeto de la seguridad social puede ser, sin duda, más o menos amplio dependiendo de las visiones particulares que se posean sobre la persona y la sociedad. Por ello nos permitimos citar otras definiciones consultadas: i) La seguridad social "supone proteger al individuo de las vicisitudes de la vida, esto es, de las consecuencias dañosas derivadas de acontecimientos cuyo acaecimiento resulte incierto, así como el momento en el que o durante el cual podrían verificarse" (Augusto VENTURI: "Los fundamentos científicos de la seguridad social", Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1994, pág. 277. Las cursivas corresponden al original); ii) La seguridad social "es la rama del derecho que se ocupa del hombre en general, frente a la posible ocurrencia de contingencias sociales, que comprometan todo o parte de su ingreso, y generen habitualmente cargas económicas suplementarias" (Julián Arturo DE DIEGO: "Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social", Abeledo-Perrot, S.A., Buenos Aires, 3ª edición, 1999, pág. 527), y iii) "La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados verifican contingencias sociales, las cuales deben ser protegidas. La necesidad de proteger de estas circunstancias sociales emana del derecho de todo ser humano a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal." (Héctor HUMERES MAGNAN – Héctor HUMERES NOGUER: "Derecho del trabajo y de la seguridad social", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 14ª edición, 1994, pág. 477).

¹¹ La Constitución, en su Artículo 19 N°9, asegura a todas las personas "el derecho a la protección de la salud". Más allá de cuestiones semánticas o hipotéticas intenciones enunciadas en el proceso de gestación de la norma, creemos que ésta reproduce fiel y literalmente un derecho autónomo generalmente conocido como "derecho a la salud". La doctrina en este punto no muestra idénticos niveles de asertividad. Así, por ejemplo, José Luis CEA EGAÑA, en "Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales" (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, pág. 57, elude pronunciarse sobre el punto ora se acoge a la literalidad para poner énfasis en la expresión "protección de la salud" más que en un derecho a la salud. Es claro sí que, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 5º de nuestra Carta Fundamental, no puede haber duda que el ordenamiento constitucional asegura efectivamente el derecho a la salud, sujeto al régimen de realización progresiva y racional que caracteriza a los derechos de prestación de servicios. Lo mismo puede decirse en relación con los profesores Mario VERDUGO MARINKOVIC y Emilio PFEFFER URQUIAGA, quienes, tras resaltar que la expresión original de "*derecho a la salud*" como tal fue sustituida por la de "*derecho a la protección de la salud*" con posterioridad al Informe Final de la Comisión Ortúzar, en el cual se reconocía la primera expresión, dan a entender que el alcance material del derecho a la salud sería distinto del derecho a la protección de la salud (en Mario VERDUGO MARINKOVIC – Emilio PFEFFER URQUIAGA – Humberto NOGUEIRA ALCALÁ: "Derecho Constitucional", Tomo I (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, pág. 203). Sin negar mérito a estas opiniones discrepantes, creemos que las distintas expresiones o *nomen juris* de este derecho social no alteran sustancialmente su contenido.

del derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N°1 de la Constitución de 1989), percepción que cuenta con amplia aceptación en la doctrina constitucional¹² y, en lo que atañe a la presente clasificación, no requiere *per se* una transferencia monetaria para su pleno ejercicio y corresponde, por lo pronto, incorporarlo en los derechos que exigen una prestación de servicios.

En general, los derechos que ameritan una transferencia pecuniaria supongan, en una lógica tradicional, que fuera el Estado el que debía procurar los correspondientes recursos monetarios. Empero, hoy por hoy, la tendencia es otra y, de haber transferencias estatales, éstas deben canalizarse para asegurar prestaciones mínimas si las fuentes de financiamiento de la seguridad social o del bono de desempleo, sea por aportes de los trabajadores o del empleador, no cubren tales prestaciones mínimas¹³.

1.1.3.- Derechos que exigen un empoderamiento previo del sujeto activo

Es posible aislar, al menos teóricamente, un conjunto de derechos cuyo ejercicio práctico pende del supuesto de que el sujeto activo esté dotado de una serie de habilidades y disposiciones de acción. Esta reflexión apunta a reducir la brecha entre la sociedad y los marginados de ella, como asimismo a ensanchar efectivamente el ámbito de la libertad de las personas.

El supuesto de hecho es el siguiente: un número importante de personas en nuestra sociedad no ejercen determinados derechos en atención a limitaciones o condicionamientos psicológicos como asimismo por la ignorancia de los derechos que les asisten. Dicho en otros términos, los niveles de ejercicio de derechos serían considerablemente superiores si el capital humano y el capital social de las personas fuere lo suficientemente amplio y si se superara la trampa psicológica de la marginalidad. Esta potenciación de las personas se denomina "empoderamiento", vale decir, que las personas tomen conciencia de su libertad de acción y tengan las herramientas para ejercerla a plenitud. Para ello, es imprescindible que las personas reciban un apoyo psico-social¹⁴ para que sean autovalentes y plenamente integradas a la comunidad.

¹² En este sentido consúltese Mario VERDUGO MARINKOVIC y Emilio PFEFFER URQUIAGA, ob. cit., págs. 201 y sgtes.

¹³ Esta interpretación guarda perfecta armonía con el principio de subsidiariedad y se funda en lo dispuesto en el inciso tercero del Artículo 19 N°18 de la Constitución: "*La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones voluntarias.*"

¹⁴ Este es el núcleo del sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado "Chile Solidario", en el cual se concibe al apoyo psicosocial como "un acompañamiento personalizado a los beneficiarios incorporados a "Chile Solidario", por parte de un profesional o técnico idóneo, con el objeto de promover el desarrollo de las habilidades personales y familiares necesarias para satisfacer las condiciones mínimas de calidad de vida, definidas por el reglamento de esta ley, y en una estrategia de intervención destinada a fortalecer la vinculación efectiva de los beneficiarios con las redes sociales y el acceso a los beneficios que están a su disposición." (Artículo 4° de la Ley N°19.949, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de junio de 2004).

Esta es, a mi modo de ver, la sustancia del denominado “derecho a la educación”, el cual tiene como finalidad obtener un auténtico empoderamiento de las personas. La educación no puede percibirse como una fase de adoctrinamiento sino como un proceso planificado de transferencia de conocimientos y de habilidades, a cargo de especialistas y con el apoyo de la familia, para desarrollar el capital humano y social de toda la población. En términos concordantes con lo expresado, la Constitución precisa el fin u objeto de la educación, indicando que es “*el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida*” (Artículo 19 N°10 inciso segundo). Este derecho sin duda posee una naturaleza estratégica¹⁵, en el conjunto de los derechos fundamentales, en tanto permite o habilita al goce pleno o ejercicio de muchos más. Así, a modo de ejemplo, el ejercicio de la libertad contractual y del derecho a desarrollar una actividad económica pende, en gran medida, del capital humano y social que una persona ha logrado desarrollar luego de un proceso de educación formal, pero también, en casos extremos, del apoyo psico-social que haya recibido para lograr su efectivo empoderamiento.

Una condición para un auténtico empoderamiento es que exista simetría informativa, es decir, que los hechos no sean públicos para unas personas y ocultos para otras, o más públicos para unos que otros. El acceso a la información pertinente para el ejercicio de los derechos debe ser igualitario y consideramos que una tarea relevante que un *Ombudsman* podría desarrollar en Chile es la que desarrolla, por ejemplo, el Servicio Nacional del Consumidor para transparentar precios y calidad de las mercaderías y servicios que se ofrecen al público.

1.1.4.— Derechos que requieren del ejercicio de la potestad normativa del Estado

La Constitución es una norma jurídica de aplicación inmediata. Este axioma se corresponde con el principio de supremacía constitucional y, nos atrevemos a decir, es la opinión unánime de la doctrina publicista. Lo anterior no empece que para el goce progresivo de determinados derechos se requiera que el Estado legislador defina los contornos específicos de un derecho fundamental. Esta afirmación surge desde el propio texto constitucional cuando, en su Artículo 19 N°26, precisa que son materia de ley aquellas normas destinadas a regular, complementar o limitar las garantías constitucionales cuando la propia Constitución, en sus distintos preceptos, determina que sea el legislador el que regule, complemente o limite un derecho o garantía constitucional. Así, entre muchos otros, le asiste al legislador proteger la vida del que está por nacer¹⁶, imponer diferencias que no sean arbitrarias para asegurar el derecho a la igualdad¹⁷, garantizar el debido proceso¹⁸, regular los casos y formas en que un hogar

¹⁵ Esta es la razón por la cual la Constitución impone al Estado el deber de otorgar especial protección a este derecho (Artículo 19 N°10 inciso tercero).

¹⁶ Artículo 19 N°1, inciso segundo de la Constitución.

puede allanarse y las comunicaciones o documentos privados interceptarse¹⁹, determinar los casos y la forma en que se puede privar o restringir el derecho a la libertad personal²⁰, fijar la forma y condiciones para garantizar la ejecución de las acciones de salud²¹, precisar el procedimiento de constitución de las asociaciones²², fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado²³, etc.

No cabe duda que esta remisión a la ley no es una técnica para eludir la plena eficacia del derecho a que se hace mención. Por el contrario, este envío normativo obedece a la necesidad de regular *in extenso* los derechos fundamentales, por medio de una norma jurídica de naturaleza general aprobada por los órganos del Estado que representan al pueblo soberano. El ejercicio de esta atribución configura un auténtico deber²⁴ para los órganos colegisladores y, en caso de mora u omisión, es admisible interponer, en principio, la acción de protección, en los casos que el artículo 20 de la Constitución lo establece y exigir la eventual responsabilidad civil del Estado moroso.

Sin embargo, no cabe duda que en este ámbito sería conveniente una reforma a la justicia constitucional, puesto que la acción de protección no permitiría una eficaz tutela de todas las posibles omisiones legislativas ni es claro que en todos los casos los órganos colegisladores respondan civilmente por omisiones graves. Una eventual reforma a la justicia constitucional tendría que tener a la vista el denominado "*mandado de injunção*" regulado en el Artículo 5º, LXXI, de la Constitución de 1988 brasileña²⁵, en cuya virtud es posible reclamar ante una sede jurisdiccional en caso que la mora normativa torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, entre otras materias que constituyen su ámbito de acción.

Sin perjuicio de esa eventual reforma avizoramos que en este ámbito la concurrencia de un "defensor del pueblo" es altamente constructiva, en tanto tenga la capacidad de advertir vacíos normativos y, con espíritu de colaboración, inste a los órganos colegisladores a subsanar su omisión en tiempo oportuno.

¹⁷ Artículo 19 N°2, inciso segundo de la Constitución.

¹⁸ Artículo 19 N°3, inciso quinto de la Constitución.

¹⁹ Artículo 19 N°5, de la Constitución.

²⁰ Artículo 19 N°7, inciso segundo, letra b), de la Constitución.

²¹ Artículo 19 N°9, inciso cuarto de la Constitución.

²² Artículo 19 N°15, inciso segundo de la Constitución.

²³ Artículo 62, inciso cuarto N°4, en relación con el Artículo 60 N°2, ambos de la Constitución.

²⁴ Para una mayor comprensión de la idea de "deber constitucional" consúltese nuestro artículo "El Estado como sujeto de deberes jurídicos-constitucionales", en Revista de Derecho Público, números 57/58, enero-diciembre de 1995, págs. 87 y sgtes.

²⁵ El Artículo 5º de la Constitución de la República federativa del Brasil dispone: "*LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; ...*".

1.1.5.— Derechos que admiten un ejercicio concertado o que, en subsidio, requieren de un adecuado sistema de supervigilancia

Es claro que, tratándose de los denominados “derechos colectivos”, pienso por ejemplo en los derechos de los consumidores, los derechos de las personas con discapacidad, los derechos de los pueblos originarios, los derechos de las personas de tercera y cuarta edad, etc., son más eficaces las acciones jurisdiccionales que se intenten en forma concertada para asegurar su plena vigencia. El reclamo individual tropieza con numerosas dificultades que inhiben su interposición y dificultan la labor del ente jurisdiccional competente para asegurar el pleno imperio del derecho.

Algo similar acontece con otra categoría de derechos que han sido concebidos como derechos individuales desde la perspectiva del legitimado activamente, pero que su privación, perturbación o amenaza altera el estatus jurídico de una comunidad de personas o, incluso, la humanidad toda. Este es el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, o derechos ambientales.

En ambas categorías de derechos concurren circunstancias que aconsejan la validación de acciones colectivas o en representación de grupos colectivos, o de una comunidad determinada. Entre estas consideraciones encontramos, entre otras posibles, el principio de economía procesal, la racionalidad y justicia del juzgamiento y, especialmente, para asegurar que el derecho a la justicia no quede en mera promesa. En efecto, se produce economía procesal si, en vez de incoarse numerosos juicios por un mismo hecho, se legitimaran las acciones colectivas, en cuya virtud una o más personas puedan provocar la actividad jurisdiccional del Estado en representación de un colectivo o una comunidad. Otro beneficio esperable es que el juzgamiento resultante de un solo juicio posea niveles de coherencia y racionalidad superiores a numerosos juzgamientos paralelos, por distintos e, incluso, por un mismo tribunal, ya que al apreciar un conflicto en su integridad, es de esperar que surjan soluciones que satisfagan las pretensiones de los actores, pero respetando las limitaciones presupuestarias — si fuere el caso— y los legítimos derechos que se encontraren en colisión. Por último, la consideración más importante es que efectivamente no queden pretensiones insatisfechas, pues nada socava más a una sociedad democrática que la acumulación de injusticias, efecto que no se produce en regímenes autoritarios donde la idea misma de justicia es sólo y a lo más una concesión graciosa del autócrata.

Hemos explicado la conveniencia de una reforma a nuestra justicia tutelar para permitir la interposición de acciones colectivas. Alguien podría decir que instar por una enmienda a la justicia constitucional es de por sí una labor que podría acometer un “defensor del pueblo”. Sin embargo, nuestra postura es que el defensor del pueblo, si se constituye en Chile, no tenga ni deba instar por nuevas atribuciones para el caso que se estime que esta entidad pueda representar en juicio intereses colectivos o de comunidades. En este sentido, lo dicho a modo de justificación de las acciones colec-

tivas o en favor de comunidades se cumple en términos más satisfactorios si el legitimado activamente es una institución seria, responsable y ponderada.

Otra alternativa a considerar es habilitar con nuevas atribuciones y recursos adicionales a los entes reguladores y fiscalizadores del Estado, para que prevean y sancionen en términos efectivos aquellas transgresiones que dan lugar a las denominadas acciones colectivas. Esta alternativa no la descartamos, pero su viabilidad la consideramos en caso de inexistencia de un sistema de acciones colectivas o en resguardo de intereses de comunidades.

1.2.- Atención que merecen los derechos en atención a las características de las transgresiones

Corresponde ahora enfocar nuestra revisión del sistema de derechos, a partir de la valoración que es posible hacer acerca de las transgresiones que sufren. Esta revisión tiene el mérito de ilustrar acerca de los medios de acción que podría arbitrar a su respecto una magistratura de opinión. Es decir, no apunta a definir funciones específicas que podría cumplir sino a la naturaleza de la acción que podría desplegar, puesto que sabido es que un "defensor del pueblo" no ofrece soluciones directas a demandas de servicios o de recursos físicos, no legisla ni imparte justicia. Su labor es por entero indirecta, pero no quiere ello decir que siempre los medios de acción serán los mismos, como tampoco las prioridades.

1.2.1.- Derechos con eficacia nula o precaria

En un principio decíamos que nuestro sistema de tutela de derechos es el más complejo de toda nuestra historia; pero de ello no se sigue que satisfaga de mejor manera las expectativas de la población. Esto se explica porque frente al desarrollo de nuevos derechos, muchos de ellos de difícil realización, es posible que cunda una sensación en la ciudadanía de que el sistema de tutela de derechos es insuficiente, discriminatorio o ineficiente. Esta frustración de expectativas se hace más patente cuando constatamos la existencia de derechos con eficacia nula o precaria.

Convengamos desde ya que no nos parece que el crecimiento de nuestro acervo de derechos sea una decisión política errada, toda vez que la precariedad no dice relación con una supuesta incorporación —sea en ejercicio de la potestad constituyente o legislativa o por los mecanismos del derecho internacional— irresponsable de nuevos derechos. La eficacia nula o precaria de ciertos derechos tiene que ver con la ausencia de las subsecuentes políticas públicas o con la inaptitud de ellas para dar vida a los nuevos (y, a veces, viejos) derechos.

Si bien no es tema de este artículo tratar la naturaleza de los derechos de difícil realización, es oportuno señalar que la dificultad estriba más en la inteligencia y voluntad

para implementar políticas públicas idóneas, por un lapso prolongado de tiempo quizás, que en la disponibilidad de recursos físicos para satisfacer las respectivas pretensiones. Citemos un ejemplo, la dificultad para asegurar el derecho a la salud, frente a enfermedades tan graves como el SIDA, no guarda vinculación con la disponibilidad de una vacuna o tratamiento apropiado hoy inexistente sino con la adopción de medidas sanitarias preventivas, con campañas de autocuidado y con el acompañamiento, aunque sea estrictamente humanitario, a la persona portadora de ese virus.

Ahora bien, el sistema de tutela de derechos en nuestro país no presenta, a primera vista, derechos de eficacia nula o precaria. Incluso los derechos sociales cuentan con razonables niveles de satisfacción, en la medida que aceptemos como razonable una precariedad no superior a un guarismo del orden del 20% de la población. Incluso si tenemos a la vista la situación de los derechos sociales podríamos fácilmente cotejar que nuestro sistema de tutela de derechos no presenta rasgos catastróficos. Pensemos, por ejemplo, en el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda o a la educación y podemos concluir, con relativa paz, que no existe un balance dramático como el que podríamos apreciar en otras latitudes políticas. Sin embargo, a partir de lo que diremos en la siguiente categoría —derechos con eficacia fragmentaria— nuestras conclusiones ya no pueden ser tan felices ni complacientes.

1.2.2.— Derechos con eficacia fragmentaria

La exacta dimensión de las deficiencias que presenta nuestro sistema de tutela de derechos se descubre a partir de esta categoría de transgresiones a los derechos fundamentales y, en esta esfera, nuestras conclusiones pueden ser lacerantes.

¿Qué es un derecho con eficacia fragmentaria? La sola enunciación de esta categoría de transgresiones revela que los derechos cuentan, en términos globales, con niveles supuestamente satisfactorios de vigor. No estamos, por tanto, frente a derechos con eficacia nula o precaria; al menos en una mirada global. Pero si hacemos un ejercicio de individuación de las personas que no tienen acceso a ciertos y determinados derechos, nos encontraremos con una realidad que puede ser desoladora si constatamos que es en un mismo conjunto de personas, por ejemplo las personas que viven en situación de extrema pobreza, donde se presentan las concentraciones de analfabetismo, cesantía, vivienda precaria, índices de expectativas de vida más bajos, etc. Esta realidad da cuenta de que ciertos derechos poseen eficacia fragmentaria, es decir, que son pretensiones asequibles a un segmento de la población pero existe otra parte de ésta que, en forma concordante, no accede a ciertas condiciones de vida básicas o no está en condiciones de ejercer un conjunto importante de derechos. La realidad así presentada no resiste ninguna excusa o explicación. Esta realidad es un incumplimiento grave de cualquier contrato social y este no es el acuerdo constitucional al cual arribamos en el año 1989.

1.2.3.– *Derechos con eficacia discriminatoria*

Las transgresiones de los derechos pueden no llegar a ser totales –como en el caso de los derechos de eficacia nula o precaria– ni concentrarse en segmentos de la población –como sucede con los derechos de eficacia fragmentaria– y dar lugar a una modalidad no menos reprochable. Nos referimos a los derechos con eficacia discriminatoria, en cuya virtud ciertos y determinados derechos cuentan con una razonable eficacia y se ejercen habitualmente, mas son una quimera para ciertas personas, quienes no acceden a su libre ejercicio por la existencia de una voluntad deliberada de excluirlos. Aquí no existe olvido; lo que hay es una voluntad caprichosa y arbitraria destinada a privar a una persona del ejercicio de un derecho, de su derecho.

Esto es lo que acontece, por ejemplo, con las doctrinas institucionales que impiden el acceso a las ramas castrenses a las personas con orientación sexual homosexual (como hasta hace poco eran excluidas las mujeres), quebrantando el derecho constitucional a la igual "*admisión a todas las funciones y empleos públicos*"²⁶. Lo mismo podría decirse cuando, sin desconocer el derecho en sí, se otorga preferencia desmedida a una categoría de personas para el ejercicio de determinados derechos, como sería el caso de las mayores facilidades que pudiere tener un credo religioso para otorgar asistencia espiritual en hospitales, unidades castrenses o recintos penitenciarios. Similar razonamiento se observa en la exclusión de una joven adolescente de un colegio por haber quedado embarazada.

Es claro que en estas hipótesis se transgreden los derechos fundamentales de una manera arbitraria o, más precisamente, en forma innecesaria. ¿Qué impacto puede tener en la moral de las tropas el que la integren personas de género distinto o de orientaciones sexuales diversas? ¿Qué empece a un credo el que otro también brinde asistencia espiritual a los que lo deseen? ¿De qué manera puede alterar el proceso educativo de un colegio o la moral objetiva que se predica si se acoge a una joven embarazada y se le facilita la conclusión de sus estudios?

Parece evidente, pues, que tratándose de derechos con eficacia discriminatoria la labor que podría realizar una magistratura de opinión es o puede ser de muy interesante magnitud. No para izar escándalos sino para mediar y sugerir soluciones aceptables.

2.– El desafío de construir una sociedad más transparente

Otra arista para examinar la pertinencia de un defensor del pueblo en nuestro sistema constitucional tiene que ver con los niveles de transparencia y verdad factual que una sociedad desea ver cristalizadas. Es en este terreno donde encontramos la veta que nos inclina definitivamente por su adopción.

²⁶ Artículo 19 N°17 de la Constitución.

Es importante tener en cuenta que la historia de los pueblos y, en general, toda obra del artificio de los hombres y las mujeres pueden ser analizados desde múltiples perspectivas y enfoques. Lo mismo puede decirse de la sociedad que hemos construido entre todos a partir del año 1989 cuando consensuamos una constitución para el país.

En este sentido, cabe preguntarnos primero cuál es la sociedad política que hemos ido construyendo y, luego, acerca de los niveles de adulteraciones de la verdad que como sociedad estamos dispuestos a tolerar.

2.1.— El desarrollo de un espacio público transparente en una sociedad abierta

Teniendo presente que todo análisis social es multidimensional nos permitiremos enfatizar la decisión, asumida por todos los chilenos, de construir una sociedad más transparente de la que heredamos en el año 1990. No siendo ésta la ocasión para juzgar los pobres índices de transparencia y probidad del régimen que expiró en el mencionado año, sí nos corresponde dar cuenta de la opción libertaria que asumimos como sociedad a la vuelta de la democracia.

En efecto, si aceptamos la disyuntiva entre “sociedades abiertas” y “sociedades cerradas”, formulada por Karl Popper²⁷, es plausible afirmar que la decisión colectiva de los chilenos de optar por una sociedad más abierta y transparente se enmarca en la visión que cuenta con mayor aceptación en Occidente sobre el sentido de la historia, que pregona precisamente un ensanchamiento del espacio público en el cual convergen los individuos y se realiza la libertad.

Más allá de las dificultades para encasillar los tipos reales de convivencia según la clasificación entre sociedades abiertas y cerradas, lo cierto es que tanto ayer como hoy la gran mayoría de los chilenos entendemos que nos orientamos hacia un régimen de mayores libertades, camino que nos resulta siempre atractivo y digno de perseverar en él. No queremos una vuelta para atrás hacia la oscuridad de las formas extremas de sociedades cerradas ni tampoco conservar rasgos gordianos de éstas en sociedades en tránsito. Los chilenos queremos más libertad, siguiendo una lógica progresiva compatible con los estadios de evolución de las conciencias individuales.

¿Qué vinculación guarda este peregrinaje de la libertad con nuestros afanes de mayor transparencia de lo público? La respuesta podría encontrarse en la inteligencia de que tal transparencia es necesaria para realizar el ideal libertario. En forma más delicada es posible argumentar que la socialización del bien público denominado “transparencia” es factor crítico de éxito para ilustrar a los individuos acerca de las distintas libertades

²⁷ Karl POPPER, en “La sociedad abierta y sus enemigos” (Ediciones Paidós, Barcelona, 6ª reimpresión de 1994, 693 págs.) define a la sociedad abierta como aquella “que pone en libertad las facultades críticas del hombre” (pág. 15) o “aquella en que los individuos deben adoptar decisiones personales” (pág. 171).

y sobre la factibilidad de adoptar un curso de acción, en los términos que sugiere, por ejemplo, Amartya Sen²⁸. En otras palabras podríamos decir que la transparencia de lo público tiene la virtud de hacer posible la idea misma de lo público. Es decir, sin transparencia no sería factible la dimensión "pública" de la convivencia entre las personas, relegándola a un crisol selvático de relaciones interindividuales, en las cuales la preeminencia en el acceso a la información configura una herramienta necesaria para desarrollar situaciones de privilegio en las relaciones interindividuales.

Conviene destacar que la concurrencia al espacio público está abierta tanto para las autoridades y funcionarios del Estado como para los particulares²⁹, lo que no es indiciario de que la concurrencia de éstos deba ser con arreglo a la lógica restrictiva, limitativa o prohibitiva de la publicidad que caracteriza al derecho privado. En el espacio público, quienquiera sea el sujeto concurrente y cualesquiera sean sus motivaciones, la regla de oro es la transparencia y la publicidad, a la cual nadie es ajeno, ni por razones de Estado, inaceptables en una democracia constitucional, ni para cautelar intereses privados, por muy legítimos que éstos sean.

Así, la transparencia, entendida ésta como un estadio igualitario de acceso al espacio público, aunque nunca se realice del todo, hace más llevadera la convivencia social y permite el despliegue virtuoso de la libertad humana.

2.2.— Paradoja de la publicidad y la mentira en las democracias modernas

Frente a una visión excesivamente complaciente acerca del vigor de la publicidad en las democracias modernas, Norberto Bobbio nos advierte que "*a pesar de las profundas transformaciones en las relaciones entre gobernantes y gobernados, inducidas por el desarrollo de la democracia, el proceso de publicitación del poder, ..., es todo menos lineal*"³⁰, pues "*el poder invisible resiste el avance del visible, reinventa formas para ocultarse y para esconder; para ver sin ser visto*"³¹, toda vez que "*jamás ha decaído la práctica del ocultamiento mediante la influencia que el poder público puede ejercer sobre la prensa*"³² y

²⁸ Amartya K. SEN, en "Bienestar, justicia y mercado" (Ediciones Paidós, Barcelona, 1ª reimpresión de 1998), adaptando la distinción entre libertad "negativa" y libertad "positiva" de Isaiah Berlin, propicia la denominada "libertad de ser agente" en contraposición a la "libertad de bienestar". Para Sen, "*la libertad de ser agente se refiere a lo que la persona es libre de hacer y conseguir en la búsqueda de cualesquiera metas o valores que considere importantes*" (pág. 85); esta es una facultad de carácter general que no está asociada a la consecución de un resultado determinado; mientras que la libertad de bienestar es un tipo particular de la libertad y "*se centra en la capacidad de una persona para disponer de varios vectores de realización y gozar de las correspondientes consecuciones de bienestar*" (*bis in idem*).

²⁹ Esta tesis la sostenemos: i) Carlos PEÑA GONZÁLEZ en su artículo "Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía" (Revista "Derecho y Humanidades" N°8, 2000-2001, págs. 217 y sgtes.), y ii) Augusto QUINTANA BENAVIDES, en nuestro artículo "El derecho público en vías de transformación" (Revista "Derecho y Humanidades", ob. cit., págs. 259 y sgtes.).

³⁰ Norberto BOBBIO: "Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política" (Fondo de Cultura Económica, México, tercera reimpresión de la primera edición en castellano, 1994, pág. 38).

³¹ Ob. cit., pág. 37.

³² Bis in idem.

porque el uso extensivo de las modernas tecnologías de la información “permite y permitirá cada vez más a quienes detentan el poder observar al público mucho mejor que los Estados del pasado”³³.

El razonamiento del maestro de Turín nos parece enteramente válido y nos obliga a estar permanentemente alertas respecto de los poderes “invisibles”, las influencias indebidas y las potestades informativas omnímodas que pueda detentar el poder público. Claro es que cuando Bobbio emplea la expresión “poder público” no se refiere únicamente a la rama ejecutiva del Estado y, en nuestra perspectiva, la persistencia de la teoría de los *arcana imperii*, es decir, del secreto de los actos de quienes ejercen el poder, obedece al influjo y tentación que su aparente eficacia suscita en todos los que participan del espacio público, sean agentes estatales o, incluso, personas u organismos privados que actúan directa o veladamente en la política. Es el ejercicio del poder el que reclama el velo de la ignorancia contra quienes se le puedan oponer en forma abierta o sediciosa.

Esto nos lleva a preguntarnos, junto con Hannah Arendt, acerca de la veracidad y la mentira en la política, para quien “la veracidad jamás se incluyó entre las virtudes políticas, porque poco contribuye a ese cambio del mundo y de las circunstancias que está entre las actividades políticas más legítimas”³⁴. Esta premisa la lleva a distinguir entre la mentira política tradicional y las mentiras políticas modernas. Las primeras se referían a verdaderos “secretos”, es decir, a datos que jamás se hacían públicos, o bien a “intenciones”, que son meras potencialidades; en otras palabras, la mentira tradicional procuraba el ocultamiento de los hechos y, en el contexto de una sociedad jerarquizada, se refería a ciudadanos particularmente –los enemigos políticos– y no poseía la intención de engañar literalmente a todos, pues no era necesario.

Las mentiras políticas modernas, por el contrario, “se ocupan con eficacia de cosas que de ninguna manera son secretas sino conocidas de casi todos”³⁵ y consisten en la manipulación masiva de hechos y opiniones. Sin embargo, el engaño y el consecuente autoengaño –indispensable para que el ardid no quede al descubierto– no pueden desplazar por entero a la historia real y, por ello, los suplantadores tienen que hacer cambios constantes en las falsedades. Así, “el resultado de una consistente y total sustitución de las mentiras por la verdad de hecho no es que las mentiras vayan a ser aceptadas en adelante como verdad, y la verdad se difame como una mentira, sino que el sentido por el que establecemos nuestro rumbo en el mundo real –y la categoría de verdad contra falsedad está entre los medios mentales para conseguir este fin– queda destruido”³⁶.

³³ Ob. cit., pág. 38.

³⁴ Hannah ARENDT: “Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política” (Ediciones Península, Barcelona, 1996, pág. 264).

³⁵ Ob. cit., pág. 265.

³⁶ Ob. cit., pág. 270.

Para nuestra ventura, aun cuando los hechos no están seguros en manos del poder, la verdad factual termina tarde o temprano por imponerse toda vez que, por su naturaleza, tiene su soporte en la estabilidad firme de la realidad objetiva, mientras que la mentira, por muy sistemática que sea, es fruto de la acción del hombre y, por ende, carece de ese soporte de estabilidad. Hannah Arendt desarrolla esta fase triunfal de la verdad fáctica en los siguientes términos: *"Los hechos se afirman a sí mismos por su terquedad, y su índole frágil se suma, extrañamente, a su gran resistencia, la misma irreversibilidad que es el sello de toda acción humana. En su obstinación, los hechos son superiores al poder; son menos transitorios que las formaciones de poder, que surgen cuando los hombres se reúnen con un fin pero desaparecen tan pronto como ese fin se consigue o no se alcanza. Este carácter transitorio hace que el poder sea un instrumento poco fiable para conseguir una permanencia de cualquier clase, y por eso no sólo la verdad y los hechos están inseguros en sus manos sino también la no-verdad y los no-hechos"*³⁷.

Empero, es nuestra creencia que la mentira verdad no ha reemplazado íntegramente a la mentira tradicional. Más bien la tendencia sería que entre ambas formas de mentira se produce alguna convivencia. Pensemos a este respecto en el entramado de mentiras generadas para ocultar el hecho o para desviar el posible reproche derivado del asesinato masivo e inmisericorde de chilenos perpetrado por las autoridades políticas durante el último régimen militar (1973-1990). Por una parte se negaba los hechos (mentira tradicional) y, por la otra, se afirmaba que algunos de los detenidos-desaparecidos habían huido fuera de Chile para así abandonar el hogar familiar (mentira moderna). Es cierto que, con el avance de los años y la tenue pero progresiva apertura de los medios de comunicación, se desplaza el centro de gravedad de las mentiras del régimen militar (con la importante colaboración de no pocos civiles, para ser justos), desde el ocultamiento de los hechos a una explicación distinta de los mismos, argumentando que existía un estado de guerra interna, que por esa vía se procuró evitar mayores bajas, que sólo fueron excesos pero no una práctica sistemática y deliberada, etc. Hoy en día la táctica es tratar de silenciar los hechos restándoles relevancia e interés. Pero los hechos han sido más perseverantes que los autores del ardid y sus continuadores.

Pero, pensemos también en mentiras suscitadas durante los gobiernos democráticos posteriores. Un buen ejemplo podrían ser los denominados "sobresueldos" que percibían las autoridades políticas e importantes directivos para complementar el sueldo asignado por ley a sus respectivos cargos públicos. ¿Acaso no fue posible esta práctica merced a su ocultamiento?³⁸ En suma, lo cierto es que mientras perduren núcleos de secreto en las sociedades democráticas también será posible el desarrollo de mentiras

³⁷ Ob. cit., pág. 272.

³⁸ Un lector agudo podría decir que el ocultamiento era sólo parcial, pues no pocos personeros de la oposición conocían esta práctica, en la medida que ellos también percibieron sobresueldos mientras colaboraron con el régimen militar hasta el día mismo de traspaso del poder a la autoridad legítima.

tradicionales, aun cuando la modalidad más prolija y desarrollada es lo que Arendt define como mentira moderna.

Por ello, el centro de nuestra preocupación será la mentira factual, aquella que consiste en la distorsión sistemática de los hechos y que, para la plena vigencia de los derechos fundamentales, configura un riesgo de alta significación toda vez que tiene la virtud de ofrecer explicaciones, relativamente convincentes, acerca de por qué es posible, por ejemplo, la existencia de bolsones de extrema pobreza en sociedades democráticas, o discriminaciones odiosas a los homosexuales en las Fuerzas Armadas, o el tratamiento distinto por parte de la prensa a pedófilos de clase alta en relación con el que se brinda habitualmente a los delincuentes comunes.

Aclaremos que la voz “mentira”, fuerte en su contenido conceptual, admite graduaciones, algunas muy sutiles, entre ellas el diseño e implementación de políticas públicas que poseen escaso o nulo impacto entre los destinatarios o, al menos, en los destinatarios a los cuales se desea realmente favorecer. Esta es la razón por la cual en los últimos años se recoge en la discusión presupuestaria y en los acuerdos políticos que permiten su aprobación por el Congreso Nacional, diversos instrumentos de evaluación que añaden, por ejemplo, a programas sociales y que son encargados a la misma autoridad política responsable. Sin ánimo de cuestionar la idoneidad técnica de ningún organismo de la Administración del Estado, estimamos que estas son funciones que perfectamente podrían quedar entregadas a un organismo imparcial que no esté particularmente interesado en desconocer o justificar diseños defectuosos o implementaciones ineficientes³⁹.

En este estadio, el establecimiento de un “defensor del pueblo” que asista a los poderes públicos y a la opinión pública para encontrar vías de diálogo fundadas en criterios de veracidad, es o puede llegar a ser un tremendo aporte a nuestra sociedad y a nuestro sistema de tutela de derechos.

³⁹ Para el año 2004 se consulta la evaluación de diversos programas gubernamentales, entre ellos: Programa de Conciliación y Mediación de la Dirección del Trabajo, Programa Orígenes de la Subsecretaría de MIDEPLAN, Programa de Salud Oral de la JUNAEB y el MECE-SUP de la Subsecretaría de Educación. Asimismo se contemplan evaluaciones de impacto de los Programas de Empleo con Apoyo Fiscal (Subsecretaría del Trabajo, SENCE, SUBDERE y FOSIS) y el Programa de Reforzamiento de Salud Primaria (FONASA). Finalmente, también se pretende efectuar una evaluación comprehensiva del gasto al Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS) a cargo de MIDEPLAN. Esta información se recoge en el documento denominado “Protocolo que acompaña el despacho del proyecto de ley de presupuestos del sector público para el año 2004”, suscrito por el Gobierno y los parlamentarios integrantes de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos y publicado en el manual “Instrucciones para ejecución de la ley de presupuestos del sector público año 2004” (Ministerio de Hacienda, 2004, págs. 251 y sgtes.)

3.- Insuficiencia de la función jurisdiccional y la fiscalización parlamentaria para asegurar la plena vigencia de la verdad factual

En este capítulo pretendemos, brevemente, fundar por qué no es recomendable que el rescate de la verdad factual quede entregado, en exclusiva, a los poderes públicos instituidos y, en particular, a los tribunales de justicia y a la Cámara de Diputados. Sin hacer mucho hincapié también planteamos que la Contraloría General de la República tampoco es un órgano apropiado para desempeñar la función de magistratura de opinión, toda vez que la tarea encomendada al órgano contralor, junto con ser limitada en cuanto al sujeto pasivo de su control, incide en una supervisión netamente de juridicidad, por lo que no parece buena idea revestir a este organismo de una función de tutela de mérito, de eficacia y eficiencia de los órganos sometidos a control. Entregar una función semejante a la Contraloría sería desnaturalizar su misión específica, en los términos previstos en los artículos 87 y 88 de la Constitución, principalmente.

3.1.- Inidoneidad de los tribunales de justicia para rescatar una verdad factual global o general

No cabe duda que a los tribunales de justicia les asiste el deber de determinar lo que denominamos la "verdad judicial" y que con ello efectúan una enorme contribución al restablecimiento de la verdad allí donde el poder público o los particulares la hayan quebrantado.

Sin embargo nuestra cuestión es que la labor jurisdiccional sólo tiene la aptitud para satisfacer en forma parcial esta demanda de mayor veracidad. En efecto, por una parte la jurisdicción criminal es selectiva en tanto los hechos que investiga son sólo aquellos que son objeto de denuncia o querrela y que, por la misma naturaleza selectiva del derecho penal, sólo puede incidir en materias en las cuales estén involucrados bienes jurídicos relevantes, aquellos que la sociedad política ha definido que cuenten con tutela penal. Por otra parte las decisiones adoptadas por la jurisdicción civil, al igual que la criminal, sólo tienen efectos respecto de las partes del juicio, sin que puedan llegar a tener efectos generales.

Es más, aun si fuere el caso que los tribunales de justicia extendieran sustancialmente su ámbito de acción y se hicieran más expeditos los medios para provocar su labor jurisdiccional, no podrían, por razones de especialidad y formación, adentrarse en terrenos que no les son habituales y consustanciales. Nos referimos, entre otros rubros posibles, al discernimiento ínsito en el juzgamiento de decisiones administrativas que inciden en políticas públicas, muchas de ellas de alta complejidad y con elevados estándares técnicos. Es discutible si la labor jurisdiccional puede extenderse a este punto, pero aun en el caso de que la decisión fuera favorable a la revisión de la

discrecionalidad técnica de la Administración⁴⁰, desestimando la pretensión que la técnica sea un fenómeno extra-jurídico, lo cierto es que jamás será labor de un tribunal ilustrar acerca de la aptitud de una política pública para satisfacer un fin determinado merced a un estudio o evaluación de impacto ni para supervisarla en su fase de implementación. Estas dimensiones exceden por completo el ámbito de la verdad judicial.

3.2.- Insuficiencia de la Cámara de Diputados para velar por toda la verdad factual

En el Mensaje N°214-350, de 17 de noviembre de 2003, de S.E. el Presidente de la República, por medio del cual somete a la consideración del Congreso Nacional el proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano (Boletín N°3429-07) se consulta como fundamento para la participación de la Cámara de Diputados en el nombramiento del Defensor del Ciudadano la atribución conferida a aquélla en el artículo 48 N°1 de la Constitución, esto es, fiscalizar los actos del Gobierno⁴¹, aun cuando el proyecto del Ejecutivo no consulta al Defensor del Ciudadano como un organismo dependiente de dicha rama del Congreso Nacional ni sometido a un estatuto de especial supervigilancia de ésta, salvo en cuanto el Defensor podría ser objeto, al igual que numerosas otras autoridades, de una acusación constitucional conforme a la enmienda que se propone también efectuar al numeral 2 del mismo artículo 48.

Sin perjuicio de lo expresado podría parecer atractivo situar al Defensor del Pueblo bajo el alero de la Cámara de Diputados, en tanto una magistratura de opinión permitiría a no dudar un mejor desempeño de la atribución constitucional de fiscalizar los actos del Gobierno o, específicamente, para controlar la función administrativa del Gobierno⁴².

Empero, esta solución no nos seduce por varias razones que pasamos a explicitar:

1º Porque, en el contexto de un sistema presidencial, situar al Defensor del Pueblo como una entidad destinada a potenciar la función fiscalizadora de la Cámara de Diputados supondría profundizar en el contrasentido de esa atribución, generada a partir de la Constitución de 1925 como un híbrido luego de una transacción entre los

⁴⁰ Esta tesis es sustentada por Juan IGARTUA SALAVERRÍA, en "Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional" (Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998), y ii) Domingo Juan SESÍN, en "Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica" (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994).

⁴¹ En la parte pertinente, S.E. el Presidente de la República en su Mensaje sostiene lo que sigue: "... como el órgano que ahora se propone crear tiene facultad de control, se ha estimado conveniente que en este caso sea la Cámara de Diputados, en cuanto órgano de fiscalización del Congreso, la que preste su acuerdo, y no el Senado, como sucede en los otros órganos." (pág. 19). Consúltese su texto en www.congreso.cl.

⁴² Esta parece ser la perspectiva que avala el profesor José Luis CEA EGAÑA. Véase su "Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado" (Ediciones Universidad Católica de Chile, 1999, págs. 209 y sgtes.

partidarios del sistema presidencial y parlamentario. Ahora bien, la decisión normativa de entregar a los parlamentos la potestad de controlar a los gobiernos descansa en el fundamento de legitimidad de los primeros. En este sentido, los profesores Montero Gibert y García Morillo plantean que *"la justificación última del control parlamentario se encuentra en el propio sistema representativo, matriz de todo el orden constitucional, que otorga a los representantes del titular de la soberanía la capacidad para comprobar la actividad del ejecutivo y para verificar su adecuación a los parámetros establecidos por el propio Parlamento"*⁴³. Esta justificación pierde fuerza en un sistema presidencial, toda vez que el parlamento no puede reclamar exclusividad alguna en la representación popular. A mayor abundamiento, aun cuando la Carta Fundamental no prevé una estricta separación de funciones entre la rama Ejecutiva y la rama Parlamentaria, toda vez que la primero desempeña importantes atribuciones legislativas y la segunda está convocada a colaborar con el Presidente de la República en numerosas materias y designaciones⁴⁴, lo cierto es que, tal como lo ha entendido la doctrina⁴⁵, la fiscalización parlamentaria entraña tanto una apreciación política como jurídica respecto de los actos del Gobierno⁴⁶. Esta naturaleza dual de la fiscalización parlamentaria va más allá del precedente norteamericano y, en hipótesis de conflicto entre el Presidente de la República y la mayoría del Congreso, podría alterar gravemente el funcionamiento del sistema presidencial si la discrepancia política trae aparejada, adicionalmente, la sanción de destitución del Presidente de la República o de algunos de sus colaboradores merced a una acusación constitucional, según los artículos 48 N°2 y 49 N°1 de la Constitución, aun cuando en esta segunda institución la dimensión política no se contenga literalmente en las causales respectivas. Nuestra aprensión se dirige a la circunstancia de que, en los hechos, es muy difícil precisar la frontera entre lo político y lo jurídico, máxime si los parlamentarios no están obligados a fundar la decisión o, si se quiere, los fundamentos de la decisión pueden ser tantos como sean los parlamentarios que se pronuncien en el hemisicio.

2º Si la facultad fiscalizadora es unánime y eminentemente "política", aun cuando tenga también ribetes jurídicos, encuentro riesgoso que una magistratura de opinión se involucre en una lógica que pudiera distorsionar la naturaleza de su función. En

⁴³ José Ramón MONTERO GIBERT - Joaquín GARCÍA MORILLO: "El control parlamentario" (Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1984, pág. 41).

⁴⁴ El principio de colaboración en un sistema presidencial lo explica Francisco BERLÍN VALENZUELA con las siguientes palabras: *"La buena marcha de las tareas gubernativas hace necesario el establecimiento de relaciones sobre la base de responsabilidad política compartida, para lo cual debe existir colaboración entre ambos poderes y las fuerzas sociales interesadas en las decisiones del ejecutivo"* (en "Derecho parlamentario", Fondo de Cultura Económica, S.A., México, primera reimpresión de la primera edición, 1994, pág. 140).

⁴⁵ Esta tesis es la adoptada por el profesor Alejandro SILVA BASCUÑÁN, en "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo VI: Congreso Nacional (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª edición, 2000, pág. 95).

⁴⁶ Una opinión distinta se contiene en Gutenberg MARTÍNEZ OCAMICA: "Fiscalización parlamentaria y comisiones investigadoras. Análisis y propuestas" (Editorial Jurídica de Chile - Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1998) cuando refiriéndose a la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados expresa que "se trata de un control político y no de jurisdicción, lo que marca una importante diferencia entre la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados y la facultad propiamente jurisdiccional" (pág. 44).

este sentido, no nos parece prudente situar al Defensor del Pueblo en el ámbito de la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados.

3º Aun cuando la expresión “actos del Gobierno” contenida en el artículo 48 N.º 1 de la Constitución entraña una lectura amplia, como lo ha recogido la doctrina⁴⁷, comprensiva tanto de la función de gobierno como de la función de administración, lo cierto es que ese control sólo se extiende al Gobierno y a los órganos dependientes suyos, quedando fuera de dicha fiscalización todos los entes autónomos y descentralizados, como asimismo la labor que desempeñan autoridades públicas en directorios de empresas públicas o en las cuales el Estado tenga participación y la labor de servicio público que prestan particulares, sea por un acto de concesión u otra figura jurídica. En suma, creemos que el ámbito de lo susceptible de ser controlado por el Defensor del Pueblo es mucho más amplio del que se reconoce a la Cámara de Diputados a través de su facultad de fiscalización.

4º Porque, en nuestra perspectiva, la Cámara de Diputados y los órganos colegisladores también son o pueden ser susceptibles de control por parte del Defensor del Pueblo. Hemos dicho que para el ejercicio de determinados derechos cobra importancia relevante el ejercicio oportuno y racional de la potestad legislativa del Estado, razón por la cual estimamos indispensable que la labor de los órganos colegisladores también sea objeto de control por parte de este nuevo organismo.

4.- Establecimiento de un defensor del pueblo como el “gran supervisor” de la verdad factual y, por esa vía, de los derechos fundamentales

En el curso de este artículo hemos ido delineando el rol del Defensor del Pueblo como un ente que controla, sin potestades de imperio, el fiel, oportuno y veraz funcionamiento del sistema de tutela de derechos. De allí que nos hace mucha fuerza la expresión del catedrático Joaquín García Morillo, quien califica al Defensor del Pueblo en España como el “gran supervisor”⁴⁸, una institución que se sitúa moralmente por encima de las autoridades instituidas y dotada tan sólo de esta autoridad asume la tarea de supervigilar el desempeño del sistema de tutela de derechos y procurar que todas y cada una de sus partes componentes cumpla a cabalidad la tarea que le fuera encomendada por el constituyente o el legislador. Una idea semejante plantea Antonio Pérez Luño cuando afirma que el Defensor del Pueblo “*puede actuar, por tanto, como cláusula de garantía para una constante revisión actualizadora o “reciclaje”, que asegure la adecuación del sistema constitucional de los derechos fundamentales a la evolución de las aspiraciones y necesidades individuales y colectivas*”⁴⁹.

⁴⁷ En este sentido consúltese Alejandro SILVA BASCUÑÁN: Ob. cit., págs. 94 y sgtes.

⁴⁸ Joaquín GARCÍA MORILLO: “La democracia en España” (Alianza Editorial S.A., Madrid, 1996, pág. 400).

⁴⁹ Antonio E. PÉREZ LUÑO: “Los derechos fundamentales” (Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, pág. 103).

Así concebida, la constitución en Chile de un Defensor del Pueblo supone una tarea de "reingeniería constitucional"⁵⁰, lo que obliga a ser extremadamente meticulosos y prudentes. No es una enmienda cualquiera, es una reforma constitucional en un ámbito particularmente delicado y complejo, esto es, el sistema de tutela de derechos.

Comencemos precisando, en términos negativos, aquello que no forma parte de nuestro horizonte intelectual al pregonar el establecimiento de esta institución. Para ello nos valdremos del fundamento que entrega un autor costarricense para justificar la creación del Defensor de los Habitantes de la República: "*La expansión ineficiente de la actividad administrativa ha determinado que los controles tradicionales en los campos político, administrativo y jurisdiccional sean insuficientes para asegurar el ajuste del sector público a la moral, la justicia, la Constitución Política y, en términos generales, al principio de legalidad. De esta situación, resulta como primer perjudicado el ciudadano común y luego el sistema político, como consecuencia de los niveles de frustración y desconfianza acumulados contra una Administración Pública que no resuelve ni administra*"⁵¹. Ciertamente no cuestionamos que este fundamento sea válido y apropiado para esa nación centroamericana; sin embargo consideramos que no lo es para nuestra realidad jurídica. Desde ya estimo que la labor de un Defensor del Pueblo en Chile no puede incidir en un control de juridicidad ni plantearse como hipótesis el flagelo de la corrupción. Estas no constituyen falencias significativas que deban enfrentarse en Chile a través de la creación de una magistratura de opinión sino, en su caso, por el fortalecimiento de aquellas instituciones que hoy bien desempeñan tales funciones, especialmente la Contraloría General de la República.

En segundo lugar, tampoco debe colocarse un acento exageradamente negativo en relación con el desempeño de la administración pública en la promoción y aseguramiento de los derechos fundamentales. No es de la esencia de una magistratura de opinión tampoco suplir la ineficacia o ineficiencia de las administraciones centralizadas o descentralizadas. Lo que identifica a una magistratura de opinión es la capacidad de colaborar al mejor desempeño de las autoridades respectivas. Por tanto, nosotros suplimos esa connotación negativa para plantearnos derechamente en una perspectiva de colaboración premunido de la autoridad que tal magistratura logre generar. Esta idea la rescata Javier Pérez Royo precisando que la actividad del Defensor del Pueblo "*es en parte de mediación ante la Administración y en parte de investigación de la propia acción administrativa*"⁵².

⁵⁰ Adopto esta expresión en el sentido conferido por Giovanni SARTORI, en "Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados" (Fondo de Cultura Económica Chile, S.A., Santiago de Chile, primera reimpresión en Chile de la primera edición en español, 1996).

⁵¹ Alex SOLÍS FALLAS: "El control parlamentario" (Investigaciones Jurídicas, S.A., San José de Costa Rica, 1998, pág. 229).

⁵² Javier PÉREZ ROYO: "Curso de derecho constitucional" (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 5ª edición, 1998, pág. 371).

Conclusión

Nuestra postura, en definitiva, es que la mayor falencia que presenta nuestro sistema de tutela de derechos incide en la incapacidad de nuestra sociedad, dando cuenta de un fenómeno propio de la modernidad, de superar o, al menos, lidiar satisfactoriamente con la “mentira moderna”, en la lógica planteada por Hannah Arendt, o con las prácticas de ocultamiento que desarrollan los poderes invisibles que se resisten a desaparecer, contra las cuales nos alerta Norberto Bobbio. Así, el ocultamiento de los hechos y la sutil mentira autocomplaciente configuran los principales obstáculos para el mejor desarrollo de nuestro sistema de tutela de derechos, y es en este terreno donde una magistratura de opinión puede efectuar un aporte significativo y perdurable. Ello exige que esta institución esté dotada de los recursos humanos y materiales apropiados, que asuma una postura no confrontacional con las demás autoridades que actúan en el referido sistema, que eleve el debate intelectual y desarrolle habilidades técnicas ajustadas a las dificultades reales y complejidades que plantea la realización efectiva de los derechos fundamentales y, por último, asociadas a virtudes de excelencia, ponderación y compromiso con los derechos de las personas que deseablemente posea quien asuma esta preciosa responsabilidad.

En suma, el establecimiento en Chile de un Defensor del Pueblo, como el gran supervisor del sistema de tutela de derechos, es una reingeniería a nuestro ordenamiento constitucional que apreciamos con simpatía y entusiasmo.

Empero, su establecimiento exige considerar que no es lo mismo un Defensor del Pueblo en un régimen parlamentario que en un régimen presidencial o “pseudopresidencial”, como el que poseemos en Chile. Lo anterior obliga a concordar la creación del Defensor del Pueblo teniendo a la vista que existen dos órganos constitucionales que representan la voluntad popular, a saber el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Esta circunstancia impacta en el nombramiento del Defensor del Pueblo, en su naturaleza jurídica y en el ámbito material de sus funciones.

En efecto, la coherencia con nuestro régimen político del organismo exige que el Defensor del Pueblo sea designado con el concurso de las ramas ejecutiva y legislativa del Estado y se le dote de un estatuto de autonomía que le permita velar libremente por el mejor desempeño del sistema de tutela de derechos. Asimismo, la naturaleza de nuestro régimen político induce a pensar acerca de la conveniencia que el ámbito de materias y funciones que supervise el Defensor del Pueblo sea la totalidad del sistema de tutela de derechos, y no sólo el accionar de la rama ejecutiva como acontece en los regímenes parlamentarios. A este respecto, hemos dicho que si el Defensor del Pueblo, a partir del nombramiento de su titular, tendrá una doble fuente de legitimidad (el Presidente de la República y el Congreso Nacional), de ello se sigue que su labor no puede restringirse a supervisar a una sola de esas fuentes sino que tendría que comprender la integridad del sistema cuyo funcionamiento se desea perfeccionar mediante el establecimiento de esta institución.

