

INFORME SOBRE PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE DEFENSORÍA DE LAS PERSONAS

Humberto Nogueira Alcalá*

Introducción

La institución inicialmente conocida como **Ombusman** en la Europa nórdica: Suecia (1809), Finlandia (1919), Dinamarca (1954), y Noruega (1962), se extendió luego en Europa Occidental: Gran Bretaña (*Parlamentary Commisioner for administration*); Francia (*Mediateur*), Portugal (*Provedor de Justicia*), España (*Defensor del Pueblo*), además de Canadá, Israel, Australia y Nueva Zelanda, para solo señalar algunos países de otras latitudes; y mas tarde en América Latina, donde se encuentra establecido en casi todos los países en el último tercio del siglo XX: Puerto Rico (1977), Guatemala (1985), Brasil (1988), México (1990), Colombia (1991), El Salvador (1991), Costa Rica (1992), Honduras (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Nicaragua (1995) Ecuador (1996), Venezuela (1999).

A su vez, a nivel supranacional, el parlamento Andino, en su IX Periodo de sesiones en caracas, consideró pertinente determinar la creación de un *Defensor del Pueblo Andino*, en decisión 483/IX del 24 de septiembre de 1992.

Ya en 1991, a nivel de Naciones Unidas, el Centro de Derechos Humanos, en octubre de 1991, propuso a los gobiernos que incluyeran en sus legislaciones internas este tipo de instituciones, lo que fue ratificado por la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de julio de 1993, en su párrafo 36.

* Profesor de Derecho Constitucional, Director Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. Correo electrónico: nogueira@utalca.cl.

En Chile se han desarrollado hasta el presente diversos intentos en todos los periodos presidenciales desde la recuperación del sistema democrático, desde la presidencia del ex Presidente Patricio Aylwin Azocar, pasando por la presidencia de don Eduardo Frei Ruiz Tagle, de don Ricardo Lagos Escobar hasta la actual Presidenta Michel Bachelet Jeria, por introducir la institución en el derecho chileno, presentándose proyectos de reforma constitucional y de ley sobre la materia.

Análisis del proyecto de reforma constitucional presentado por mensaje presidencial e indicación sustitutiva (Boletín 3429-07).

En primer lugar, debemos señalar que somos ampliamente favorables a la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una *Defensoría de las personas*, la que debe tener su asiento como órgano constitucional extra poder en la Constitución política de la República, la cual debe contener sus estatuto jurídico básico correspondiente a su naturaleza jurídica, sus funciones y el sistema de nombramiento de su máxima autoridad, tal como ocurre con otros órganos constitucionales autónomos (Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional, Banco Central, Ministerio Público), dejando al legislador orgánico constitucional la tarea de regular su organización, atribuciones y funcionamiento.

Nos parece altamente necesario como lo concreta el proyecto de reforma constitucional, el reconocer a la *Defensoría de las Personas*, el carácter de un *órgano constitucional*, el cual como tal, no recibe instrucciones ni depende de ningún otro órgano o autoridad del Estado, actuando con independencia respecto de ellos. Nos parece asimismo importante resaltar su formulación de *órgano extra poder*, situado fuera de los poderes clásicos del Estado, constituyendo una especie de puente entre la sociedad y los poderes públicos, cercana a la comunidad y en especial, a aquellos sectores y personas mas débiles, desamparadas, menos organizadas, con menos recursos o conocimientos, con la misión central de velar por la defensa de los derechos fundamentales o humanos.

Estamos de acuerdo con la formulación de su naturaleza de órgano estatal *autónomo*, con *personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio*, lo que le reviste de las garantías jurídicas necesarias para actuar con independencia y teniendo como finalidad explícita la defensa de los derechos fundamentales o humanos, siendo esta la brújula axiológica orientadora de su caminar, con total independencia de criterio para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, lo que fortalece el Estado Constitucional democrático estableciendo un control diferente del control administrativo jerárquico y del control de legalidad administrativo y jurisdiccional, los que han sido insuficientes para garantizar respecto de las negligencias y oportunidad de la prestación del servicio, contra la discriminación u arbitrariedad en su caso o ante un servicio irregular, abusivo, defectuoso, inoportuno, la mala calidad del servicio y el

trato vejatorio o irrespetuoso de la dignidad de la persona afectada.

Es asimismo un criterio técnico jurídico necesario y adecuado establecer la institución *Defensoría de las Personas* y distinguirla en cuanto tal de o autoridad superior de la misma que será el Defensor y los sus agentes de ejercicio como eventuales defensores adjuntos, defensores regionales y demás funcionarios de la institución.

Hasta aquí podemos señalar que tenemos pleno acuerdo con la reforma propuesta.

Observaciones respecto de la finalidad constitucional de la *Defensoría de las Personas*.

En lo referente a la finalidad perseguida por la institución que se crea, que según el proyecto de reforma, a través de la indicación sustitutiva es que “*velará por la defensa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política del Estado y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, ante actos u omisiones de los órganos e instituciones responsables de la satisfacción de las necesidades públicas*”, es necesario realizar varias observaciones.

1. Nos parece claro que el proyecto tiene la finalidad de velar por la defensa de los derechos fundamentales o humanos en su caso, si seguimos la diferenciación hecha en base a la fuente del derecho en que está asegurado el derecho mismo, la Constitución o el derecho internacional convencional. Sin embargo, cabe explicitar que los derechos fundamentales o humanos no tienen como única fuente la Constitución o los tratados internacionales, en el ámbito del derecho existe el *derecho consuetudinario internacional* y las *normas de ius cogens* que aseguran derechos, los cuales tienen pleno reconocimiento jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la disposición constitucional debiera considerarlos como parte del bloque constitucional de derechos, sin perjuicio de los derechos implícitos plenamente reconocidos por el Tribunal Constitucional y también a diario por los tribunales superiores de justicia como por ejemplo, el derecho a la información, el derecho a la propia imagen, entre otros.
2. Nos parece necesario a objeto de armonizar el lenguaje constitucional y evitar luego problemas de interpretación, utilizar el mismo lenguaje considerado por el artículo 19 de la Constitución, ella “*asegura a todas las personas*” los derechos, por ello este artículo 100 A al referirse a la tarea de velar por la defensa de los derechos y garantías, debiera utilizar el vocablo “*asegurados*” en vez del vocablo “*establecidos*” que utiliza la indicación sustitutiva, ya que como lo reconoce el derecho internacional y nuestra propia Carta Constitucional los derechos esenciales del ser humano no son creados por el Estado, sino que este es el principal responsable de su aseguramiento, respeto, garantía y promoción, como se deduce de la interpretación armónica del artículo 1º, 5º inciso 2º y 19º de la Constitución Política de la República.

3. Nos parece necesario asimismo que la defensoría tenga por misión no sólo la defensa de los derechos fundamentales sino también su *promoción*. La *defensa de los derechos* se refiere al amparo, protección y socorro de los derechos fundamentales, lo que debe complementarse con la *promoción de los derechos* que implica la difusión de los derechos y la contribución a crear una cultura de los derechos fundamentales en la sociedad y en los agentes estatales.
4. Respecto de los sujetos pasivos que realizan los actos u omisiones violatorios de los derechos y garantías asegurados por el precepto constitucional, la indicación sustitutiva emplea conceptos que son novedosos y que pueden entenderse en una perspectiva restrictiva de la función de este tipo de órganos en el derecho comparado, al referirse el proyecto a *órganos e instituciones responsables de la “satisfacción de necesidades públicas”*.

En efecto, la totalidad de estos órganos en el derecho comparado latinoamericano y europeo a los órganos de la “administración” o de la “administración pública” o de la administración pública y agentes privados que prestan servicio de utilidad pública y no la expresión “servicios responsables de la satisfacción de necesidades públicas”, que según el mensaje presidencial 214-350 se trata de prestaciones que tienen por objeto “*proporcionar una utilidad concreta a los particulares, sea esta utilidad de orden asistencial o de orden económico. La prestación ha de tener por objeto directo e inmediato la satisfacción, en sí y por sí, de necesidades individuales de importancia colectiva. La actividad prestacional es positiva y material*” (p. 14, párrafo 5°). Además, se reduce a “*aquellos servicios públicos [...] retribuidos por el usuario mediante el pago de un precio o tarifa*” (p. 14, párrafo 3°).

Cabe preguntarse si bajo la nueva conceptualización caben materias como la conducta policial y las condiciones de detención de las personas; la situación de los presos en las cárceles; los hogares de ancianos, de enfermos mentales, de menores; la situación de trato por los funcionarios de consultorios y hospitales; el trato de las personas que desarrollan el servicio militar; el trato de las personas por los funcionarios de la administración pública central o descentralizada; sólo para señalar algunos ejemplos.

Para evitar estas interrogantes y otorgar seguridad jurídica en la finalidad de defensa de los derechos fundamentales de las personas, nos parece mejor utilizar para determinar el sujeto pasivo las expresiones “*órganos y servicios de la administración pública e instituciones responsables de la satisfacción de necesidades públicas*”, lo que alude inequívocamente a los *servicios públicos y de utilidad pública de la administración estatal*, como asimismo las prestaciones realizadas por instituciones particulares encargadas de servicios de utilidad pública que proporcionan una utilidad concreta a las personas de orden asistencial o económico.

Observaciones respecto de las atribuciones para el cumplimiento de las funciones de la defensoría (inciso 2° Art. 100A).

Es necesario precisar, en primer lugar, que la Defensoría es una magistratura de opinión, de persuasión, de acción judicial y de promoción normativa. En tal sentido, la Defensoría no adopta decisiones, no aplica sanciones ni emite decisiones jurisdiccionales, su objetivo es persuadir sobre cambios de conducta, de cambios normativos, de adecuación de decisiones a los estándares derechos fundamentales exigidos, alerta a la opinión pública sobre deficiencias y conductas desviadas, entre otros aspectos, lo que queda claramente expresado en el inciso 2° del artículo 100A del mensaje e indicación sustitutiva, al precisarse sus informes “*no tendrán carácter vinculante*”.

El carácter de *magistratura de opinión y persuasión* es una característica esencial de la defensoría en todos los casos del derecho comparado, para lo cual puede requerir información de los órganos de la administración del estado y de los prestadores de servicios públicos, en base a los cuales puede formular observaciones, requerir cambios de conductas, orientar sobre interpretaciones y normativas a aplicar, etc.

El carácter de *magistratura de acción jurisdiccional* esta dado por la atribución de tener legitimación procesal activa para requerir el pronunciamiento de tribunales ordinarios, o especiales, el Tribunal Constitucional, a través de acciones y recursos que posibiliten restablecer los derechos fundamentales afectados de las personas (recursos de amparo, protección, habeas data, reclamaciones, recursos de nulidad de derecho publico, requerimientos de inconstitucionalidad de preceptos normativos, entre otros). Asimismo, debemos tener presente, que esta magistratura de acción jurisdiccional habilita a la defensoría para, en las hipótesis respectivas, realizar presentaciones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como parte de su deber de velar por la defensa de los derechos fundamentales y las garantías contenidas tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

El carácter de *magistratura de promoción normativa* esta dado por su atribución para proponer, ya sea al Presidente de la República o a la Cámara de Diputados, a través del derecho de petición o a través de recomendaciones u observaciones llenar vacíos normativos, derogar normativas inconvenientes o deficitarias respecto del estándar necesario de respeto de los derechos, proposición de normas administrativas o legales que permitan mejorar la calidad de los servicios públicos o la calidad de la prestación de ellos.

De acuerdo a esta caracterización la Defensoría de las personas podrá desarrollar tareas de investigación de actuaciones de mala administración (conductas negligentes, retrasos

injustificados de actuación, arbitrariedad, discriminación), sin perjuicio de conductas de desviaciones o abuso de poder; tareas de mediación entre las personas o grupos afectados y los servicios o instituciones prestadoras de servicios; tareas promocionales del cambio mediante sugerencias de procedimientos, conductas o interpretaciones normativas que posibiliten una administración y una prestación de servicios de mejor calidad, mas eficiente, objetiva y sin discriminación, favoreciendo el respeto y promoción de los estándares de defensa de los derechos fundamentales o humanos.

Desarrollo de la Defensoría por Ley Orgánica Constitucional.

Nos parece adecuado y conveniente, además de consistente y armónico con los demás órganos constitucionales autónomos que sea el legislador orgánico constitucional el que determine la organización y las atribuciones de la Defensoría de las Personas.

Dicha ley deberá establecer no solo la estructura organizativa a nivel nacional de la Defensoría y las atribuciones específicas en el desarrollo de sus funciones, la distribución de tareas entre sus diversos agentes de ejercicio, procedimientos, contenido de informes y recomendaciones, obligaciones de colaboración y régimen de responsabilidad, notificaciones, tratamiento de informes o documentos reservados o secretos, sino también la *planta, remuneraciones y estatuto del personal*: los requisitos de nombramiento, incompatibilidades, inviolabilidades, causas de cesación en cargos, *el patrimonio y régimen presupuestario*.

Sistema de Nombramiento del Defensor de las Personas (Artículo 100C).

El mensaje opera en la lógica de un **régimen hiperpresidencialista** al establecer el sistema de nombramiento del Defensor de las Personas, ya que el nombramiento lo realiza el Presidente de la República de una terna presentada por un acuerdo por dos tercios de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados. No es este el sistema de nombramiento más utilizado en la materia, lo normal incluso en los regímenes presidencialistas latinoamericanos es que el Congreso es el que realiza dicho nombramiento (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, México, Perú, Paraguay, Venezuela, entre otros).

Si se desea reforzar el hiper presidencialismo chileno el sistema de nombramiento propuesto es adecuado.

Si, por el contrario, se desea avanzar a un sistema de mayor equilibrio de poderes, sólo el parlamento debiera realizar el nombramiento, en esta última perspectiva, en una dimensión acorde con la lógica de distribución de funciones constitucionales, debiera corresponder a la Cámara de Diputados realizar dicho nombramiento por los dos tercios de sus miembros

en ejercicio, ya que es ella la que tiene como función fiscalizar los actos del gobierno y la administración en nuestro sistema constitucional. También podría considerarse que sea el Presidente de la República el que presente una terna a la Cámara de Diputados, como ocurre en Colombia (Art. 281 de la Constitución).

Duración en el cargo, reelección y cesación de funciones.

Nos parece adecuado y razonable el mandato de cinco años, como la posible reelección inmediata por una vez, como asimismo, la cesación de funciones al cumplir 75 años de edad, lo que es coherente y armónico con el diseño constitucional de otras magistraturas que ejercen potestades de control o fiscalización.

El mandato de cinco años excede el mandato presidencial y de la Cámara de Diputados que realiza el nombramiento, lo que es funcional la independencia con la cual se reviste al Defensor de las Personas de los órganos que participan en su nombramiento, asimismo, el Presidente de la República y la Cámara que eventualmente lo reelegirá estarán integrados por otros agentes de ejercicio de dichas funciones. La limitación de la reelección a un segundo periodo consecutivo nos parece adecuada, ya que ello posibilita la necesaria renovación de las magistraturas dentro del espíritu republicano y democrático.

La inhabilidad temporal para optar a cargos públicos debe ser razonable y proporcionada.

Asimismo nos parece conveniente establecer la inhabilidad para optar a cargos públicos por un periodo razonable, sin embargo nos parece exagerado el periodo de diez años y nos parece razonable y proporcionado una inhabilidad para optar a cargos públicos de elección popular de cinco años. En este caso es necesario considerar que los derechos fundamentales pueden limitarse en virtud de fines legítimos, pero las limitaciones deben ser conducentes al fin, ser necesarios y razonables, sin afectar los derechos más allá de lo estrictamente indispensable, requisitos que no cumpliría por ser exagerado el establecido en el proyecto en análisis.

Régimen de inamovilidad e inviolabilidad. Responsabilidad por acusación constitucional.

Concordamos con el régimen de inamovilidad relativa y de inviolabilidad del Defensor de las Personas, con el objeto de que este pueda ejercer sus funciones sin obstrucciones administrativas o gubernamentales, como asimismo con la independencia y autonomía necesarias.

En efecto el régimen de inamovilidad es relativo, ya que se establece un sistema de responsabilidad por causal explícita de acusación constitucional, lo que es funcional con el sistema de responsabilidad previsto en nuestro sistema presidencial para los altos funcionarios o autoridades del Estado, siendo la causal la prevista en el artículo 52, numeral 2° literal c), vale decir, por notable abandono de deberes. Deberes que son los que sustantivamente determina la Constitución en las normas específicas que regulan la institución, como el deber de asegurar y promover los derechos fundamentales y humanos que establece el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, como los deberes funcionarios y adjetivos que prevea la ley orgánica constitucional que oportunamente se dicte.