MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE SE INICIA UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CREA EL DEFENSOR DEL CIUDADANO.

SANTIAGO, noviembre 17 de 2003.

M E N S A J E Nº 214-350/

Honorable Cámara de Diputados:

A S.E. EL PRESIDENTE DE LA H. CAMARA DE DIPUTADOS.

I. ANTECEDENTES.

El Gobierno que presido se encuentra empeñado en un gran impulso modernizador del país, para que en nuestro Bicentenario nos situemos en el umbral del desarrollo.

Uno de los compromisos de modernización del Gobierno es perfeccionar la forma y modo en que el Estado y los particulares desarrollan actividades destinadas a satisfacer las necesidades de la colectividad, denominadas comúnmente actividades de prestación, dotando a la comunidad de mecanismos modernos para el resguardo de sus derechos frente a tales actividades.

Es en este marco, de protección o defensa de los derechos de los ciudadanos frente a la actividad desarrollada por el Estado o particulares que tiene por objeto la satisfacción de necesidades colectivas, que se encuadra la reforma constitucional que proponemos, que crea el Defensor del Ciudadano.

Este proyecto estuvo en el Senado desde octubre del año 2000. Sin embargo, la recargada agenda del Senado hizo imposible su tratamiento. De ahí que se haya retirado de esa Cámara. Ese mismo proyecto, con ajustes menores, es el que se somete a vuestra consideración.

A continuación se exponen los fundamentos técnicos de nuestra iniciativa, la forma como el tema ha sido enfocado en el derecho comparado y la manera en que proponemos esta reforma constitucional.

II. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

1. Introducción.

Como se verá, el objetivo fundamental del Defensor del Ciudadano que mediante el presente proyecto se propone crear, será velar por que la actividad de la administración, en particular aquella de prestación, se realice con pleno respeto a los derechos y libertades de las personas. Esta actitud de respeto debe ser compatible con la forma y modo en que hoy, al comienzo de un nuevo siglo, entendemos la actividad administrativa, es decir, una actividad pública al servicio de la persona.

La servicialidad que informa la actividad prestacional no sólo se extiende a la administración pública orgánicamente concebida, sino también a aquellos particulares que prestan servicios de utilidad pública, es decir, servicios considerados básicos y fundamentales para la sociedad. Estas actividades particulares, en la medida que representan la ejecución de un cometido público y se traducen en la satisfacción de un interés público, también se encuentran al servicio de la persona humana, de modo que, sin perjuicio del legítimo lucro o utilidad para el prestador, sus servicios deben ser prestados de una manera regular, continua e igual.

En efecto, la Constitución Política de 1980 aparece estructurada con textura de gran amplitud y modernidad en lo que respecta al

ejercicio de la actividad administrativa, aspecto robustecido por las reformas que le introdujeron las Leyes Nº 18.825, de 1989, y 19.097, de 1991. En ellas se concibió a la actividad administrativa como el conjunto de actuaciones que debe cumplir el complejo orgánico que parte del Presidente de la República y que depende o se relaciona con él a través de vínculos organizacionales reconocidos por el derecho, destinado a atender las necesidades de la comunidad nacional, continua e ininterrumpidamente y, de esa manera, propender al bien común.

2. El contenido y características de la actividad administrativa.

La actividad administrativa presenta, en general, diversas notas distintivas.

La primera de ellas es la concreción e implica que se trata de una actividad práctica, un hacer efectivo que tiende a concretar en hechos la voluntad del Estado. En este sentido, tiene por objeto atender de manera inmediata los intereses públicos que el Estado toma a su cargo para realizar sus cometidos. Esto la diferencia de las otras dos funciones del Estado, (legislativa y jurisdiccional) que satisfacen los intereses estatales sólo de forma mediata. La administración debe asegurar que se cumpla la ley. Por eso, se dice que la administración ejecuta la ley.

Este rasgo, que se acostumbra a denominar la concreción de la actividad administrativa, se traduce en que dicha actividad administrativa va dirigida a una persona o personas perfectamente individualizadas. Se administra siempre por vía singular, caso por caso.

En segundo término, la actividad administrativa presenta un rasgo de parcialidad porque cuando el Estado administra, es titular de un interés público. El Estado es un sujeto de derecho que trata de realizar determinados intereses relacionándose con otros sujetos de derecho. El Estado, entonces, es parte de las relaciones jurídicas, es titular de un interés en juego (el interés público) y para su realización utiliza el derecho. Por eso, puede decirse que la actividad administrativa es actividad parcial o interesada.

En tercer lugar, se trata de una actividad subordinada. Administrar es siempre obedecer a

un mandato, una actuación de las disposiciones superiores del legislador o de otros. Corresponde a la actividad política de gobierno la dirección suprema y general del Estado; en cambio, la administración tiene por objeto particulares y circunscritos intereses, que quedan en una esfera subordinada a aquella en la cual se desenvuelve el poder político.

3. Actividad administrativa y potestades.

El artículo 24 de nuestra Constitución establece que "el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado", agregando en el inciso segundo que "su autoridad se extiende a todo cuento tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes".

De este modo, nuestro ordenamiento constitucional vigente, al igual que las Cartas de 1833 y 1925, atribuye a la función administrativa, de un modo genérico, el ejercicio de una potestad pública, de un poder reconocido por el derecho, para imponer a otros una decisión unilateral en beneficio de la colectividad que está llamada a servir y resguardar.

La función de administrar corresponde al Presidente de la República, con la colaboración de los órganos de la Administración del Estado. En el desempeño de esta función, les corresponde a dichos órganos ejercer potestades públicas finalizadas. En efecto, el artículo 24 de la Constitución de 1980 reconoce al Presidente de la República, como Jefe del Estado, la facultad de administrar, dotándolo de todas aquellas atribuciones que son indispensables para el cumplimiento regular de sus funciones.

En virtud de la función genérica del artículo 24, entonces, la función administrativa involucra todos los actos que no impliquen invadir otros poderes del Estado o vulnerar derechos de las personas y que se enmarquen dentro de las potestades y finalidades señaladas en el ordenamiento.

Ahora bien, no obstante que los órganos de la Administración del Estado no pueden actuar si no tienen potestades atribuidas, la función administrativa no se reduce al solo ejercicio

de éstas, es decir al uso de poderes jurídicos para imponer conductas omisivas o activas. En efecto, la actividad administrativa no sólo supone ejercer potestades, también implica fijar políticas, planes y programas, algunos de carácter indicativo y otros con fuerza obligatoria.

4. La continuidad y regularidad de la actividad administrativa.

La administración, concebida como actividad del Estado destinada a la promoción del bien común y a la satisfacción de intereses públicos, jamás puede verse interrumpida.

En efecto, la Carta Fundamental señala, en el inciso cuarto de su artículo 1º, que el Estado "está" al servicio de la persona; luego, en el inciso siguiente impone el "deber" del Estado en cuanto a resguardar y promover ciertos valores, para reiterar con idéntico rigor, en el inciso segundo del artículo 5º, "el deber" del Estado. Lo anterior supone que los contenidos sustantivos del accionar del Estado contemplan mandatos obligatorios, permanentes, insustituibles e inobjetables.

Por ello, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado señala, en su artículo 3º, que el complejo orgánico denominado Administración Pública "estará" siempre al servicio de la comunidad, atendiendo necesidades públicas en forma continua y permanente, de modo que a la Administración Pública le es imposible escudarse en causal de justificación alguna y, en consecuencia, debe velar por dar cumplimiento permanente a sus cometidos, aun en la adversidad.

Así, esta misma ley, al definir los servicios públicos, órganos de ejecución de la Administración, expresa que ellos son "órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua."

Si la Constitución admite una construcción sustancial de la función administrativa radicada en el correspondiente complejo orgánico, cuya característica finalista es el bien común, lícito es indicar que dicho mandato debe realizarse de manera continua y permanente, de modo tal que jamás le afecte interrupción alguna, pues de presentarse

generaría responsabilidad, y siempre debe actuar conforme al ordenamiento jurídico.

5. La posición de los "administrados" frente a la actividad administrativa.

Frente a la actividad administrativa se encuentran los ciudadanos, las personas que integran la comunidad nacional, en quienes se singulariza en definitiva la satisfacción de los intereses colectivos que la Administración está llamada a concretizar.

Es precisamente en la protección y promoción de los derechos que los ciudadanos tienen frente a la actividad administrativa, en particular la prestacional, donde viene a insertarse el Defensor del Ciudadano que este proyecto propone crear.

III. POR QUÉ EL DEFENSOR DEL CIUDADANO.

El Defensor del Ciudadano se erige como una garantía institucional de los derechos de las personas frente a la administración, en particular a las prestaciones que ésta debe realizar a las personas con el objeto de satisfacer sus necesidades públicas.

1. Orígenes y fundamentos del Defensor.

Entre las garantías institucionales de los derechos fundamentales y libertades públicas, sobresale, por su importancia y auge actual, la institución del Defensor del Pueblo.

Esta figura encuentra su origen en el denominado Ombudsman, que recogió por primera vez la Constitución sueca de 1809, con la finalidad, en cuanto "mandatario o representante del Parlamento", de controlar la actividad de la Administración y de los propios órganos jurisdiccionales, velando por el respeto a la ley y por la tutela de las libertades públicas.

El éxito de esta institución determinó que paulatinamente se fuese adoptando también en otras Constituciones, primero en países escandinavos, como Finlandia en el año 1919, Noruega en 1952 y Dinamarca en 1954, para más tarde extenderse, ya de una forma generalizada, a la mayoría de los países europeos. Así lo recogen, entre otras, la Ley Fundamental de Bonn, desarrollada por la Ley de 26 de junio de 1957; la Ley del Comisario Parlamentario de 1967, que instituye la figura en el Reino

Unido; y la Ley de 3 enero de 1973, que establece en Francia la institución del "Médiateur".

Sin embargo y a pesar de su innegable éxito -se ha llegado a hablar de "ombudsmanía"-, la valoración de esta institución por parte de la doctrina no es uniforme. Así, frente a los que ven su positivización como la panacea moderna de las garantías de las libertades públicas, otros autores se han mostrado muy escépticos sobre su conveniencia y funcionalidad.

En todo caso, y con independencia de extremas adhesiones o repulsas hacia la institución, el Defensor del Pueblo desempeña una función de complementariedad eficaz y dinamizadora, junto a las demás garantías de las libertades y derechos fundamentales, sobre todo como control añadido a la creciente actividad de la Administración.

El Ombudsman tiene como misión fundamental la tutela de los derechos fundamentales de los particulares, a través de la fiscalización de la actividad de las autoridades administrativas.

Según esta orientación, el Defensor del Pueblo es una garantía constitucional más, un nuevo control suplementario que, teniendo por objetivo la defensa de los derechos y libertades públicas del ciudadano, incide con especial atención en la supervisión de la actividad administrativa, consecuencia de la creciente hipertrofia de la Administración pública y de su desmesurada burocratización.

En la actualidad, el ciudadano ha tomado conciencia de que en un elevado número de supuestos la Administración violenta sus derechos y libertades, en particular en las prestaciones que debe otorgarle. Cuestión que también aprecia, y con mayor impotencia, respecto de servicios de utilidad pública prestados por particulares. Y ello tanto de una forma activa, porque infringen directamente sus derechos más personales -por ejemplo, actuando con absoluta discrecionalidad en el derecho de acceso a la función pública-, como de forma pasiva, permitiendo o prorrogando la continuación de situaciones contrarias a derechos.

De este modo, el Defensor del Ciudadano puede complementar los clásicos controles de la actividad pública.

En consecuencia, el Defensor, en cuanto "magistratura de opinión y persuasión", no circunscribe su ejercicio al estricto análisis de la legalidad o ilegalidad de los actos y resoluciones administrativos, sino que también comprende un ámbito de disfuncionalidades más sutiles, como las que encuentran su origen en la discrecionalidad administrativa y en los supuestos de desviación de poder. Su tutela se extiende, en todo caso, tanto a las relaciones ad extra de la Administración con un tercero, de particulares que prestan servicios en nombre del Estado, como ad intra, en el supuesto de las relaciones interorgánicas, siempre que haya violación de los derechos y libertades fundamentales.

2. Elementos.

La defensoría del ciudadano es, en los países en que está consagrada, en primer lugar, una de las manifestaciones de la institución denominada defensor del pueblo que, en pocas palabras, defiende los derechos y libertades individuales y colectivas de la ciudadanía. Es un órgano que tiene por finalidad tutelar los derechos de las personas, vigilando y controlando, en la mayoría de los casos, la actividad de la administración del Estado, atendiendo quejas de la ciudadanía. Tiene amplios poderes de investigación y un rol crítico de las actuaciones administrativas deficientes, teniendo potestad para publicar sus informes. Además, actúa con poder para recomendar, pero no tiene potestad para revocar ningún acto administrativo.

El defensor del ciudadano se configura como un ombudsman con competencia específica y se presenta como una solución a los conflictos generados por la creciente complejidad y aumento de tamaño del aparato estatal.

En efecto, por un lado, la institución permite resguardar los derechos que puedan ser pasados a llevar por el accionar de los órganos de la Administración del Estado. Por otro lado, su acción fiscalizadora permite desarrollar mejoras en el accionar de dichos órganos.

Bajo la primera perspectiva, el defensor es un control que permite fortalecer el Estado de Derecho, reparando injusticias y promoviendo

el progreso. Esta institución posibilita la preeminencia del derecho por sobre toda acción administrativa arbitraria, con lo que se asegura el respeto por el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Bajo la segunda perspectiva, este control eleva las exigencias sobre la gestión estatal, en la medida que implica mejorar el desempeño de los funcionarios y la atención, disminuir tiempos de trámites, malos tratos, etc. El defensor puede constituirse en un elemento dinamizador de los servicios públicos y su funcionamiento, dando protección al usuario ordinario, a la persona natural, frente al poder de la Administración.

Este potencial se debe básicamente a que presenta ciertas ventajas frente a otros tipos de controles. En efecto, constituye un medio de control externo, más autónomo e independiente que el control administrativo jerárquico, lo que puede contribuir a su eficiencia y eficacia. Por otra parte, cuenta con un procedimiento informal y de más fácil acceso a los administrados. Adicionalmente, supera las limitaciones del control jurisdiccional y posibilita la participación de la comunidad, en especial de los más pobres, que no pueden reclamar a través de vías jurisdiccionales ordinarias por falta de los recursos necesarios.

Puede afirmarse que el fin esencial del defensor del ciudadano es la protección de los derechos de las personas frente a la actividad de los poderes públicos. La simple observación de la vida cotidiana pone de manifiesto que los mecanismos jurisdiccionales, administrativos y políticos para el control de los actos de la administración no son suficientes para la debida protección de los ciudadanos. Por los intersticios del sistema se producen fugas, que no llegando a cuestionar su validez para el administrado, sin embargo representan menores o mayores atentados a sus derechos. Ante ello debe, para su defensa, recurrir a profesionales y enfrentar interminables e incomprensibles procedimientos o resignarse a su impotencia.

El defensor se construye desde la aceptación del diagnóstico de que los mecanismos jurisdiccionales, políticos y administrativos son insuficientes para garantizar la debida protección de los derechos de los destinatarios de los servicios públicos.

En efecto, en nuestro ordenamiento no existe con alcance general una jurisdicción de lo contencioso administrativo que facilite a los administrados la conducción de sus reclamaciones contra los actos de la administración.

Por otra parte, a diferencia de los otros controles sobre la actividad de la administración, investidos de imperio y potestades punitivas, el ombudsman carece de potestad sancionadora. Es un órgano revestido de autoritas, no de potestad; es una magistratura de disuasión y no de imposición coercitiva. Su sanción es la apelación a la opinión pública, a la sanción social, a la censura pública, al enjuiciamiento de los ciudadanos.

El defensor del ciudadano no es, por tanto, un agente fiscalizador; su poder no es de revocación o de anulación, sino de persuasión e influencia respecto de la autoridad administrativa, o de iniciativa hacia las autoridades administrativas.

Por eso, la legislación comparada le otorga garantías de divulgación amplia, por los medios de comunicación, de sus actividades, informes y relaciones. Debido a que carece de poder resolutivo, para contribuir a su efectividad se requiere una fuerte publicidad de sus actividades y decisiones. Sin una extendida difusión de sus acciones y resoluciones, éstas carecen de importancia y, por lo tanto, pierden su potencial disuasivo en relación a los casos investigados, con lo que se debilita el poder de control de la institución. Por otra parte, esta divulgación promueve la formación de una opinión pública activa para juzgar a los servicios públicos y sus funcionarios; con ello aumenta la participación de la ciudadanía en la gestión pública y las acciones del defensor adquieren mayor relevancia.

Esto implica que los ombudsman sólo son posibles en el marco de una institucionalidad democrática. No siendo una de las instituciones básicas de ella, como el Parlamento, sí es un complemento de la institucionalidad existente, que refuerza el régimen de garantías de los derechos ciudadanos frente al Estado y la transparencia de las actuaciones de éste y sus funcionarios.

El Defensor no sustituye, sino que se apoya en los actuales controles. Es, por decirlo gráficamente, un control de segundo piso.

IV. LOS SISTEMAS COMPARADOS.

En los sistemas comparados que contemplan el Defensor existen diversas formas de designación, competencia y sujetos fiscalizados. El análisis de ellos nos ha permitido establecer ciertos estándares básicos para la existencia de la institución. Sin embargo, como se acreditará, pareciera que existen más bien formas básicas de funciones del Defensor y de sujetos fiscalizados que se repiten sistemáticamente en todos los sistemas.

1. Nombramiento.

En lo relativo a esta materia, existe uniformidad en los sistemas comparados en cuanto a que el defensor es designado por los parlamentos respectivos.

Por ejemplo, en Argentina es elegido por el Congreso por los 2/3 de los miembros presentes de ambas Cámaras (Diputados y Senadores); en España, es elegido por las Cortes Generales; en Perú, es elegido por al menos las dos terceras partes del Congreso de la República; en México, es designado por el Congreso de la Unión; en Costa Rica, la Asamblea Legislativa nombra al Defensor de los Habitantes de la República mediante mayoría absoluta de los diputados presentes; en Holanda, es elegido por la Cámara Baja del Parlamento; en Suecia, el Parlamento elige uno o varios Ombudsman; en Paraguay, es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado; en Bolivia, es elegido por el Congreso por dos tercios de votos del total de sus miembros; en Ecuador, es elegido por el Congreso Nacional de fuera de su seno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

2. Potestades.

En lo relativo a las potestades que tiene el defensor en los sistemas comparados, existe uniformidad en torno a que le corresponde iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u

omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, ante violaciones a los derechos humanos o que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

Le corresponde también prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.

Esta son las potestades consagradas en países como Argentina, España, Perú, México, Bolivia, Paraguay, Costa Rica, Holanda, Suecia y Ecuador.

3. Sujeto fiscalizado.

En esta materia, es sorprendente la uniformidad que se logra en los países mencionados. En todos ellos, el sujeto que es objeto de las competencias del defensor, es la administración pública, en la acepción amplia que el término tiene, existiendo una tendencia cada vez mayor que extiende las competencias del defensor a personas no estatales que ejercen prerrogativas públicas y a las privadas prestadoras de servicios públicos, en la medida que se han transformado estas últimas en titulares que deben satisfacer las necesidades de la colectividad.

V. EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

El proyecto que someto a vuestra consideración tiene las siguientes notas distintivas:

1. El Defensor es un órgano constitucional de carácter autónomo.

En primer lugar, el Defensor que se propone es un órgano constitucional. En cuanto tal, es una magistratura creada y configurada por la Constitución en sus elementos esenciales.

En cuanto órgano autónomo, por una parte, no se encuentra sometido a la supervigilancia o tutela de ningún otro órgano público, así como tampoco proceden respecto de él poderes de dirección o coordinación.

Es un sujeto de derecho. Es decir, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, lo que le permite una gestión financiera independiente, así como un régimen de responsabilidad propio.

2. El objetivo de la Defensoría del Ciudadano.

El proyecto propone la creación de un órgano cuya principal misión es doble.

a. Defensa y promoción de derechos e intereses vinculados a la actividad prestacional.

En primer lugar, corresponde a la Defensoría la protección de los derechos de los ciudadanos frente a los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de sus necesidades públicas y a la prestación de ciertos servicios de utilidad pública, sean éstos suministrados por la Administración o por entidades privadas que los prestan en nombre de aquélla.

Por ello, el ámbito de su competencia es la actividad de prestación de esos servicios públicos y de utilidad pública, es decir, los sujetos pasivos de su accionar serán los organismos públicos o las entidades privadas que realizan tales prestaciones. No se extiende su competencia a otros ámbitos de la administración ni de la economía nacional.

Desde la perspectiva de los prestadores de los servicios de utilidad pública, la actividad dirigida al otorgamiento del servicio involucra la explotación de una industria o actividad económica y, por ello, los servicios públicos referidos son retribuidos por el usuario mediante el pago de un precio o tarifa.

La protección que la Defensoría está llamada a otorgar se refiere a los derechos de los usuarios de esos servicios públicos y de utilidad pública. De ahí que estén legitimados para dirigirse a la institución y reclamar su intervención.

Ahora bien, el concepto de prestación, entendido en sentido técnico, se vincula con la existencia de una concreta relación jurídica entre dos sujetos, de cuya relación la prestación constituye el objeto. La prestación, por tanto, es una actividad de hacer que un sujeto debe efectuar en beneficio de otro

sujeto, a quien se proporciona una utilidad concreta en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria entre las dos partes.

De este modo, la prestación tiene 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.

La prestación tiene los siguientes principios comunes: continuidad, regularidad e igualdad. Cualquier deficiencia en estos principios produce un impacto negativo en la satisfacción de las necesidades públicas.

En efecto, en primer lugar, la prestación de los servicios públicos debe ser continuada, es decir, no debe ser interrumpida, pues ello contribuye a su puntualidad y regularidad, así como a su eficiencia y oportunidad.

La continuidad puede ser absoluta o sólo relativa. La primera opera respecto de servicios que atienden necesidades permanentes y, por tanto, que deben estar siempre cubiertas, tal como ocurre con el suministro de agua, gas o electricidad. La relativa, en cambio, opera cuando se atienden requerimientos que son intermitentes, es decir, que se presentan en ciertos momentos, pero no en otros.

La continuidad de los servicios públicos se asegura por medio de diferentes mecanismos jurídicos, entre los cuales y para los efectos de estas observaciones cabe destacar la aplicación de una tasa o tarifa que cubre el costo de explotación, tratándose de servicios prestados directamente por la administración.

En segundo lugar, todo servicio público debe ser cumplido de manera regular, es decir se debe cumplir conforme a las reglas, normas y condiciones que hayan sido preestablecidas para ese fin o que le sean aplicables, las cuales determinan, en su conjunto, la forma de prestación de dichos servicios.

No debe confundirse la regularidad con la continuidad, puesto que si la continuidad se refiere a la realización ininterrumpida del servicio público, la regularidad se vincula con

su debida prestación, con la manera en que tiene que llevarse a cabo.

Finalmente, la uniformidad o igualdad implica que todos los posibles usuarios de un servicio público tienen derecho a exigir y recibir las prestaciones que éste otorgue en igualdad de condiciones.

Ello no implica una igualdad absoluta, ya que no contradice este principio el hecho de que, en situaciones diferentes entre sí, quepa admitir la prestación del mismo servicio en condiciones desiguales.

La uniformidad o igualdad en los servicios públicos no es más que la expresión del principio de igualdad ante la ley, consagrado por nuestra Constitución.

La igualdad a que está sujeto todo servicio público en su prestación trae dos importantes consecuencias: la generalidad y la obligatoriedad. La primera consiste en el reconocimiento de que todos los habitantes tienen el derecho de utilizarlos, dentro de las modalidades establecidas, sin que se pueda negar a unos, sin causa debida, lo que se concede a otros. La generalidad niega la posibilidad de que haya exclusiones arbitrarias o indebidas.

La obligatoriedad, por su parte, se traduce en el deber de quien tiene a su cargo la realización de un servicio -ya sea la administración pública o un concesionario- de prestarlo necesariamente, cada vez que le sea requerido por cualquier usuario.

Esta obligatoriedad, en consecuencia, no se la debe confundir con la que puede recaer sobre los usuarios, en el supuesto de que se trate de servicios públicos obligatorios, como ocurre -por ejemplo- con la educación básica, máxime cuando existe una mayoría de servicios que son de uso voluntario para los habitantes y que éstos usan cuando sienten la necesidad que el servicio público está destinado a satisfacer.

En razón de esta obligatoriedad de los servicios públicos, quien los presta no tiene la posibilidad de elegir su destinatario, sino que debe cumplirlo -como queda dicho- respecto de cualquiera que los requiera. De ahí la necesidad de asegurar su respeto al derecho.

b. Defensa, difusión y promoción de derechos.

Un segundo ámbito de acción de la Defensoría será la difusión y promoción de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución y asumir su defensa.

La difusión implica realizar acciones para extender o propagar el conocimiento de los derechos garantizados constitucionalmente.

La promoción es el esfuerzo o impulso para procurar el pleno respeto de los derechos, individuales o supraindividuales, asegurados en la Carta Fundamental. Ello se materializa, fundamentalmente, en su defensa jurisdiccional.

Esta segunda tarea del Defensor, sin embargo, no es una competencia exclusiva, pues hay otros órganos dentro de la Administración que tienen esta potestad. Tampoco implica desplazar a los individuos de la defensa de sus propios derechos e intereses. Pero existen ocasiones en que éstos exceden el ámbito individual, pasando a ser supraindividuales, así como casos en que los sujetos no están en condiciones de asumir, por sí mismos, su protección por carecer de medios, desconocer los recursos, etc. Ahí adquiere relevancia el rol del Defensor.

3. Instrumentos de la Defensoría para ejercer su rol tutelar.

a. Investigaciones e informes.

Ahora bien, este rol tutelar de los derechos de los usuarios lo realizará la Defensoría a través de varios instrumentos.

En primer lugar, mediante la investigación de actos u omisiones que puedan afectar los derechos de los ciudadanos en las actividades de prestación que están dentro del ámbito de su competencia.

La investigación es una de las herramientas de intervención que tiene la Defensoría para el cumplimiento de sus fines. El propósito de la investigación es realizar todo tipo de diligencias para descubrir o recopilar antecedentes que permitan a la Defensoría determinar si han existido acciones

u omisiones que representen vulneración de los derechos de uno o varios ciudadanos, por parte del órgano de la administración o del servicio de utilidad pública de que se trate.

Las investigaciones no tienen como único propósito determinar la existencia de aquellas acciones u omisiones, sino que esta determinación generará un informe cuyo propósito final es la corrección de las irregularidades detectadas.

Por ello, cuando se ejerce esta facultad, no obstante el carácter no vinculante de su informe y recomendación, las entidades destinatarias están obligadas a informar sobre la adopción de medidas correctivas o, en su defecto, acerca de los motivos que las han impedido.

b. Ejercicio de acciones judiciales.

El segundo instrumento mediante el cual la Defensoría realiza su rol protector de los derechos de los ciudadanos, es ejercer las acciones judiciales establecidas en la Constitución y las leyes, ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado que afecten derechos e intereses colectivos o involucren una pluralidad de individuos.

Esta facultad se ejerce tanto respecto de los organismos públicos o entidades privadas responsables de la prestación del servicio de utilidad pública de que se trate, como también respecto de los organismos fiscalizadores de aquellas actividades.

Este mecanismo corresponde exactamente a la naturaleza no resolutiva y no jurisdiccional de la Defensoría. En efecto, su interés no debe ser la constatación de una infracción normativa o la aplicación de una sanción, sino la obtención de medidas correctivas para las situaciones abusivas o lesivas que detecte y, especialmente, para lograr que éstas no se repitan.

c. Sugerencias y recomendaciones.

El tercer instrumento con que cuenta la Defensoría consiste en formular, a las entidades prestadoras de servicios de utilidad pública o a los organismos de la administración, sugerencias y recomendaciones

para mejorar la satisfacción de las necesidades públicas.

A diferencia de la facultad anterior, en este caso la Defensoría propone mecanismos de perfeccionamiento o sugiere medidas de carácter general, atendiendo al interés general de los ciudadanos.

Tampoco se trata de obtener medidas correctivas de situaciones puntuales que hayan sido objeto de su investigación, sino de promover el mejoramiento permanente de la prestación de servicios públicos o de utilidad pública.

Por lo tanto, estas recomendaciones o sugerencias pueden ser producto de una investigación o de la evaluación anual de su gestión, como también de un estudio especializado efectuado por la Defensoría o por encargo de ésta.

4. Su naturaleza no resolutiva.

Como se ha dicho, la Defensoría formula recomendaciones y sugerencias, evacua informes no vinculantes y solicita la adopción de medidas correctivas. No tiene atribuciones jurisdiccionales, ni resolutivas, ni sancionatorias. Supone la existencia de competencias normativas, fiscalizadoras y sancionatorias especializadas, radicadas en otros organismos del Estado.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a su capacidad o idoneidad para obtener soluciones y resguardos adecuados de los derechos de los usuarios. En efecto, emitido el informe o recomendación, la Defensoría no se desliga de sus efectos, sino que recibe un informe circunstanciado de las medidas correctivas adoptadas o de las razones que las han impedido.

Adicionalmente, tanto durante la investigación como después de emitido su informe, puede convocar a los restantes organismos del Estado que tengan competencia en el ámbito respectivo, requiriéndoles su colaboración. Complementando lo anterior, la Defensoría puede solicitar la colaboración de las entidades privadas concesionarias de servicios de utilidad pública, para el esclarecimiento de las reclamaciones que les afecten.

5. Estatuto del Defensor.

El Defensor del Ciudadano es el jefe superior del órgano Defensoría. Será nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo de la Cámara de Diputados adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto.

De esta manera, se continúa con el criterio imperante en nuestro sistema constitucional, en que los nombramientos compartidos con el Parlamento, requieren la participación de sólo una de las Cámaras, atendida la naturaleza de la autoridad que se designa. Así sucede con el Contralor General de la República, el Fiscal Nacional y otros altos dignatarioa que son nombrados por el Jefe de Estado con el acuerdo del Senado.

Sin embargo, 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.

Para ser nombrado Defensor se requiere ser abogado y tener a lo menos diez años de título profesional, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

El Defensor dura cinco años en su cargo, pudiendo ser nombrado por una sola vez para un nuevo período. Cesa en su cargo cuando cumple 75 años de edad.

Para garantizar su independencia, el Defensor del Ciudadano goza de inamovilidad en su cargo, es inviolable por las opiniones que exprese en las sugerencias, recomendaciones y/o informes que emita en el ejercicio del mismo y tiene fuero.

Para contrapesar dicha independencia, el Defensor tiene responsabilidad política y, en consecuencia, es susceptible de ser acusado constitucionalmente por notable abandono de deberes.

Finalmente, nos ha parecido que no podrá optar a cargos de elección popular sino después de cinco años de concluido su cargo, a fin de garantizar concentración y objetividad en su actuación.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, para ser tratado en la actual Legislatura Extraordinaria de Sesiones del Congreso Nacional, el siguiente

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

"Artículo único.- Modifícase la Constitución Política de la República, en el siguiente sentido:

1. Incorpórase el siguiente capítulo, nuevo, a continuación del actual artículo 89:

"Capítulo IX A

DEFENSOR DEL CIUDADANO.".

2. Incorpóranse los siguientes artículos nuevos a la Constitución Política de la República:

"Artículo 89 A.- Un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, con el nombre de Defensor del Ciudadano, velará por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas. Sin perjuicio de la facultad de otros órganos, le corresponderá también difundir y promover los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 y asumir la defensa de aquellos que tengan impacto colectivo o involucren a una pluralidad de individuos.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Defensor del Ciudadano podrá inspeccionar la actividad de los órganos de la Administración del Estado, pudiendo formular sugerencias, recomendaciones o informes a las respectivas autoridades, los que no tendrán carácter de vinculantes y se orientarán a la adopción de medidas que corrijan o eviten acciones u omisiones que afecten negativamente la regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo.

Podrá también incoar las acciones judiciales necesarias para la debida protección de los derechos e intereses supraindividuales que esta Constitución le encarga, incluida, en su caso, la que contempla el artículo 20, como asimismo las pertinentes acciones legales de igual naturaleza.

Las mismas competencias y atribuciones señaladas podrán ser ejercidas por el Defensor del Ciudadano respecto de las personas, naturales o jurídicas, que ejerzan actividades de servicio público o de utilidad pública.

Artículo 89 B.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Defensor del Ciudadano.

Artículo 89 C.- El Defensor del Ciudadano será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo de la Cámara de Diputados, adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio en sesión especialmente convocada al efecto.

Para ser nombrado Defensor se requerirá ser abogado con diez años a lo menos de posesión de dicho título profesional, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. El Defensor durará cinco años en su cargo, sólo podrá ser reelegido por una vez para un nuevo período, y cesará en él al cumplir 75 años de edad. No podrá optar a cargos de elección popular sino después de transcurridos cinco años de concluido su encargo

El Defensor del Ciudadano gozará de inamovilidad en su cargo, será inviolable por las opiniones que exprese en las sugerencias, recomendaciones o informes que emita y en las presentaciones judiciales que formule en el ejercicio del mismo y le será aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 58.

El Defensor del Ciudadano, una vez al año, informará sobre la labor realizada en dicho período, así como sobre los resultados de la misma, al Presidente de la República y a la Cámara de Diputados. Dicha cuenta será pública.".

3. En el inciso segundo del número 7º del artículo 41, intercálase, a continuación de la palabra "República", la frase "del Defensor del Ciudadano", precedida de una coma (,).

4. En la letra c) del número 2) del artículo 48, sustitúyese por una coma (,) la conjunción "y" , agregando a continuación la frase "del Defensor del Ciudadano y".

Dios guarde a V.E.,

RICARDO LAGOS ESCOBAR
Presidente de la República

FRANCISCO HUENCHUMILLA JARAMILLO
Ministro
Secretario General de la Presidencia