

DERECHOS HUMANOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

DDHH – DESC EN CHILE: REALIDADES Y DESAFÍOS



FORJA

Serie: INVESTIGACIÓN PARA LA ACCIÓN

Autor: Sebastián Cox Urrejola – Abogado
Edición General: Sebastián Cox U.
Producción: Carlos Pino Navea

Documento de trabajo de la Corporación FORJA correspondiente a la Serie Investigación para la Acción.

Esta publicación es parte del programa “Extensionismo Jurídico de Interés Público y Acceso a la Justicia para Todos”, que financia la Fundación AVINA.

Diseño e Impresión: Servimpres Ltda.
Santiago, Mayo de 2006.

Se permite su reproducción citando la fuente.

INDICE

A.- Promoción y Protección de los DDHH – DESC:

Condición del Estado de Derecho y Obligación de rango Constitucional e Internacional

B.- DDHH – DESC en el Ámbito Internacional:

Últimas evoluciones y recomendaciones para Chile

B.1. DDHH – DESC: derechos a respetar, a proteger y a cumplir.

B.2. El Pacto Internacional de DDHH – DESC: observaciones y recomendaciones para su aplicación por el Estado de Chile.

C.- Los DDHH – DESC en Chile:

Obstáculos a superar – Recomendaciones a cumplir

C.1. Tendencias y Respuestas del Estado.

C.2. Proyectos del Defensor del Ciudadano y del Instituto Nacional de Derechos Humanos

D.- Palabras Finales

E.- ANEXO: Propuesta de Taller para la Acción

A.- PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DDHH – DESC Condición del Estado de Derecho y Obligación de rango Constitucional e Internacional.

Los Derechos Humanos, económicos, sociales y culturales (ddhh - desc), su promoción y protección, constituyen -además de un imperativo ético, social y democrático- una obligación jurídica y un mandato universal y constitucional del Estado de Derecho en Chile. Además de la norma superior y de rango Constitucional, el Pacto Internacional – PIDESC- que los consagra, es Ley de la República, desde el año 1989 (Reforma Constitucional), y como tal obliga y debe ser respetado por todos los órganos y autoridades del Estado, además de toda persona, institución o grupo.

En nuestro país, si bien la temática de los ddhh, ha marcado las relaciones sociales, políticas y el ejercicio del poder durante los últimos 30 años, -y viene siendo parte importante del debate acerca del modelo de sociedad democrática al que aspiramos-, la conciencia de la existencia y de la exigibilidad de los ddhh – desc, recién comienza a aflorar. El camino dificultoso, pero bien transitado, de la búsqueda de justicia efectiva en los casos de las graves violaciones a los derechos humanos del orden civil y político, ha venido ocupando las mayores energías de amplios sectores del país. Junto a lo anterior, -y pese al parcial pero real mejoramiento de la economía y de los indicadores macro-nacionales e internacionales correspondientes y a la estabilidad institucional y democrática generadas- ha quedado en evidencia y al descubierto, que es tarea y desafío pendiente, el invertir en políticas públicas en lo social y asegurar ciertos estándares de dignidad ciudadana y humana, garantizar a tod@s el efectivo acceso y respeto a los derechos y la satisfacción de las necesidades esenciales y, terminar con las insoportables (“*porque injustas y escandalosas*”, al decir de las Iglesias y sus autoridades) desigualdades que marcan a nuestra sociedad y desprestigian a nuestro país.

El Estado de Derecho en Chile, se caracteriza fundamentalmente por la subordinación de toda la Administración del Estado y sus tres Poderes, a la Ley Superior Constitucional, y por el reconocimiento a los habitantes de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Es la propia Constitución Política (Artículo 5º), que ha reconocido que el ejercicio de la soberanía, tanto por la autoridad como por los ciudadan@s, tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Los Derechos Humanos, siendo anteriores al Estado por cuanto tienen su origen en la propia naturaleza humana, se imponen a éste y le hacen responsable del deber de respeto y promoción de tales derechos, tanto los garantizados en la Constitución como aquellos establecidos por Tratados internacionales ratificados y vigentes. “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”. Señaló el Constituyente en el Artículo 1º de la Constitución Política del Estado, que para mayor claridad y en términos perentorios, termina ratificando y reiterando como deber del Estado “... *asegurar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional*”.

La “Supremacía Constitucional” por su parte, como principio que da forma y fondo al Estado de Derecho, somete y obliga a toda acción de los órganos del Estado, a las normas dictadas y a los comportamientos u omisiones de los titulares o integrantes de dichos órganos del Estado, así como a toda persona, institución o grupo. La supremacía constitucional y la sujeción de tod@s –instituciones y personas- a la Constitución y a las Leyes, se constituyen así en manifestación esencial del Estado de Derecho en Chile (Artículos 6º y 7º de la Constitución Política del Estado).

La mayor conciencia de la existencia y de la necesidad de promoción y protección de los ddhh – desc, aparecen así cada vez más vinculadas a la calidad y esencia del Estado de Derecho. Pasa lo mismo –pero en sentido contradictorio- con las consecuencias de los abusos de poder cometidos por órganos y autoridades del Estado y también (y crecientemente podríamos decir...) por empresas y sociedades privadas que controlan y hacen la gestión de los derechos a la salud, a la educación, al mercado laboral y de las condiciones de trabajo, al transporte, y en general de los derechos y necesidades económicas, sociales y culturales esenciales¹.

La concepción, y esperamos que también las prácticas y programas del área social del Ejecutivo marcadas hasta ahora por un carácter principalmente asistencialista, de intervenciones de emergencia, de entrega de subsidios y prestaciones a personas determinadas, van cediendo el paso (todavía tímidamente) a una consideración de políticas públicas, que tienen en los destinatarios y beneficiarios principales a ciudadan@s protagonistas y titulares de sus derechos sociales, económicos y culturales².

En el plano judicial y en lo que se refiere a la garantía de exigibilidad de los ddhh – desc en sede jurisdiccional, también quisiéramos dejar anotada unas ciertas tendencias que marcarían (para un futuro no muy lejano esperamos), una evolución positiva de nuestro Estado de Derecho, y en pro del mayor respeto y protección de los ddhh – desc para todas las personas. La “supremacía constitucional”, el “principio de inexcusabilidad”, el fortalecimiento del Tribunal Constitucional y de la Justicia Constitucional, son principios y prácticas que deben ir fortaleciendo el Estado de Derecho y el respeto y protección de los ddhh – desc en Chile.

La creciente influencia y consideración a nivel interno (incluidos el Poder Judicial y los Tribunales de Justicia), de las normativas y recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos, nos permiten también apostar a un escenario más convincente y optimista que el actual, para el futuro del Estado de Derecho y el respeto y protección de los ddhh – desc.

Asimismo advertimos una mayor presencia –motivada quizás por un cierto mayor grado de adhesión e influencia en estos escenarios de lo público- de la propia ciudadanía, de las instituciones universitarias, de ciertos medios de comunicación, de agrupaciones de profesionales y de las mismas organizaciones sociales y comunitarias. La creciente – aunque nunca definitiva ni terminada- democratización de la sociedad, y la acción

¹ La Campaña “contra el abuso ¡Ya!” de Genera, con el respaldo de 12 organizaciones de la Sociedad Civil, ha presentado información cierta, completa y actualizada al respecto.

² La Ley N° 19.949, de junio de 2004, que crea e implementa el sistema “Chile Solidario” nos parece ser una manifestación importante –por lo menos de una gran potencialidad- de esta concepción de “Protección Social a partir de una perspectiva de Derechos”

organizada y socialmente responsable de estos actores, vienen permitiendo el mayor conocimiento y ejercicio de derechos por la propia ciudadanía y la apuesta y mayor credibilidad en la institucionalidad y en el actuar del Estado de Derecho³. La búsqueda de seguridad y el mejoramiento de las condiciones de la convivencia comunitaria son también ejes y canales de preocupación y participación ciudadana.

El ejercicio de los derechos y de las acciones de defensa y protección judicial en caso de privación, perturbación o amenaza de ddhh – desc (principalmente relacionado con el recurso de protección establecido en la propia Constitución) –si bien en la gran mayoría de los casos, no han resultado exitosos en sede jurisdiccional- han permitido ir desarrollando argumentaciones, ampliando interpretaciones y hasta, obteniendo decisiones de indudable trascendencia y que nos atrevemos a calificar de “lecciones positivas” y como “potencialmente auspiciosas” para una más efectiva y amplia garantía y protección de los ddhh – desc en sede judicial⁴. Importante resulta observar el tratamiento jurisdiccional dado a los ddhh – desc a nivel comparado.

Es sobre estas referenciales y nuevas concepciones y prácticas: normativas, institucionales, ciudadanas y jurisprudenciales –tanto locales como internacionales- que pretendemos avanzar en nuestra línea de observación y análisis del Estado de Derecho y la promoción y protección de los ddhh – desc en el Chile de hoy. Nuestra pretensión está fundada en la creencia de que la mejor identificación y la consiguiente mayor valoración social, jurídica y política de estas tendencias y argumentaciones, podrían también y eventualmente, significar un aporte más o menos innovador a la causa de la necesaria mayor promoción y protección de los ddhh – desc en Chile.

³ Este factor –que constituye un indicador importante de la gobernabilidad y de la fortaleza de la construcción social y política que representa el Estado de Derecho- es también y contrariamente, un elemento de inestabilidad e inseguridad para los procesos democráticos en todo el Continente.

⁴ La llamada “propietarización de los derechos”; la garantía de “la igualdad ante la Ley” y/o la alegada “no discriminación arbitraria”, serían –entre otras- expresiones concretas de esta evolución y argumentos “pro-resguardo constitucional” de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales.

B.- LOS DDHH – DESC EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: Últimas evoluciones y recomendaciones para Chile.

La evolución doctrinaria de los ddhh – desc permite afirmar con cada vez mayor consistencia, que se trata de “derechos” (y no sólo de aspiraciones o expectativas), reconocidos a toda persona en su calidad de ser humano y por su dignidad como tal, y que obligan a los Estados y a la Comunidad Internacional.

B. 1. DDHH – DESC: derechos a respetar, a proteger y a cumplir.

Los ddhh – desc han sido reconocidos por diferentes Tratados Internacionales (Cartas – Convenciones – Pactos y Protocolos Internacionales y Regionales), y han sido también incorporados en los textos Constitucionales de los países, como derechos o garantías constitucionales. En el caso de la Constitución Chilena, lo anterior se expresa principalmente en el Capítulo I “Bases de la Institucionalidad”, y en el Capítulo III “De los Derechos y Deberes Constitucionales”. Para los países miembros del PIDESC –es el caso de Chile- los derechos en él reconocidos forman parte de la legislación interna. Afirmamos también, que no regular el ejercicio de estos derechos -o hacerlo parcialmente-, cuando se requiere de normativas internas; o no promover, garantizar y defender su cabal ejercicio a través de planes y decisiones adecuadas, entraña y conlleva a responsabilidades estatales. Y esto es válido y obligatorio para los Estados (y para todos sus componentes).

La distinta naturaleza de las obligaciones asumidas por los Estados en lo relacionado con los dos Pactos de Derechos Humanos (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos –PIDCP- y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC-), ambos en vigor desde 1976, ha hecho decir a algunos que argumentan en contra de la obligatoriedad de éste para los Estados, que siendo las obligaciones y acciones del PIDESC, de hacer y positivas, “... adoptar medidas , hasta el máximo de los recursos que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados ... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (Artículo 2º PIDESC), por su propia naturaleza, su satisfacción (y su exigibilidad) requeriría siempre y en todo caso, de previas decisiones políticas y de la disposición de fondos públicos, por lo general, de cierta discrecionalidad y escasez en el marco del modelo de desarrollo dominante... Sin perjuicio de dejar registrado que en el PIDESC hay también obligaciones de no hacer o de abstención como en el PIDCP (“prohibido imponer restricciones al derecho de fundar sindicatos y de afiliarse libremente a ellos...” (Artículo 8.1.a)), y que a mayor abundamiento, este último contiene también acciones de hacer (“proporcionar defensor de oficio, informar de los cargos penales y de los motivos de detención...”), lo que resulta más decidir aún, es que ambos establecen la obligación positiva de “adoptar las medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto” (Artículo 2.2 del PIDCP), de espíritu y similar redacción a lo previamente establecido por el PIDESC: “... los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna...”(Artículo 2.2).

En lo relativo a la justiciabilidad de los ddhh – desc, es necesario reconocer que – por lo menos hasta ahora- el PIDESC no contiene una norma equivalente a la del Artículo

2.3 del PIDCP, que obliga a los Estados a consagrar un recurso efectivo a las personas que reclaman sus derechos en caso de violación, ni tampoco existe la posibilidad de reclamos en el ámbito internacional –llamado derecho de petición- por cuanto no existe hasta ahora un Protocolo Adicional, equivalente al del PIDCP⁵.

Tenemos en esto un desafío como País: la más pronta aprobación, ratificación y aplicación del Protocolo Adicional – Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador aprobado en Noviembre de 1988 – OEA -). Ello implicaría la facultad y el derecho de los individuos o grupos de presentar denuncias y quejas.

Siempre en el plano de los principios, valores y comportamientos de los Estados en el nivel internacional –aunque con el carácter de no vinculantes- habrá que tener en cuenta y darle mayor valor (“promoción de los ddhh – desc”), a los llamados Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del PIDESC (Maastricht – Países Bajos – Junio 1986) en el que se proclamó, entre los principios interpretativos (relacionados con el Artículo 2.1 “adoptar medidas por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”) los siguientes:

“17. Los Estados Partes, deberán hacer uso, a nivel nacional, de todos los medios apropiados, tales como medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, sociales y educativas consistentes en la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir con las obligaciones por ellos aceptadas bajo el Pacto” y más específicamente, en relación con la “obligación de justiciabilidad” de los ddhh – desc, “19. Los Estados Partes deberán dotarse de recursos efectivos, tales como las apelaciones ante un magistrado, cuando sea necesario”.

Más recientemente (Enero de 1997, Maastricht), y con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo, se acuerdan las llamadas “Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos”. Particular acento se puso en lo relacionado con las entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia, y así en el Capítulo V “Recursos y otras respuestas a las violaciones”, se proclamó: “24. Los órganos nacionales judiciales y de otra índole de un Estado deberán asegurarse de que sus declaraciones no resulten en la aprobación oficial de cualquier violación a una obligación internacional asumida por dicho Estado. Como mínimo, al formular cualquier decisión concerniente a violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, los sistemas judiciales nacionales deberían considerar como medios interpretativos las disposiciones pertinentes del derecho internacional y regional de derechos humanos”.

Siempre en lo concerniente a las obligaciones del Estado y a la específica de proteger que tiene en la justiciabilidad uno de sus canales de concreción, la doctrina internacional es unánime en señalar que “el incumplimiento de cualquiera de las tres obligaciones de los Estados –respetar, proteger y cumplir- constituye una violación a los ddhh – desc”. Y concretamente, en relación con “la obligación de proteger, exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar

⁵ “...los derechos económicos, sociales y culturales luchan hasta hoy por conseguir métodos de control similares” (Profesora Cecilia Medina – trabajo introductorio Módulo “Sistemas Internacionales de Protección de los DDHH” – Diplomado Internacional – Estado de Derecho y Acceso a la Justicia – Agosto 2005)

que los empleadores privados cumplan con las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” – (Nº 6 – II Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir – Directrices de Maastricht) -.

En tiempos más recientes y en el contexto hemisférico la Declaración de Quito - julio de 1998 - declaró como principios sobre la exigibilidad y realización de los ddhh – desc “... 23. los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles a través de diversas vías: judicial, administrativa, política, legislativa. La postulación de casos judiciales referidos a estos derechos adquiere un mayor sentido en el marco de acciones integrales en el campo político y social, tanto nacional como internacional” y en el numeral 24 “los instrumentos internacionales y constitucionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales son operativos y establecen derechos exigibles directamente por las personas, incluso ante su omisión en la reglamentación legal. En tal sentido, los jueces están obligados a aplicar directamente estos instrumentos y reconocer en los casos concretos sometidos a su jurisdicción los derechos que éstos consagran”.

Reiterando aquí el concepto de que la exigibilidad de los ddhh – desc es muchísimo más abarcadora que la sola justiciabilidad, que ésta no se agota en la exigencia de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, y que de acuerdo con las Directrices de Maastricht, “toda víctima de una violación a los ddhh – desc debería tener acceso a recursos legales eficaces o a otros recursos adecuados a nivel nacional e internacional” (Nº 22 – Acceso a Recursos y otra Respuestas a las violaciones), tendríamos que asumir la dura realidad de que en este terreno de la justiciabilidad, y en concreto, del comportamiento de los principales operadores de los sistemas estatales de Administración de Justicia, la promoción y la protección de los ddhh – desc, tienen todavía mucho camino por recorrer. Desde la notable desinformación (a veces, también culpable desinformación); y constatando la relativa minus valoración atribuida a las normativas internacionales, como algo no obligatorio, y en todo caso, ajeno, lejano y hasta atentatorio a la Soberanía e Independencia del Poder Judicial, esta parte de los Estados Partes, no ha asumido en toda su trascendencia la efectiva justiciabilidad de los ddhh – desc. Como ya lo decíamos, el control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del PIDESC, tiene en la falta de un mecanismo de denuncias individuales o de casos (a semejanza del existente en el PIDCP), una importante carencia. La batalla por superar las contra-argumentaciones y bloqueos sobre la indispensable justiciabilidad de los ddhh – desc, no está definitivamente ganada, pero sí que los progresos logrados, no se detendrán. Y esto es especialmente válido y vigente para nuestro País y en especial para los miembros del Poder Judicial, como tendremos la oportunidad de remarcarlo más adelante. Sin embargo –y como es nuestro ánimo más bien, el de identificar y considerar las tendencias y evoluciones en pro de la promoción y protección de los ddhh – desc, - al respecto debemos hacer notar tres apreciaciones:

- Una primera, que tiene que ver con la importante y cada vez más exigente interpretación de la obligación general establecida en la Declaración Universal; como en todos los instrumentos de Derechos Humanos –incluido el PIDESC- de No Discriminar y de Promover y Proteger los DDHH -. Ello ha llevado a muchos Tribunales Nacionales a satisfacer – reconocer y proteger judicialmente las denuncias y quejas que sobre ddhh – desc han recibido por

una parte⁶, y por otra, a la creación y desarrollo de Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos⁷.

- Una segunda, y sobre la que volveremos enseguida, está dada por la existencia de los únicos sistemas de vigilancia – control, contemplados por el PIDESC, los Informes Nacionales (Artículos 16 y 17), y los Informes de Organismos Especializados (Artículo 18);
- Y una tercera, y que corresponde con una “innovación extra-contractual”, son los mecanismos de vigilancia de los DESC, a través de Relatores Especiales. Est@s son expert@s independientes que investigan situaciones de violaciones permanentes de DDHH (países) y violaciones específicas de derechos civiles y políticos, y que en el último tiempo han asumido situaciones o dimensiones de ddhh – desc. Así hay relatores sobre extrema pobreza – derecho a la educación – a la vivienda digna – derecho a la alimentación – derecho a la salud, y otros. No toman oficialmente denuncias individuales, pero sí las reciben y la consideran como información para sus Informes. Asimismo, y en materia de derechos laborales, se ha creado el “Comité de Libertad Sindical” y la “Comisión de Investigación y Conciliación” en materia de libertad sindical – OIT.

B. 1. a. Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de Derechos Humanos y Principios de París

Ante la doble constatación y aprendizajes, de la imposibilidad de esperar que los instrumentos internacionales por sí solos sean suficientes para cambiar las realidades sociales, políticas y económicas en los Estados por una parte, y por otra, asumiendo los dramáticos tiempos vividos por muchas poblaciones y sociedades como víctimas de las violaciones de los ddhh (con responsabilidad principal de los propios Estados), surgen en el marco de esfuerzos democratizadores y como fundamento esencial en la valoración efectiva de los derechos humanos como base ético – política de un Estado de Derecho, las llamadas Instituciones Nacionales de Derechos Humanos⁸.

Estas Instituciones Nacionales que emergieron en muchos países de distintos continentes en pleno siglo XX (para Iberoamérica bajo la principal influencia del modelo español – Constitución Española de 1978), definen su existencia como autónomas y de rango constitucional y con el mandato de la protección y promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales. La Asamblea General de las Naciones Unidas, junto

⁶ Casos concretos en Costa Rica – Uruguay – Argentina – Venezuela, han sido relatados por Roberto Garretón M. – Representante Regional de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas - :”Control Interamericano de Derechos de los Migrantes” – Seminario Internacional – Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo y otros – Chile 2003.

⁷ Sobre las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, nos referiremos a continuación B.1.a

⁸ Sus distintas denominaciones “Defensorías o Defensor del Pueblo – Comisión Nacional de DDHH – Defensor de los Habitantes – Ombudsman y/o Procurador de los Derechos Humanos”, nos refieren tanto, a la riqueza de la diversidad en el lenguaje, como a la necesaria y similar identidad conceptual institucional.

con crear la Oficina del Alto Comisionado de N.U. para los Derechos Humanos, aprobó los Principios de París (diciembre 1993), como instrumentos de carácter orgánico y normativo, adecuados para la protección y promoción de los derechos humanos. La gran mayoría de los países de nuestro Continente han adoptado y desarrollado esta institucionalidad y normativa dándole el rango superior, autónomo y protector de los ddhh, propios a su esencia. En la opinión ciudadana sobre el rango de percepción – credibilidad y adhesión de las instituciones estatales, estas instituciones nacionales de protección y promoción de derechos humanos vienen exhibiendo los mejores resultados, allí en donde existen. Chile -junto con Brasil – República Dominicana y Uruguay- son hasta ahora, los únicos países del Continente que no la han creado (?).

Los Principios de París, por su parte, constituyen un conjunto de postulados internacionalmente reconocidos, concernientes al estatus, competencias, atribuciones y funciones de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos. Las características fundamentales reconocidas por los Principios de París están definidas por:

- Un fundamento constitucional y estatuto jurídico propios;
- Un mandato tan amplio como sea posible;
- Autonomía de gestión, con reglamentos específicos por Ley;
- Una composición pluralista y representativa;
- Un funcionamiento regular y eficaz;
- Independencia del Poder Ejecutivo (y de los otros Poderes);
- Recursos económicos adecuados.

Las responsabilidades que han asumido las Instituciones Nacionales están principalmente caracterizadas e incluyen:

- Informar ampliamente, y elaborar recomendaciones a los gobiernos en materia de ddhh;
- Promover programas de educación y la conformidad de leyes y prácticas nacionales con los estándares, principios y normativas internacionales de ddhh;
- Cooperar con los organismos de derechos humanos nacionales, regionales y de Naciones Unidas.
- Asegurar la promoción y difusión de los ddhh y la accesibilidad y adecuado trato a la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil, en la promoción y protección de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En América se ha desarrollado como elemento de la esencia de estas instituciones nacionales, la necesaria provisión de soluciones (principalmente a través de los métodos adecuados de resolución de conflictos) dando atención y realizando procesos de investigación a denuncias y quejas de la población y sus organizaciones.

B. 1. b. Informes Nacionales como mecanismo de control de los ddhh – desc

Ahora bien, y como ya lo anticipábamos, el PIDESC estableció (Artículo 16) que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar en conformidad

con esta parte de Pacto, Informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo”. Es el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas –ECOSOC- a quien se debe presentar las medidas adoptadas y los progresos realizados para cumplir con esta obligación, aunque en la actualidad, es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –CESR- quien recibe y examina los Informes presentados por los Estados Partes, para posteriormente aprobar y hacer llegar las Observaciones Finales. El PIDESC ha consagrado en sus artículos 16 al 23 y en directrices posteriores, los procedimientos, contenidos, facultades y compromisos a que deben sujetarse los Estados Partes, el mismo Consejo Económico y Social y otros organismos especializados de Naciones Unidas, para el debate y oportuno cumplimiento de los derechos y obligaciones del Pacto, para que conozcan las observaciones y recomendaciones hechas, y las medidas adoptadas y los progresos alcanzados para lograr el respeto de los derechos reconocidos en el Pacto. El artículo 23 establece que los Estados Partes “convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados”. Conviene dejar señalado que los Principios de Limburgo (relativos a la aplicación del PIDESC) han levantado interesantes ideas y proposiciones para mejor interpretar y cumplir con los objetivos del Pacto. A propósito de la preparación y entrega de los Informes por parte de las Partes Contratantes, por ejemplo, se dice “la eficacia de los mecanismos de supervisión presentados en la Parte IV del Pacto depende ampliamente de la calidad y puntualidad de los Informes de los Estados Partes. Se insta por tanto a los Gobierno a establecer procedimientos internos adecuados para las deliberaciones entre los departamentos y agencias gubernamentales competentes, para la compilación de la información correspondiente, para la capacitación de los funcionarios, para la adquisición de la documentación básica y para las consultas con las instituciones no gubernamentales e internacionales pertinentes” (Nº 74 Parte II). Del mismo modo se propone que “la elaboración de los Informes debería considerarse, además como una ocasión para examinar la medida en que los planes nacionales pertinentes reflejan adecuadamente el alcance y contenido de cada derecho así como para detallar los medios conducentes a su realización...” (Nº 76), y también, “se insta cordialmente a los Estados Partes a estudiar la posibilidad de asociar a las organizaciones no gubernamentales en la elaboración de los informes” (Nº 77). La insistencia en la modalidad de Informes – Planes, con medidas y objetivos relacionados con metas, procedimientos, presupuestos, datos estadísticos e indicadores de evaluación y cumplimiento, está siempre presente... La misma reiteración se advierte sobre la necesidad de superar la nefasta tendencia declarativa y formal predominante en los círculos e informes oficiales, al advertir y proponer que “...los Estados Partes no deberían circunscribirse a una descripción de las disposiciones legislativas, sino que deberían detallar los procedimientos administrativos, judiciales y otros establecidos con el fin de reforzar la puesta en vigor de los derechos, así como la práctica de esos recursos y procedimientos” (Nº 78) y “... los Estados Partes deberían incluir en sus Informes la mayor información posible en cuanto al alcance real de la protección a la que están sujeto los diferentes derechos...” (Nº 79).

B. 2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observaciones y Recomendaciones para su Aplicación por el Estado de Chile.

En Noviembre del año 2004, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, da a conocer las Observaciones Finales al Informe presentado por Chile^{9 10}. Las Observaciones Finales del Comité constan de 5 partes – Introducción (Nº 1–2-3); Aspectos Prioritarios (Nº 4 al 10); Factores y dificultades que obstaculizan el cumplimiento del Pacto (Nº 11); Principales motivos de preocupación (Nº 12 al 28); y Sugerencias y Recomendaciones (Nº 29 al 62 y final). Además de celebrar y agradecer al Estado Parte por haber presentado su Informe y por el diálogo constructivo sostenido, el Comité señala como aspectos positivos las mejoras de diversos indicadores sociales (disminución mortalidad materno-infantil – aumento de asistencia a la escuela primaria y secundaria y los progresos en la reducción de la pobreza), acoge con satisfacción la iniciativa “No hay mañana sin ayer” y la aprobación de ciertas leyes (Ley Indígena (1993) – Ley de Matrimonio Civil (2004) – de delitos de explotación sexual comercial) y la ejecución de programas específicos para mejorar la situación de los grupos más pobres de la sociedad como Chile Solidario y el Plan AUGE. El Comité observa (Nº 11) que “no hay factores o dificultades significativas que obstaculicen el cumplimiento efectivo del Pacto en el Estado Parte”, lo que habrá que entender como que según la información entregada por el propio Estado de Chile y de acuerdo a lo establecido por el artículo 17 – 2 del PIDESC, “no hay circunstancias ni dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas por el Pacto”, y en particular que no hay limitaciones ni restricciones de carácter legal o de hecho, que condicionen u obstaculicen el total y oportuno cumplimiento de las obligaciones comprometidas.

B. 2. a. Por la plena aplicación del Pacto y la exigibilidad y justiciabilidad de los ddhh – desc

En el Capítulo D “Principales motivos de preocupación”, queda registrada desde el inicio y explícitamente la preocupación porque –pese a la enmienda del artículo 5 de la Constitución– “algunos derechos económicos, sociales y culturales –como el derecho a la vivienda– no se consideren justiciables”. A este respecto, “el Comité observa la escasez de jurisprudencia en que los derechos enunciados en el Pacto se han invocado ante los tribunales nacionales, o en que éstos les han dado cumplimiento directamente”¹¹.

⁹ El Estado de Chile, había presentado su Informe con fecha Junio del año 2003, con el titulado de “Tercer Informe Jurídico de Chile” (236 páginas – 2 Anexos). Las dudas sobre el grado de cumplimiento y periodicidad del Estado de Chile con su obligación, se ven reforzadas al leer la página 3, primer párrafo: “Cuarto Informe Periódico de Chile”, y en la siguiente frase “...se incluyen todos los antecedentes del periodo comprendido entre los años 1990 a 2002 durante el cual no se había informado...” (?)

¹⁰ Un conjunto de organizaciones de la Sociedad Civil de Chile, que trabajan por la promoción y protección de los ddhh – desc, elaboraron y presentaron –en forma y tiempo oportuno– el “Informe de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Chile – Informe de la Sociedad Civil (Extracto) -FORJA – Capítulo Chileno Plataforma Interamericana Derechos Humanos, Sociales y Culturales – Capítulo Chileno del Ombudsman y Otros – 310 páginas – Santiago – Chile - 2003 -

¹¹ Como bien lo ha señalado el profesor de derecho y abogado de derechos humanos, Domingo Lovera P., esta ausencia, y/o escasez de jurisprudencia sobre el sistema de protección judicial de los ddhh – desc, tiene en la

Coherentemente con lo anterior, la primera sugerencia y recomendación (Nº 29) que el Comité hace al Estado Parte señala: “que prosiga sus esfuerzos para dar pleno efecto al Pacto en las leyes internas, y que siga elaborando la aplicabilidad directa del Pacto en los tribunales nacionales y comunique la jurisprudencia pertinente en su próximo informe periódico”. El Comité remite al cumplimiento de la Observación General Nº 9, sobre la aplicación interna del Pacto, y concluye esta Recomendación sugiriendo que “el Estado Parte debería velar porque en la formación judicial se tenga plenamente en cuenta la exigibilidad de los derechos enunciados en el Pacto, y adoptar medidas para que se conozca mejor la posibilidad de invocar sus disposiciones ante los tribunales”. Ante esta Observación, Sugerencia y Recomendación que explicita y da líneas de orientación a uno de los principales motivos de preocupación, la no consideración por el Estado de Chile (y sus tres Poderes) de la justiciabilidad de los ddhh – desc, pareciera no haber alegación en contrario que tenga vigencia. Lo que también aparece como injustificable e impostergable, es el no cumplimiento de las medidas que el mismo Informe recomienda, y que de acuerdo al artículo 2 del PIDESC, deben significar “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Nos preguntamos: ¿Cuáles vienen siendo, específica y concretamente los esfuerzos (planes – iniciativas – normativas - programas) que el Estado de Chile ha implementado desde noviembre 2004 a la fecha para dar cumplimiento pleno al Pacto? En el último capítulo nos referiremos al respecto.

El Estado de Chile debe dar pleno efecto al Pacto en las leyes internas¹² y asumir de manera también concreta y directa la aplicabilidad del Pacto y la exigibilidad de todos los derechos en él reconocidos ante los tribunales¹³.

Al retomar el examen de las recomendaciones que el Informe del Comité del PIDESC hace al Estado de Chile, en la Nº 30 (segunda del Capítulo de Sugerencias y Recomendaciones), se puede leer: “...que garantice la existencia de un marco jurídico e institucional eficaz para la promoción y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto” Aquí está todo lo dicho y no hay opción alguna de seguir apostando a la inexistencia y/o insuficiencia de recursos; a la falta y/o inconveniencia de oportunidad política, y/o, como también se ha escuchado decir, a la “ya suficiente fiscalización, probada y amplia cobertura que ofrecen las distintas instancias y órganos de Administración del Estado existentes...”.

total omisión que el Informe del Estado hizo al respecto, una grave y cómplice causa de origen: ver Informe de Chile ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el papel del Derecho; www.anuariodh.uchile.cl – 2005 -

¹² Las Reformas Constitucionales recién aprobadas nada incluyen al respecto... Por el contrario, en la bizantina discusión sobre si deberíamos desde ahora hablar de la Constitución del 2005 (es decir, “Democrática”) o seguir hablando de la Constitución del 80 (es decir, “Autoritaria”), tod@s los que dieron opinión (Poder Ejecutivo y Legislativo), estuvieron contestes en señalar lo pertinente y vigente del recurso de protección... (?)

¹³ Como lo venimos reclamando y proponiendo, estas son obligaciones aplicables y exigibles “por y ante” todos los órganos y poderes del Estado y en todos sus niveles. Las acciones ciudadanas de interés público – ACIP- que hemos implementado están principalmente basadas en esta comprensión del PIDESC y de las normas constitucionales e internacionales sobre la obligatoriedad del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Ver: Fiscalización y Exigibilidad de Derechos de Interés Público – Manual Jurídico para la Acción Ciudadana – FORJA – 280 páginas – 2005 -.

Se trata siempre y en todo caso de observar primero la no existencia de un marco jurídico (constitucional - legal) e institucional eficaz para la promoción y protección de los ddhh – desc, y de hacer luego la Recomendación para que dándose ese marco jurídico e institucional, se puedan efectivamente garantizar la promoción y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto¹⁴.

B. 2. b. Por un marco jurídico e institucional eficaz para la promoción y protección de los ddhh – desc.

Para que no quede duda alguna sobre el tema, la recomendación 31 del Comité “alienta al Estado Parte a que lleve adelante sus planes de establecer una institución nacional de derechos humanos independiente, de conformidad con los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, (Principio de París), que figuran en el anexo 48/134 de la Asamblea General, con el mandato de promover y proteger todos los derechos humanos comprendidos los derechos económicos, sociales y culturales”. Alguna información hecha llegar al Comité con posterioridad a la entrega del Informe original (junio 2003) permitió a éste de incluir la frase “alienta al Estado Parte a que lleve adelante sus planes de establecer una institución nacional de derechos humanos...” Lo cierto es que los proyectos ingresados por el Ejecutivo (Defensor Ciudadano – noviembre 2003 – e Instituto Nacional de Derechos Humanos – mayo 2005) se encuentran en primer y segundo trámite constitucional respectivamente y no tienen calificación de urgencia para su más rápido tratamiento en sede del Legislativo¹⁵.

Como quedó dicho, el Informe del Comité hace otras 30 recomendaciones más, referidas éstas a derechos específicos y a sectores especiales de la población, en coherencia total con lo establecido en el PIDESC y en reacción a lo informado por el Estado de Chile. El reconocimiento constitucional a los Pueblos Originarios, la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, la promoción de la igualdad de género en todas las esferas de la sociedad, la garantía de salario mínimo y suficiente para que l@s trabajadores y sus familias lleven una vida digna, la protección de los derechos de los niños de la calle, en fin, la integración de los derechos económicos, sociales y culturales en todos los programas de reducción y alivio de la pobreza (“que vele porque se originen suficientes recursos a la consecución de las metas y objetivos establecidos en el marco de los programas Chile Solidario y Chile Barrio”), constituyen parte importante de estas recomendaciones. Las referidas a los derechos a la salud, a los derechos a prestaciones y licencias médicas, al derecho a la vivienda adecuada, al mejoramiento de la calidad de la educación pública, a la educación sobre derechos humanos en las escuelas a todos los niveles, y en particular la difusión de los derechos económicos, sociales y culturales entre los funcionarios públicos, con inclusión de las fuerzas armadas, el personal encargado de

¹⁴ Resulta increíble constatar que ni en las 10 páginas de la Introducción ni en las siguientes 30 relativas a las disposiciones generales del Pacto, el Informe del Estado de Chile no hace mención alguna a los proyectos presentados por el mismo Ejecutivo para la creación del Defensor Ciudadano ni al de Reforma Constitucional. Más aun las referencias hechas a las necesarias modificaciones constitucionales omiten el tema y respecto de los ddhh – desc se dice “la mayoría de los derechos consagrados en el Pacto se encuentran garantizados en la Constitución Política de la República de Chile” (N° 55 – página 14).

¹⁵ Sobre ambos proyectos del Ejecutivo nos referiremos con mayor extensión en el próximo capítulo.

hacer cumplir la ley y el poder judicial, definen el total de las Recomendaciones del Informe. El Comité termina pidiendo al Estado Parte que “dé amplia difusión a sus observaciones finales en todos los niveles de la sociedad... y que en su próximo informe periódico comunique al Comité todas las medidas adoptadas para llevarlas a la práctica”.

Podemos decir entonces, que el procedimiento de control creado por el sistema internacional de promoción y protección de los ddhh – desc, que se lleva a cabo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC – y que consiste en el examen de los informes que los Estados Partes deben presentar periódicamente, ha funcionado parcialmente y todavía muy tímidamente para el caso de Chile.

A la duda inicial y posteriormente confirmada, sobre el no cumplimiento anterior de la obligación de elaborar y presentar Informes sobre la aplicación del PIDESC en Chile, hemos agregado ahora, la gran tarea de convertir las Observaciones y Recomendaciones en planes de acción, inversiones, normativas e instituciones concretas y eficaces. Para el Estado de Chile estas Recomendaciones constituyen mandato ineludible. Para la Sociedad Civil y las organizaciones de derechos humanos, un potente y actualizado argumentario de apoyo para seguir trabajando por la necesaria promoción y mejor protección de los ddhh – desc en nuestro país.

C.- Los DDHH – DESC EN CHILE: Obstáculos a superar – Recomendaciones a cumplir.

Tal como hemos venido apreciándolo, pareciera ser que los obstáculos e insuficiencias identificados por la mayor promoción y protección de los ddhh – desc en nuestro país, tiene sus más nítidas manifestaciones en una triple causalidad:

- Una base y normativa constitucional restringida que en su propia formulación no incluye a la totalidad de los derechos consagrados en el PIDESC y que además excluye de la aplicación del mecanismo y recurso de protección constitucional que ella misma establece, a buena parte de los derechos económicos y sociales al enumerar taxativamente los derechos respecto de los cuales sí se debe conceder el mencionado recurso.
- Una comprensión parcial y una definición político – administrativa insuficiente de los ddhh – desc que ha llevado hasta ahora al conjunto de los poderes del Estado a tomar decisiones, desarrollar programas y proyectos, y adoptar resoluciones, dictámenes y sentencias que no asumen la obligatoriedad de adoptar las medidas necesarias para la realización efectiva –aunque progresiva y en la medida de los recursos que dispongan- de los derechos económicos y sociales reconocidos en el PIDESC. Hablamos de una interpretación política y jurídica auto – restringida y de la pre-eminencia de un modelo de desarrollo y políticas económicas que no reconocen la satisfacción de estas necesidades sociales, económicas y culturales, en la perspectiva de derechos esenciales a la dignidad de toda la persona humana.
- La ausencia de una institucionalidad específica y adecuada para hacer efectivos, tanto la promoción como la protección de los desc, en el marco de un Estado de Derecho y de una Democracia acordes con los principios y normativas consagrados en nuestra propia Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Sin perjuicio de lo anterior y en coherencia con el espíritu desarrollado hasta ahora en este emprendimiento, nos dedicaremos también en este Capítulo a la búsqueda y registro de aquellas manifestaciones y tendencias que aparecen como positivas y alentadoras para una mejor comprensión, respeto y protección de los ddhh – desc en nuestro país. Y lo hacemos, tratando por una parte lo que hemos venido observando como tendencia y respuestas del Estado, y lo que pueden ser consideradas y reconocidas como iniciativas y propuestas de la Sociedad Civil.

C. 1. Tendencias y Respuestas del Estado.

Ya hemos adelantado que en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, y como relativamente expresivo de una intencionalidad más incluyente y pro – humana del Estado, es posible identificar algunos comportamientos y tomas de

posición que han buscado darle una efectiva garantía de respeto y protección a los ddhh – desc.

Hacia una perspectiva de derechos de la acción de protección social del Estado.

En el campo de las iniciativas, normativas y programáticas concretas, y de planes de inversión y adopción de medidas efectivas para el acceso y realización de los ddhh – desc de la población, especialmente en relación con los sectores todavía numerosos de la población caracterizada como más pobre, nos parece importante resaltar, primeramente la elaboración, publicación e implementación de la Ley N° 19.949 de junio de 2004, que creó el sistema de protección social denominado “Chile Solidario”. Este sistema de protección social reconoce y asegura a las familias que viven en condición de extrema pobreza, una base esencial de derechos –se plantean programas y apoyos específicos en siete dimensiones de derechos entre los que se contienen los de salud, educación, habitabilidad, trabajo e ingresos- y plantea como deber del Estado, el hacer asequibles y efectivas determinadas transferencias de recursos y prestaciones de servicios que significan el logro y la realización de derechos sociales, económicos y culturales para las poblaciones consideradas. Estamos hablando de una ley (de cumplimiento obligatorio); de una acción planificada y sustentable en el tiempo; con recursos, destinatarios e indicadores determinados, cuantificables y controlables, y que al tiempo de obligar al Estado (y a la institucionalidad sectorial y municipal correspondiente) supone e intenciona una actitud pro-activa y estimula la participación y la integración a la red social de l@s destinatari@s. El Estado rompe así con la pasividad en lo relativo a los derechos sociales y económicos, y da paso a una acción específica que tiene por objeto la promoción de habilidades y la satisfacción de necesidades esenciales para el desarrollo y la calidad de vida de las personas. El catálogo de derechos sociales, económicos y culturales, así reconocido y promovido para su efectiva realización en el marco del programa Chile Solidario¹⁶, más ampliamente promovido y garantizado en su efectiva realización y accesibilidad, representa un evidente cambio y marca una tendencia positiva en el camino por la más amplia comprensión y aplicación de las responsabilidades del Estado en la promoción y protección de los ddhh – desc. También nos podría estar indicando un nuevo rumbo y horizonte para las políticas económicas, que de más en más deben considerar no sólo el crecimiento económico sino que el acceso equitativo de tod@s l@s ciudadan@s a sus beneficios.

Asimismo, y por su potencial trascendencia y replicabilidad, por las bases argumentarias y la fundamentación principal que se le ha dado, nos parece importante relevar la Ley (y la implementación – todavía inicial) del Régimen General de Garantía en Salud – GES – (Ley N° 19.966 de 2004).

Esta Ley y el régimen general de Garantías en Salud que ella contempla, puede caracterizarse como un positivo avance y profundización del derecho social a la salud y sus disposiciones están en concordancia con las exigencias del PIDESC en cuanto el

¹⁶ Se ha planteado como crítica y recomendación para el perfeccionamiento y constitucionalidad del sistema, la consideración en la propia ley y reglamento de aplicación de las 7 dimensiones, y de las 53 condiciones mínimas de vida que el programa Chile Solidario contempla como derechos económicos, sociales y culturales. Ver “La perspectiva de derechos en las políticas sociales” – Augusto Quintana Benavides – www.iadb.org.

Estado se obliga a la realización progresiva, no regresiva, al respeto y a la protección de los beneficios y prestaciones (derechos) que establece. Al mismo tiempo el Estado se obliga por Ley a tener un desempeño más activo y de mayor preponderancia en la protección de la salud, en concordancia con la norma constitucional (Nº 9 del Artículo 19), al asumir un rol coordinador y controlador de los Sistemas público y privado (FONASA - ISAPRES) y precisando las reglas de funcionamiento que permitirán el acceso a la salud en igualdad de condiciones y garantizando la ejecución de las acciones de salud que se otorguen. Las Garantías Explícitas en Salud – GES – tienen como objetivo asegurar el acceso igualitario a las acciones de salud sin discriminación y especialmente para grupos más vulnerables y marginados¹⁷.

El régimen general de Garantía en Salud establecido por Ley, consagra estas garantías de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera como derechos y dispone mecanismos para su efectivo cumplimiento. La misma norma ha declarado como exigibles estos derechos "... las Garantía Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos al Fondo Nacional de Salud o a las Instituciones de Salud Provisional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan" (inciso 2º - Artículo 2º). FONASA e ISAPRES están obligados al otorgamiento de las prestaciones y los afectados por el no cumplimiento, tienen tres niveles de reclamo administrativo y el derecho a reclamar judicialmente las responsabilidades patrimoniales derivadas del no cumplimiento de las GES. La ley ha establecido responsabilidades diferentes para FONASA (debe responder por "falta de servicio") y para ISAPRES (deben responder por "accionar negligente"), correspondiendo en ambos casos a los afectados acreditar sea el incumplimiento sea la negligencia, por vía administrativa, y solicitar por vía judicial el resarcimiento de los perjuicios... Por ahora es muy temprano para calificar la mayor aplicabilidad, eficacia y exigibilidad del derecho a la salud con motivo de esta normativa y plan nacional de salud, pero lo que es indudable, es que en su génesis, expresión normativa, diseño y comienzo de implementación, ella significa cambio y avance para el cumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile en relación al derecho a la salud, y constituye un referente normativo y programático ejemplar (por lo menos en su formulación inicial) en lo que a mayor protección y garantía de los ddhh – desc se refiere.

Hacia la Protección Constitucional de todos los DDHH – DESC.

Ya hemos dejado anotada la tendencia predominante de las decisiones jurisprudenciales en el sentido de exceptuar de protección constitucional a los derechos económicos y sociales, no incluidos en el texto específico. Pero también hemos hecho mención a lo que viene presentándose – todavía como excepción, pero potencialmente ampliables - como formas de tutela indirecta¹⁸ a través de la aplicación extensiva a ciertos derechos no incluidos en la norma protectora, de otros derechos sí considerados. En esta perspectiva, los alegatos y argumentos apoyados principalmente en el derecho de la propiedad, (la llamada "propietarización de los derechos") y en el derecho a igualdad ante

¹⁷ Ver, Tomás Jordan D. "Sinopsis y Análisis de la Ley Nº 19.966, desde la perspectiva de los DDHH" – www.anuariodh.uchile.cl.

¹⁸ Ver, Profesor Enrique Navarro B., "Justicia Constitucional en Chile y Protección de Derechos" – Introducción al Módulo III – páginas 1 – 28 – Diplomado Internacional – Universidad de Chile y Otras - 2005

la Ley (no discriminación arbitraria), han sido últimamente acogidos en casos de reclamación de protección al derecho a la salud (términos unilaterales de contratos, alzas injustificadas de planes de salud, negativas de cobertura y otras). En el mismo sentido, se ha conocido en la última década de reiteradas sentencias que han acogido reclamos en el ámbito educacional, en la previsión y en la seguridad social, y que han extendido la tutela protectora a derechos sociales y económicos no protegidos directamente, pero estimando perturbados, amenazados o privados a las personas en sus derechos patrimoniales y/o en el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la integridad física, la libertad de información, de asociación y otros.

Esta nueva tendencia de resguardo constitucional de los derechos desprovistos directamente de tutela, viene a confirmar la cada vez mayor incidencia del “principio de supremacía constitucional” en nuestro Estado de Derecho.

Sin embargo, aparece como preocupante y hasta negador en el sentido del tiempo histórico que vivimos, que al aprobarse las recientes reformas constitucionales, (que reforzaron composición, autonomía, atribuciones del Tribunal Constitucional), nada se haya presentado, discutido ni modificado con respecto a la mayor exigibilidad y protección de los ddhh – desc, ni tampoco nada se haya adelantado ni propuesto referente a la reforma constitucional propuesta por el Ejecutivo en su momento y relativa a la creación del Defensor del Ciudadano¹⁹. Lo mismo podemos señalar respecto al súbito y poco debatido proyecto del Ejecutivo, relativo a la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos²⁰. Pareciera entonces que en círculos de los Poderes del Estado de Derecho, no se han hecho sentir los argumentos y reclamaciones de numerosos sectores de la ciudadanía que vienen expresando insatisfacciones crecientes a propósito de las dificultades para acceder al sistema de justicia, de los abusos y discriminaciones de que son objeto, tanto de la institucionalidad del Estado, como principalmente, por las empresas privadas que tienen la propiedad de los bienes y hacen la gestión de los servicios públicos que corresponden con los derechos y necesidades sociales y económicas más requeridas por la población²¹.

La cuestión que nos preocupa ahora, y de más en más, es doble:

Por una parte, la distancia observable entre una cierta innovación y recreación declarativa de los ddhh – desc en nuestro Estado de Derecho, -que incluye también y excepcionalmente, lo normativo legal-, (...además de la reciente legislación sobre Chile Solidario y Salud que presentamos anteriormente, podríamos dejar señalada la modificación no operativa a la ley orgánica constitucional de Enseñanza que incluye entre las obligaciones del Estado en Educación, “la promoción del estudio y conocimiento de los

¹⁹ Proyecto de Reforma Constitucional originado en Mensaje del Ejecutivo N° 214 – 350 del 17 de noviembre de 2003.

²⁰ Proyecto de Ley originado en Mensaje del Ejecutivo N° 508 – 352 del 19 de mayo de 2005 y texto aprobado en primer trámite constitucional en Cámara de Diputados. Texto del 01 de agosto de 2006.

²¹ Los antecedentes de percepciones y sondeos de opinión de diferentes entidades, son coincidentes en asignar a las realidades y problemas relacionados con los derechos al trabajo, a la salud, educación, seguridad y convivencia familiar y vecinal, los más altos índices de conflictividad y preocupación. Ver, entre otras: Encuesta Nacional GENERA – Respuestas Ciudadanas frente al abuso de poder – mayo de 2005. Ver también: Informes Trimestrales – Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas – Nos 1 al 19 – años 2004 – 2006 (2° trimestre).

derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Ley N° 19.938 de marzo de 2004)- y la efectiva implementación, operatividad y eficacia de las normas, planes y programas para el acceso – ejercicio y beneficio a esos derechos económicos y sociales...

Por otra parte, el silencio y/o en todo caso, la no concreción de reformas, propuestas y compromisos de orden institucional (rango constitucional) relativas al necesario mejoramiento del Estado de Derecho, a la promoción y respeto de los DDHH – DESC. ¿Qué puede explicar o justificar que cuando el Estado prepara y presenta su Informe sobre la aplicación del PIDESC en Chile, (más de 200 páginas y Anexos), no haga referencia alguna al sistema de protección y exigibilidad de los ddhh – desc, ni tampoco a la necesaria y varias veces comprometida creación de una Institución Nacional de Promoción y Protección de los DDHH – DESC – Ombudsman y/o Defensor del Pueblo o del Ciudadano...?²²

C. 2. Proyectos del Defensor del Ciudadano y del Instituto Nacional de Derechos Humanos - Análisis y Propuestas desde la Sociedad Civil -

Al llegar a la última fase de nuestro trabajo y reflexión, estamos en condiciones de confirmar –ahora con mayores antecedentes y con la memoria más ordenada y actualizada- que el Estado de Derecho y las nobles tareas que plantean la construcción permanente de la democracia, la convivencia pacífica y el desarrollo con garantías de equidad y dignidad para tod@s, son aún desafíos que cumplir y caminos por recorrer. Que en este andar, constituyen hitos importantes y datos de la causa, el mayor consenso y reconocimiento dados al principio de la supremacía constitucional y a la trascendencia de cumplir con las obligaciones y normativas internacionales. Que el respetar y ser respetados por la Comunidad Internacional forma parte ya del mayor poder y del patrimonio (y no del déficit) político – ético – económico de nuestro país. Constatamos también la comprensión y la aceptación cada vez más extendida y menos resistida de la importancia y trascendencia de los DDHH como base ideológica y referente programático universal, pero también y por sobre todo de aplicación nacional y local. No estamos convencidos sin embargo, de la correspondencia y coherencia existentes entre estos procesos y avances obtenidos de mayor conciencia y valoración de principios y postulados de los DDHH, de la Democracia y del Estado de Derecho con la realidad de la innovación en la producción y concreción de normativas y orgánicas democráticas estructurales de mejoramiento y sostenibilidad del Estado de Derecho en el tiempo.

La comprensión y la aceptación integral de los DDHH viene siendo un largo y difícil aprendizaje para la sociedad chilena. Lograr la verdad, hacer justicia y obtener la debida reparación sobre las violaciones de los ddhh civiles y políticos, ha significado años de inversión política, social y cultural para nuestra debilitada democracia y para el avasallado

²² En las propuestas programáticas de los cuatro Gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia – y en distintas y especiales ocasiones (Informes sobre DDHH – Verdad y Justicia – “No hay mañana sin ayer” – Comisión Valech – “Prisión Política y Torturas” – y otros), se ha planteado esto como prioridad... Ninguno de los proyectos presentados al Parlamento ha prosperado.

Estado de Derecho. La “transición a la democracia” y el pleno funcionamiento del Estado de Derecho y de la institucionalidad, han sido largos y disputados caminos. En el marco de la recuperación y/o de la reconstrucción democrática y más específicamente, en relación con las bases fundamentales –ideológicas, políticas, económicas, sociales y culturales- que constituyen elementos de la esencia de un Estado de Derecho moderno, se han dado pasos y logrado avances significativos en lo que podemos llamar “eliminación y rechazo de los enclaves autoritarios”. Y esto no sólo a nivel de procesos sociales, políticos y culturales, sino también (aunque no totalmente) en el marco normativo institucional de la democracia²³. Sin embargo, y como lo hemos venido advirtiendo, no ha existido la misma ni suficiente convicción ni correspondencia con las necesarias recreaciones e innovaciones normativas e institucionales esenciales a la existencia y sustentabilidad democráticas de un Estado de Derecho, en estos tiempos. Todo pareciera indicar que la institucionalidad, lo principal de las normativas, y el comportamiento de nuestro Estado de Derecho y sus Tres Poderes, no se han visto mayormente influidos ni decisivamente transformados por las nuevas realidades, protagonistas y desafíos de la globalización de la democracia, de la economía y de la vida social y cultural. La aprobación de algunas significativas reformas constitucionales que tienen directa relación y debieran significar consecuencias positivas para el mayor reconocimiento, acceso y protección de los ddhh, y para el mejoramiento de las condiciones de vida de vastos sectores de la población, no han asumido suficientemente la perspectiva de la obligatoriedad, promoción, protección y exigibilidad de los ddhh, y no han tenido a la ciudadanía al centro de las discusiones y elaboraciones ni tampoco como destinatarios y beneficiarios principales de sus propósitos²⁴.

En el caso de los DDHH – DESC, estas incoherencias y/o desproporcionadas carencias, tienen su ejemplar expresión en términos fácticos y consecuenciales en las denunciadas como “escandalosas” pero siempre presentes desigualdades, discriminaciones y abusos de poder que no sólo afectan en su dignidad y derechos fundamentales a muchas familias y personas, sino que también, están a la base de los problemas crecientes de difícil convivencia, inseguridad y violencias que afectan el conjunto de la sociedad, y a la mayor o menor estabilidad y calidad del Estado de Derecho.²⁵

²³ Las Reformas Constitucionales logradas constituyen evidencia en este sentido. Existe también consenso de cambios en áreas, estructuras y normativas todavía vigentes que presentan evidentes signos y/o favorecen posiciones e intereses no democráticos: Sistema electoral – Sistema de Gobiernos Regionales y Provinciales – Ausencia de reconocimiento constitucional y protección de derechos de Pueblos Originarios y sectores importantes de la Población y otras que reconozcan y aseguren mayor participación y poder a la ciudadanía y a sus organizaciones.

²⁴ Además de referirnos a las leyes orgánicas constitucionales ya mencionadas (“educación en ddhh” – “garantías en Salud” – y otros), hacemos memoria también y especialmente a las Reformas de la Justicia Penal, a las de Transparencia y Anti-Corrupción ; las de Financiamiento Político y Electoral; a las Regulaciones Medio-Ambientales y de Recursos Naturales; a las del ámbito Económico – Financiero y Tributario; en fin, a las de Familia y Trabajo y a las relativas a Tratados y Convenios Internacionales que no han sido precedidas ni principalmente orientadas por procesos de consulta y/o participación ciudadana y que en sus primeras aplicaciones, han dejado en evidencia serias deficiencias.

²⁵ Son ya conocidos los estudios e informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD – y de Instituciones Internacionales como la CEPAL y -otras del sistema de Naciones Unidas- que relacionan y con fundamentos, las condiciones de vida de las poblaciones, y los modelos de desarrollo con las características de adhesión, integración y participación de la ciudadanía y la llamada gobernabilidad democrática.

Y pensamos, tienen también expresión ejemplar a nivel institucional y estructural, y para peor de nuestro Estado de Derecho, en la no creación e implementación de una institución de rango constitucional de presencia y cobertura nacional que asegure la defensa, la promoción y la protección de los DDHH de los habitantes de nuestro país. Es precisamente a esta necesidad ciudadana y a esta carencia de la institucionalidad de nuestro Estado de Derecho y del sistema de vida y de gobierno democrático, que nos referiremos a continuación.

Son dos los proyectos elaborados por el Ejecutivo y que se encuentran pendientes de discusión y tratamiento constitucional (y ciudadano), y a las que nos referiremos a continuación. El análisis de ambos, lo haremos en relación tanto con los Principios de Paris, como con las observaciones y principales propuestas que desde la ciudadanía y sus organizaciones se vienen levantando a este propósito²⁶.

C. 2. a. El Defensor del Ciudadano – Proyecto de Reforma Constitucional – Mensaje de S. E. el Presidente de la República Nº 214 – 350 de Noviembre 17 de 2003.

El proyecto del Ejecutivo de Reforma Constitucional tiene como características distintivas:

1. El Defensor que se propone es un órgano constitucional de carácter autónomo, no sometido a la tutela ni supervigilancia de ningún otro órgano público. Tiene personalidad jurídica y patrimonio propio.
2. El objetivo y la misión del Defensor del Ciudadano sería:
 - La defensa y promoción de derechos e intereses vinculados a la actividad prestacional de los órganos de la Administración del Estado y de ciertos servicios de utilidad pública, sean estos suministrados por la propia Administración o por entidades privadas mandatadas. Se trata de la protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos y de utilidad pública, y
 - La defensa, difusión y promoción de derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución.
3. Para cumplir con sus objetivos el proyecto propone varios instrumentos: La inspección para determinar la existencias de acciones u omisiones que representan vulneración de derechos; la emisión de informes y recomendaciones de carácter no vinculantes; el ejercicio de acciones judiciales ante actos y omisiones de los órganos de la Administración que afecten derechos e intereses colectivos; formular sugerencias y recomendaciones para mejorar la satisfacción y promover el mejoramiento permanente de la protección de servicios públicos y de utilidad pública.

²⁶ Son varias las organizaciones y agrupaciones ciudadanas interesadas y activas en el tema. Entre ellas, y con dedicación especial, está el Capítulo Chileno del Ombudsman, creado en 1985, y con vinculación al movimiento internacional y Redes de Instituciones Nacionales de DDHH y Ombudsman.

4. La Defensoría del Ciudadano no tiene atribuciones jurisdiccionales, ni resolutivas ni sancionatorias.
5. El Defensor del Ciudadano, como 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 miembros en ejercicio y en sesión especial. Requiere ser abogad@ y tener a lo menos 10 años de título profesional, haber cumplido 40 años de edad y tener las demás calidades de ciudadano con derecho a sufragio.
6. Se propone una duración de 5 años en el cargo, renovable por una sola vez y cesando en el cargo al cumplir 75 años de edad. Gozará de inamovilidad y es inviolable y tiene fuero por las opiniones que exprese en sugerencias, recomendaciones e informes. Tiene responsabilidad política, puede ser acusado constitucionalmente por notable abandono de deberes, y no puede optar a cargos de elección popular hasta cinco años de concluido su cargo.

Debemos dejar registrado aquí que el mensaje y proyectos del Ejecutivo no ha tenido tratamiento alguno desde su introducción al legislativo; que este Mensaje y Proyecto es esencialmente el mismo que había sido presentado al Senado en octubre del año 2000; y que por Decreto Supremo 65 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del 26 de Julio de 2001, se creó la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, con la función de promoción y protección de los derechos de las personas frente a la actividad de la Administración²⁷

C.2.b – El Defensor o la Defensoría del Pueblo – Las voces de la Sociedad Civil –

Las Organizaciones de la sociedad civil que se dedican a la promoción, defensa y protección de los ddhh – desc, - además de atender y apoyar las reclamaciones y renuncias de casos – se han asociado y trabajado juntas en reiteradas ocasiones y a propósito de este tema.²⁸ La elaboración del Informe de la Sociedad Civil sobre el estado de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales en Chile (2003) y su presentación ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones

²⁷ La Comisión Asesora Presidencial – llamada también “Comisión Defensora Ciudadana” – tuvo desde su origen el propósito de ser una iniciativa experimental y de avanzada para una instalación definitiva de la Defensoría del Ciudadano. En sus ya cumplidos cinco años de funcionamiento ha conocido cerca de 4000 reclamaciones y emitido 19 informes trimestrales (al 2º trimestre de 2006).

²⁸ Durante el período 2003 – 2004 – 2005 la convocatoria y realización de talleres regionales (11), del Seminario “el Defensor que queremos” (Valparaíso y Región Metropolitana) y del Encuentro Internacional “Un Defensor del Pueblo para Chile”, momentos Decisivos” – Congreso Nacional – Valparaíso – con la presencia de Defensores de varios países del Continente, constituyeron momentos importantes de la promoción y argumentación ciudadana de la iniciativa... Tal como lo hemos hecho ver en las instancias regionales e internacionales competentes, pareciera no existir voluntad política ni interés democrático e institucional entre las autoridades y mandatarios de la institucionalidad del Estado, para innovar y darle al Estado de Derecho y a la Ciudadanía, una eficaz herramienta de promoción y protección de los ddhh.

Unidas (2004) fue también un momento importante para conocer las quejas y demandas específicas de los distintos sectores de la población y sus propuestas respecto al rol, perfil y funciones del Defensor del Pueblo. Es una Síntesis de todo ello que hacemos a continuación.

1.- Percepción de vulneración de derechos

Entre los distintos sectores de la población – especialmente de la clase media empobrecida y de los grupos de menores recursos y mayormente vulnerables, prevalece una percepción negativa de dificultades de acceso y discriminación. Así el mundo de las personas con discapacidades da cuenta de las dificultades que experimentan para el ejercicio de sus derechos, (en el campo de la prevención, de la rehabilitación y de la inclusión social). Las organizaciones de mujeres destacan las dificultades para acceder a los servicios de salud, a cargos de dirección, la falta de políticas y programas especiales para la promoción de derechos hacia niños y adolescentes, la desconsideración y adecuado tratamiento de los derechos sexuales y reproductivos. L@s jóvenes perciben y reclaman porque sus derechos sólo son reconocidos en la medida en que ingresan al mercado, vía consumo o crédito, que son objeto de abiertas, públicas y “hasta oficiales” discriminaciones (lenguaje – referencias en medios de comunicación). A su vez, los Pueblos Indígenas o Pueblos Originarios dan cuenta de privaciones y discriminaciones en el acceso y ejercicio de sus derechos: Las leyes dictadas por el Estado no son respetadas por el mismo Estado (caso Alto Bío Bío y otros); no ratificación del convenio 169 y reconocimiento constitucional; aplicación indiferenciada y no reconocimiento de la cultura, usos y normas sociales y jurídicas indígenas al aplicarse las normas de la reforma penal y otras legislaciones; falta de autonomía y de representación de la CONADI como institución de desarrollo Indígena. Las distintas agrupaciones de migrantes denuncian los vacíos legales que afectan la situación y derecho de sus hij@s, maltratos y discriminaciones que sufren mujeres y hombres por parte de funcionarios, autoridades e incluso por los propios medios de comunicación. En fin, las distintas agrupaciones de la sociedad civil y las personas que se han acercado a las diferentes instancias en donde se pueden hacer efectivas las denuncias, dan cuenta de abusos de poder, de la falta de acceso a la justicia y a la información, al respeto y no discriminación a las minorías sexuales. Hay muchas más quejas...

2.- Perfil y Funciones del Defensor del Ciudadano o Defensoría del Pueblo

Como características esenciales a la institución del Defensor, (se prefiere en todo caso, hablar de la Defensoría) se reclama que sea autónoma y ejercer un rol crítico respecto de los órganos e instituciones del Estado, que debe ser proactiva (y no sólo asistencial) muy vinculada en su accionar con la sociedad civil y sus organizaciones, que facilite y canalice modalidades de participación, que sea independiente del poder político y económico, que contemple la participación o la existencia de defensorías específicas para los derechos de las mujeres, de pueblos indígenas, de niños y niñas menores, y que tenga una amplia y eficaz cobertura nacional, regional y local para que se pueda representar y defender los derechos de l@s que no pueden hacer oír su voz.

De manera más ordenada y adecuada a los cánones de una propuesta de normativa sobre el tema, desarrollamos a continuación ocho puntos²⁹ que permitirían definir e implementar una Defensoría del Pueblo en Chile acorde y coherente con las necesidades de promoción y protección de los ddhh (incluyendo desc) de toda la población (incluyendo en sentido amplio “la ciudadanía”), y constituyéndose en un aporte e innovación trascendental para nuestra democracia y Estado de Derecho

1) Naturaleza y Nombre de la Institución

Órgano Constitucional Autónomo, con patrimonio y personalidad jurídica propios, independiente de toda otra autoridad. La autonomía y la independencia son esenciales. La consagración constitucional puede ser posterior a su creación legal con las desventajas consecuentes.

Se propone como nombre “Defensoría del Pueblo” y su titular, Defensor o Defensora del Pueblo. Se ha argumentado en contra de la denominación “del ciudadano” por la definición restringida de ciudadanía que hace nuestra Constitución.

2) Finalidad y Objetivos

Su Finalidad es la promoción, tutela y protección de todos los derechos humanos, consagrados en las leyes, en la Constitución y en los tratados e instrumentos internacionales vigentes, incluido el interés público y los intereses difusos y colectivos. La Defensoría no puede limitarse a la sólo relación con los derechos de los usuarios ante la Administración del Estado, y debe incluir en su acción de promoción, de tutela y protección todos los derechos humanos.

3) Organismos y Servicios Observados y Objeto de las Actuaciones.

Cualquier Organismo de la Administración del Estado, centralizada o descentralizada, y los servicios privados o públicos que deben satisfacer necesidades públicas y/o derechos de la población. Sin limitación ni excepciones de ningún tipo para las labores de prevención.

La Defensoría conocerá, investigará y evaluará la observancia o vulneración de los derechos humanos, a partir de quejas o de oficio, preservando que las entidades competentes cumplan con su finalidad y obligaciones de servicio a las personas y a la comunidad. La Defensoría es co - adyuvante y no reemplaza ni debe asumir las obligaciones de los órganos y servicios cuestionados.

4) Nombramiento y Requisitos del(a) Titular.

Ser nombrado por la Cámara de Diputados, o ambas Cámaras, a propuesta (terna o no) del Presidente de la República. Deberá cumplir con requisitos generales de idoneidad y asegurarse su independencia, a través de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio del cargo. Gozará de inamovilidad y fuero similar a los parlamentarios. Se deben contemplar mecanismos previos de consulta, participación y postulación para y de la ciudadanía, y las organizaciones de la Sociedad Civil. Se buscará evitar cualquier elitismo, discriminación y complejidad en los procedimientos y requisitos para la elección del cargo.

5) Duración y Responsabilidad.

²⁹ Corresponden con el planteamiento aprobado y actualizado por las últimas Asambleas Generales del Capítulo Chileno del Ombudsman – Abril 2004 – Junio 2005 – Mayo 2006.

Cinco años de duración con posibilidad de nuevo nombramiento por un solo periodo consecutivo. Prohibición de postular a cargos de representación popular por un lapso de tres años.

Se propone – además de la responsabilidad constitucional por “notable abandono de deberes” – una responsabilidad de iniciativa y control ciudadano, que habría que considerar a nivel constitucional.

6) Modalidades de Acción y Procedimientos

La Defensoría del Pueblo puede actuar de oficio o mediante quejas o denuncias, de fácil, informal, transparente y gratuita interposición y trámite. Deben contemplarse formas de actuación directa (presencia – mediación – audiencia – interlocución con entidades ciudadanas – otras de la misma índole). El resultado de su accionar debe traducirse en Informes – Conclusiones – Recomendaciones, todas sin *imperio* ni vinculantes. La Defensoría podrá interponer acciones judiciales para la protección de todos los derechos humanos e intereses colectivos o difusos o individuales de interés público. Anualmente presenta Informe Público ante la Cámara de Diputados y la Ciudadanía.

Otros órganos públicos también pueden solicitar la intervención de la Defensoría. El (la) titular de la Defensoría podrá interponer recursos y acciones judiciales de tutela (amparo y protección) de derechos humanos en representación de los afectados.

7) Facultades

Se trata que sus facultades sean lo más amplias posible dentro del ámbito de sus competencias y de la naturaleza de sus funciones. Se deben considerar facultades de investigación; de crítica y proposición, incluyendo recomendaciones de políticas públicas; de representación.

8) Organización y Ámbito Territorial.

Se organiza conforme a su ley orgánica constitucional, contemplando Defensor(a) del Pueblo, Defensores Adjuntos, Defensorías Especializadas por ámbitos de derechos y/o sectores más vulnerables de la población y con una planta de funcionarios adecuada. La organización y el funcionamiento deben contemplar modalidades de participación de la ciudadanía y sus organizaciones. El financiamiento debe estar asegurado en el presupuesto nacional sin perjuicio de recibir aportes y colaboraciones de la cooperación internacional y bajo distintas modalidades. Puede considerarse como organismo colegiado tipo Comisión Nacional. En todo caso, debe excluirse y/o limitarse la presencia de representantes de la Administración del Estado. Que sea un órgano nacional desconcentrado, con presencia en todas las regiones del país, que pueda celebrar convenios con otros órganos autónomos y cooperar con organizaciones de la sociedad civil.

En relación con nuestra legítima pretensión de argumentar y proponer en orden a la mayor promoción y protección ddhh – desc y a su total reconocimiento y aplicabilidad por todas las instituciones de la Administración Pública y del Estado de Derecho, la institución de la Defensoría del Pueblo, deberá reconocer y respetar como principios y criterios de actuación, la promoción y defensa de los valores constitucionales; la defensa del Estado de Derecho y del orden democrático; la defensa de los DDHH; la equidad; la transparencia; el principio de subsidiaridad y la rendición de cuentas. Los bienes jurídicos tutelados por esta nueva institución de Estado, serían los derechos fundamentales, los derechos constitucionales, los derechos humanos; la legalidad y equidad de los actos u

omisiones de la administración y servicios públicos; el cumplimiento de los deberes de función las autoridades, funcionarios y servidores públicos; y los intereses de incidencia colectiva, los intereses difusos y los susceptibles de ser reclamados mediante acciones públicas. En el campo de las funciones y atribuciones a considerar tratándose de un órgano de la nueva institucionalidad de un Estado de Derecho, Democrático y con responsabilidades como miembro de la Comunidad Internacional, la Defensoría del Pueblo debe promover la ratificación de los tratados internacionales, su desarrollo legislativo y correcta aplicación; debe difundir el contenido de los instrumentos internacionales en la materia, y debe poder recurrir a las instancias internacionales de protección de los DDHH y desarrollar las mejores relaciones de cooperación y colaboración con las instituciones de promoción de los derechos humanos a nivel internacional³⁰.

C. 2. c. El Instituto Nacional de Derechos Humanos – Proyecto de Ley – Mensaje de S. E. el Presidente de la República Nº 508 – 352 de Mayo 19 de 2005 – Modificaciones de la Honorable Cámara de Diputados y Observaciones desde la Sociedad Civil.

El Proyecto de Ley del Ejecutivo, con las modificaciones aprobadas por la Honorable Cámara de Diputados, tiene como características distintivas las siguientes:

1.- El Mensaje original, en sus páginas iniciales y a manera de justificación, hace mención explícita a compromisos anteriores del mismo Ejecutivo, al proyecto de reforma constitucional de creación del Defensor del Ciudadano y al hecho de que nuestro país – junto con Brasil y Uruguay – es el único en no disponer de una Institución Nacional de Derechos Humanos. Asimismo intenta una síntesis bastante simplificadora de información sobre modelos comparados y termina por hacer un recordatorio de los Principios de París y de las Recomendaciones de Naciones Unidas, para concluir proclamando que “el proyecto toma en cuenta los modelos comparados y se ciñe estrictamente a los Principios de París y a nuestra historia reciente”. Al finalizar el texto introductorio del Mensaje, y (“Palabras Finales”) se vuelve a reiterar que “con este proyecto entonces, se cumple un compromiso de este gobierno; también con una propuesta de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura; se asume un compromiso internacional de nuestro país, y finalmente, se acoge una necesidad de nuestra institucionalidad”³¹.

2.- En el texto de sus 17 artículos, el proyecto de ley, con las modificaciones incluidas, se refiere más concreta y claramente al ámbito y funciones (1º al 7º); a la organización (8º al

³⁰ Sobre el marco constitucional legal del Defensor del Pueblo en Iberoamérica, ver Jorge Santistevan de Noriega, Primer Defensor del Pueblo de Perú y consultor experto en Derechos Humanos, “El papel y el lugar de las instituciones nacionales en el avance de la democracia y de los derechos humanos” – en, Retos actuales de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos – Comisión Nacional de los Derechos Humanos – México – 2004.

³¹ No está demás recordar que en Noviembre 2004, el Estado de Chile, había recibido el Informe “Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas”, conteniendo Sugerencias y Recomendaciones explícitas y específicas sobre el tema.

12º) a la gestión (13º al 15º), al patrimonio del Instituto (16º), y al Premio Nacional de los DDHH (17º), estableciendo cinco artículos transitorios.

3.- El proyecto – una vez revisado y modificado por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Honorable Cámara de Diputados y recibiendo opiniones de destacadas autoridades especialistas en el tema – fue aprobado por ésta y pasó al Honorable Senado con fecha 01 de agosto de 2006.

4.- Presentamos a continuación algunas observaciones preliminares, aclarando que ellas están enmarcadas y determinadas por una lectura preliminar y una revisión no exhaustiva del texto del Mensaje y sus modificaciones y que no son el resultado de un trabajo de análisis compartido³².

Una primera y fundamental observación que cabe hacer al proyecto original (Mensaje), es que desarrolla un concepto restrictivo de los derechos humanos excluyendo aquellos derechos humanos reconocidos por Tratados Internacionales que no han sido ratificados por Chile y haciendo implícita así y reiterando la interpretación de no exigibilidad y protección jurisdiccional de los ddhh – desc no contemplados por el artículo 20 de la Constitución. Esta definición (artículo 3º del proyecto) no considera en particular las sugerencias y recomendaciones 29 – 30 – 31 de las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – del Consejo Económico y Social de N.U. y de aprobarse constituiría un grave retroceso en la dinámica – hasta ahora progresiva – de la aplicabilidad y exigibilidad de todos los ddhh.

Siempre en el ámbito de las competencias y en relación con la efectiva concordancia con los Principios de París, el proyecto del Ejecutivo para la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, presenta como principal omisión la no atribución de la facultad de recibir, procesar, investigar y adoptar recomendaciones respecto de quejas o denuncias individuales.

Por otra parte, y reafirmando lo anterior, el proyecto con su modificación, al señalar las atribuciones especiales que le corresponderán al Instituto, en su artículo 4º - Nº 2 expresa: “Comunicar al gobierno y a los distintos órganos públicos que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones, prácticas o actuaciones que infringen o sean contrarias a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país”, y en el Título II, “de la Organización”, al definir la composición y modo de funcionamiento del órgano superior – el Consejo – pone como condición para la adopción de decisiones en el caso del artículo 4º Nº 2, el requisito excepcional de los dos tercios de los consejeros en ejercicio (Artículo 8, inciso final).

³² A la ocasión de la presencia en Chile (2, 3, 4 de octubre) de la Misión de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de N.U. y de la Red de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, el Departamento de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores organizó el Taller: “Los Principios de París y los Proyectos de Defensor del Ciudadano y del Instituto Nacional de Derechos Humanos”. Allí se puso en evidencia la necesidad de completar y complementar el proyecto; al mismo tiempo, de aclarar y mejor definir su carácter específico de institución de Promoción y Difusión de los DDHH, y de confirmar la necesidad de concretar pronto la creación del Defensor del Ciudadano – Ombudsman -

En materia de independencia y autonomía – cuestión que es esencial para la existencia y funcionamiento de toda Institución Nacional de Derechos Humanos – el proyecto crea un Consejo como órgano de Dirección Superior e integrado por seis consejeros y le concede el derecho al nombramiento de dos al Presidente de la República, y de uno a cada una de las ramas del Poder Legislativo. Es decir, cuatro consejeros (de seis) serán designados (de la confianza) de los Poderes del Estado y de su Administración. Lo anterior unido con la regla de la mayoría para la adopción de decisiones del Consejo y aún más, con la excepción de los 2/3 exigidos para ejercer la atribución de “comunicar al gobierno y a los distintos órganos públicos que estime convenientes, su opinión al respecto de las situaciones, prácticas o actuaciones que infrinjan o sean contrarias a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país” (Nº 2 del artículo 4º), ponen en manifiesta duda el carácter de independencia del Instituto.

D. PALABRAS FINALES

A manera de constatación final (y no de conclusión), pareciera que podemos (queremos) confirmar la importancia y la necesidad de avanzar en esta nueva institucionalidad para nuestro Estado de Derecho. No se trata de “cualquier burocracia” ni de “otra comisión más”. La Institución Nacional de DDHH, llámese como se llame, debe corresponder con los “Principios de París”, tener rango constitucional, autonomía y atribuciones suficientes para ser y hacer efectivas, la promoción y la protección de los ddhh en toda su integralidad. El país, la institucionalidad democrática, el Estado de Derecho y nuestro proyecto nacional como Sociedad de personas responsables y vinculadas a nivel Humanitario e Internacional, requiere de esta innovación. Somos de aquellos cuyas convicciones nos comprometen con la acción. Junto a y en colaboración con otras muchas organizaciones y grupos ciudadanos e instituciones, queremos hacer nuestro aporte. La mejor promoción y la efectiva protección de los ddhh – desc es también nuestra tarea. La construcción de una sociedad más justa, de una democracia más participativa y de una convivencia pacífica y amigable, son metas que podemos lograr. Por esto es que estamos y seguiremos activos.

ANEXO

**Propuesta de Taller para la Acción
“DDHH – DESC en Chile: mitos a derrumbar – hitos a construir”**

**MITO I:
“Los DESC son DDHH de 2ª categoría...No obligan a los Estados ni son exigibles”**

Argumentario:

DDHH → Origen Histórico → Fin esencial → DH
→ Evolución Histórica → Justicia y Democracia → Convivencia Pacífica

DDHH – DESC → Sistema Internacional de Protección

- Pacto DESC – (PIDESC) – UN
- Convención Americana DDHH – OEA –

**DDHH–DESC→DDHH–
Garantías Fundamentales →
Órganos de Control y Exigibilidad**

- Sistema Internacional → ONU
→ OEA
- Sistema Nacional → Constitución Política
→ Poderes del Estado
→ Sociedad Civil → Acción
→ Informes
→ Quejas

Propuestas:

- Firma y Ratificación “Protocolo de San Salvador” – Adicional a Convención Americana sobre DESC – OEA – 1988 – y otros Convenios y Convenciones Especiales → Compromisos
- Conocimiento – Difusión → Campañas
- Control – Fiscalización → Acciones Ciudadanas

<p>MITO II: ”Los DESC son a lo más un imperativo ético y su vigencia y efectividad tiene que ver con las políticas y programas sociales vigentes y a la disponibilidad de recursos”</p>		
<p>Argumentario:</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • Evolución y Redefinición “doctrina DESC” (de reactivo a pro-activo) 	<p>Desarrollo Democracia Justicia</p>	<p>Ciudadanía Incluyentes Acceso y Beneficios</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Evolución y Redefinición PODER (de víctimas a protagonistas) 	<p>Estado Mercado Sociedad Civil</p>	<p>Nuevos Escenarios Nuevos Protagonistas Nuevas Obligaciones</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Evolución y Consecuencias GLOBALIZACIÓN (Ciudadanía Internacional) 	<p>Jurisdicción de Honor Poder Blando</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Evolución Político – Ideológica (Plano Nacional) 	<p>Los DESC como parte integral de procesos y políticas de desarrollo</p>	
<p>Propuestas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acuerdo de Coordinación y Plan de Acción S.C. pro “Promoción y Protección DESC” • Conocimiento y Difusión Herramientas DESC→ (Plano Nacional - Plano Internacional) • Plan y Programas de Control y Seguimiento Obligaciones Internacionales Estado: Informes Nacionales – Informes Sociedad Civil – Recomendaciones Internacionales. 		

MITO III:
”En Chile estamos todos satisfechos. Respetamos los ddhh y la Sociedad Civil cumple bien con su rol. Los que dicen lo contrario son malos chilenos(as)”

Argumentario

- ↳ Diagnóstico – Análisis y Cifras → Tremendas Desigualdades (estructurales)
- ↳ Informes - Análisis y Quejas → Insatisfacción Ciudadana (Acceso - Beneficio DESC)
- ↳ Informes – Constataciones y Recomendaciones → Requerimientos Internacionales
- ↳ Casos – Sectores Discriminados y Abusos → Recursos de Protección + Internacional (?)
- ↳ Sociedad Civil – Diversidad Actores – Diferentes Iniciativas...
Debilidades a superar → Nacionales
→ Internacionales

Propuestas

- Acción(s) coordinada(s) OSC frente al Estado y sus obligaciones. Una Plataforma Consensuada – Red Nacional de Acceso a la Justicia y Mesa Micro-Red de DDHH.
- Participación e Incidencia OSC en Proyectos de Ley – Políticas y Programas relativos a Acceso a la Justicia – Promoción y Protección DDHH – Defensoría del Pueblo – Participación Ciudadana – Acceso a la Información – Defensorías Ciudadanas Locales – Instituto Nacional de Derechos Humanos.

