

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1996

### DEBATES POLITICOS

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 14 / 1996



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1996

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 14  
1 9 9 6

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Austral de Chile, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Temuco, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Central, Universidad de Concepción, Universidad de Valparaíso, Universidad de Las Condes, Universidad La República, Universidad del Mar, Universidad Diego Portales y Universidad Internacional SEK.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,  
Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1996

### DEBATES POLITICOS

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1995 - 1997)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

## PRESENTACION

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social se complace en presentar el N° 14 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Esta obra se edita ininterrumpidamente desde 1983 y el presente número corresponde al año 1996.*

*Como es habitual, el volumen se inicia con la sección "Estudios", en la que se incluyen trabajos de distintos autores acerca de temas de interés en el campo de la filosofía jurídica y social.*

*Sigue a continuación la sección "Debates", en la que se reproducen los textos de dos discusiones públicas que tuvieron lugar en la prensa nacional durante 1996, una sobre el liberalismo y otra sobre las relaciones entre ética y legislación. Concluye esta sección con un trabajo crítico de Manuel Manson, titulado Democracia, moral y verdad.*

*En la sección "Documentos" se publican Las tareas de la filosofía, texto de N. Bobbio, N. Abbagnano y A. Banfi; La idea de la pureza de las ciencias sociales, de Alf Ross; Positivismo jurídico y doctrina del derecho natural, de Hans Kelsen; y La concepción de Libertad-poder de Friedrich Von Hayek, del filósofo chileno Jorge Millas.*

*Por su parte, en la sección llamada "Aniversarios", se reproducen contribuciones de Manuel Manson acerca del cuarto centenario del nacimiento de Descartes, del cincuentenario de la publicación de la obra de García Maynez La axiomática jurídica y el derecho de libertad, y de los 350 años del nacimiento de Leibniz y de los 100 años de la publicación de la obra Prolegómenos a la lógica pura.*

NOTAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DEL OMBUDSMAN  
EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO

CHRISTIAN ALFARO MUIRHEAD \*

*I. Consideraciones preliminares*

El establecimiento y consagración constitucional del sistema del defensor del pueblo o comisionado parlamentario en el ordenamiento jurídico nacional trae, así fuere como una consecuencia no buscada, la vuelta a sus quicios naturales del planteo, respeto y defensa de los derechos fundamentales del hombre en el moderno estado democrático-representativo. Chile inicia con ello una clara desexorcización en el ámbito propio de su historia y tradición políticas (1). La introducción del Ombudsman, en su rango de norma constitucional, lleva y conduce al fortalecimiento de la cultura cívica de nuestro pueblo conformado, hoy en día, dentro de los difíciles y abstractos marcos de una sociedad tecnocrática de masas (2).

---

\* Juez de Letras.

1. *Crisis de la esperanza, religión y autoritarismo en Chile*; Humberto Lagos Sch., Ed. Lar, 1988. Asimismo, la desintoxicación ideológica apenas ha sido tocada y en cuanto a la desindexación de nuestra economía, pareciera haberse alcanzado más de algún logro.
2. Jorge Millas prefiere llamarla sociedad técnica de masas. Ver *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 2, dedicado especialmente a su pensamiento y obra, Edeval.

El ombudsman chileno está llamado a recoger, en nuestro sistema jurídico, las insatisfacciones más insidiosas en relación al sano respeto de nuestras instituciones político-representativas por el único ser social al que se deben en su origen y al que sirven en su espíritu: el soberano, el pueblo, fuente primera y última del poder, en varias de sus determinaciones, en cualquier estado auténticamente democrático.

Excesivo, prolongado en demasía quizás, ha resultado el largo paréntesis constitucional en la historia de Chile. Con todo, como consecuencia de ello, por otra parte, sus habitantes se muestran hoy poco dispuestos a reiterar, en lo futuro, un desaprensivo abandono, de toda esperanza en una verdadera y auténtica convivencia democrática.

Ahora bien, el ejercicio de los derechos fundamentales del hombre es el corazón mismo de ese estilo de vida que hoy anhelan los chilenos en su inmensa y más significativa mayoría.

Ese ejercicio diario, institucionalmente constante y permanente en nuestra vida ciudadana, es un capítulo no considerado, realmente, en nuestra historia constitucional. Significaría muy poco que nos enorgulliciésemos con su temprana consagración constitucional en ese pasado ya lejano de la constitución proyectada de 1818. La práctica del defensor de los derechos del pueblo es para nosotros, una realidad jurídica institucional, desconocida (3).

Bueno es señalarlo así. La generosa y abnegada defensa de los más sagrados derechos del hombre, en el Chile posterior al quiebre constitucional de 1973, y que liderara, fundamentalmente, la Iglesia

3. *El Ombudsman. Orígenes y Extensión de la Institución*; Hugo Caldera Delgado, *Manual de Derecho Administrativo*; Ed. Jurídica, 1979, pág. 374 y ss. Declaraciones de Alejandro Silva B. al diario La Epoca, 24 de octubre de 1989. Ver también el comentario al artículo 54 de la Constitución española de 1978, de José Belmonte quien señala: "La defensa de la Constitución ha de entenderse como una misión judicial, la figura del Defensor del Pueblo puede resultar de gran utilidad, pero siempre que se la configure como una magistratura de opinión según diría el conocido Juez constitucional italiano, La Pergola, y no como una magistratura de acción judicial". *La Constitución, texto y contexto*, Ed. Prensa Española, 1978.

Católica de nuestra patria (4), con todo lo heroico que fueron sus esfuerzos, constituye, pues, el inicio de una praxis que deberá probar su eficacia cautelando de los más esenciales valores sobre los que descansa la propia convivencia democrática: El hombre común, el ciudadano concreto y determinado, con sus anhelos y perplejidades, cuando no deberá contar con su avasallamiento liso y llano por las tecnoestructuras del Estado Moderno.

Estado, derecho, fuerza y sociedad han venido a parar, en los tiempos actuales, en un solo gran todo de extraordinariamente difícil y complejo discernimiento (5). El hombre, la persona, esa inflexión connatural a una auténtica civilización democrática aparece, pues, como una esencia evanescente, lo cual viene a significar, a fin de cuentas, y yendo más allá de cualquier literatura, una inexistencia prácticamente irremediable (6). Desaparecido el hombre por las artes de la magia tecnocrática, iluminado o no por las opacidades de ese neón igualador en exceso, desaparece también su praxis irremplazable, y, con ello, viene sibilina la costumbre peligrosa de dejar a la democracia, incluso a la idea misma, extinguirse en su propia inanición, desprevénida e inerte.

Los defensores del pueblo, como instituciones capaces de asumir las fallas o imperfecciones prácticas del sistema democrático, desde el seno mismo de su vida y ejercicio diario de las más significativas instituciones políticas y jurídicas es, claramente, un invento de la Europa septentrional. Ha mostrado ser, a juzgar por su receptividad en el mundo cada vez menos ancho y ajeno, una buena invención. (7). Se ha extendido, pues, hacia los estados meridionales. Ha-

4. *Represión política y defensa de los derechos humanos*; Hugo Frühling E., compilador y editor, Cesoc, 1986. Mensaje. *Testimonio en la historia 1971-1981*. Selección de artículos de Derecho y Justicia.

5. Contribución a la crítica de la función jurisdiccional en el estado moderno, Ch. Alfaro 1987, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6.

6. *La insoportable levedad del ser*, Milan Kundera, novela. Ed. Tusquets, 1986.

7. *El Ombudsman o defensor del pueblo y el Poder Judicial en Suecia*; Anders Wigelius, Defensor del Pueblo de Suecia. Instituto de Estudios Judiciales, Chile, 1989. *El Ombudsman o Comisionado Parlamentario*; Marcos Libedinsky Tsh. El Mercurio, 8 de abril de 1988.

ce ya tiempo que, en su universalización, llegó a Latinoamérica. Es también un hecho de la causa que la institución tiene su origen, cuestión que más bien la prestigia, en un medio social y cultural que desconfía enormemente de todo abstraccionismo (8).

Lo anterior debemos, entonces, asumirlo como un sano reconocimiento a las culturas que muestran, frente a las nuestras, un delicado cuando no un honesto respeto por los hechos (9). En suma, la democracia, el derecho, el estado, en la praxis diaria del ejercicio de los derechos ciudadanos, son pues hechos de nobilísima materia.

A manera de corolario con lo ya expresado, podríamos asumir, sin graves riesgos de índole teórico-jurídica, que los ombudsmen afinan su papel histórico precisamente en esas tradiciones culturales. Nosotros, en cambio, es ya un lugar común así admitirlo en nuestra formación constitucional, nos hemos aficionado, con mayor o menor sonoridad, por los derechos programas más que por los hechos de los derechos. Quizás, haya sonado ya la hora entre nosotros para que invirtamos, también, con esa antigua práctica nuestra.

Ahora bien, a los efectos de fijar con cierta mayor nitidez los perfiles con que concebimos la introducción de los ombudsmen o defensores del pueblo en nuestro ordenamiento jurídico, preciso es destacar, pues, su incorporación dentro de un conjunto de instituciones jurídico-constitucionales que deberán, necesariamente, consagrar-

8. Como dato ilustrativo de esta actitud mental del mundo escandinavo léase lo siguiente: "Olivecrona alternó el ejercicio profesional con sus estudios filosóficos, y en 1928 obtuvo el grado de doctor en derecho, versando su tesis sobre el concepto de la personalidad jurídica en el derecho romano y en el moderno. Actuó como profesor. Adjunto de derecho privado en la Universidad de Upsala y después fue trasladado a la de Lund como profesor titular de derecho procesal. Es de señalar que en Suecia no existen cátedras de filosofía del derecho, y ello explica que Olivecrona se desempeñara como profesor de derecho positivo". Presentación de Gerónimo Cortés Funes al libro de Karl Olivecrona, *El Derecho como hecho*, Lund, Suecia, Julio 1939, Ed. Depalma, 1959, Argentina.

9. Piénsese en la actitud de Guillermo de Baskerville y su discipulato frente a Rogerio Bacon según lo concibe Humberto Eco en su novela *El Nombre de la Rosa*, o en el film *Blowup* de Antonioni en la década de los 60; rico en sugerencias acerca del problema del punto de mira. (Basado en el cuento de Cortázar, *Las Babas del Diablo*).

se durante el próximo período modificatorio de la Constitución de 1980 (10).

A todas luces, atendida la naturaleza reactiva de la institución, su carácter promotor de debates ético-jurídicos en el seno de la sociedad, el defensor del pueblo supone, para su mejor ejercicio y una mayor eficacia de sus intervenciones ante los poderes del Estado, una democracia viva, perenne y dinámica, receptiva a las necesidades y adaptaciones institucionales del soberano, esto es, un cierto desarrollo del Parlamento clásico en nuestro sistema democrático o, al menos, un presidencialismo algo atenuado, según el modelo francés en el derecho constitucional comparado (11). Piénsese, únicamente a vía de ejemplo, en la posible entronización, en nuestro medio legal, del ombudsman militar según el modelo alemán de la Constitución de 1949 (12).

Asimismo, tratándose del ombudsman judicial, según lo señalamos más adelante, conveniente resulta, también, la consagración constitucional de un Consejo Superior de la Magistratura (13), órgano llamado a aplicar, en definitiva, las medidas disciplinarias, correctivas o de política judicial, ante los requerimientos que por su parte señala el defensor del pueblo o comisionado parlamentario, según los casos, independientemente de su función interventora en los procesos que incidan en una defensa clara y destacable de los derechos fundamentales que en ellos se desconozcan.

Por último, también a modo únicamente ejemplar, precisa el defensor judicial del pueblo, para el ejercicio y asunción de sus de-

10. Informe del grupo de los 24, Revista Hoy, 17 de octubre de 1979.

11. Francisco Cumplido C., *El presidencialismo ha fracasado*. Revista Análisis, 1989. Arturo Valenzuela, Revista de Estudios Públicos, Primavera 1989.

12. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Maurice Duverger. Ariel, 1984.

13. Alejandro Silva B., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Principios, Ed. Jurídica, 1963; *El Poder Judicial Chileno, su crisis actual y vías alternativas de solución*, Humberto Nogueira A., Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1983.

nuncias, la existencia, reconocida constitucionalmente, del principio de unidad de jurisdicción, o lo que es lo mismo, la extinción de los tribunales especiales o excepcionales que tienen como efecto, jurídicamente recusable, romper la continuidad de la vigencia de las garantías inherentes al debido proceso de todos y de cada uno de los ciudadanos del Estado (14).

## II. Fuentes potenciales de desajustes institucionales en el sistema democrático chileno

a) La judicatura y su función en el crecimiento espiritual de nuestra Sociedad Civil.

Según lo señaláramos en las líneas precedentes, la judicatura nacional, esto es el Poder Judicial en Chile, se ha caracterizado, no sólo en estos últimos años de régimen castrense sino que desde hace ya varias décadas, por una notoria ausencia frente a una salvaguarda permanente de los derechos más fundamentales de nuestros ciudadanos. Ello, en definitiva, no ha sido obra ni puede atribuirse a alguna mala voluntad personal de sus componentes más representativos. Ha sido el resultado natural de una estructura social periclitada, despojada, por el transcurso de los tiempos y modificaciones esenciales de nuestros hábitos y necesidades, de sus fines ético-pedagógicos (15). El quehacer básico de la judicatura, la administración de la justicia en el seno de nuestra sociedad, ha ocurrido paralela, imperceptible, al decurso de los afanes diarios de nuestras existencias, individual y colectivamente. Su significación social y personal en la vida corriente de la mayoría de nuestros ciudadanos es mínima, cuando no aparece desacreditada hasta en sus cimientos en la opinión final de sus destinatarios (16).

14. *La creación de derecho por los jueces*; Ch. Alfaro, Instituto de Estudios Judiciales; Documentos, Julio 1989.

15. Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como obstáculo al cambio social*; Ed. Siglo XXI, 1975, México.

16. *Formación y Perfeccionamiento de los Jueces*; Cuadernos de Análisis Jurídico N° 8, varios autores. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, e innumerables artículos de prensa y revistas generales o especializadas de los últimos 20 años.

Ahora bien, resulta claro que la creación o establecimiento de dos institutos de naturaleza constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, el Consejo Superior de la Magistratura y el Principio de Unidad de Jurisdicción, pudieran no resultar suficientes en orden a agilizar, enriquecer y generalizar el ámbito propio de la administración de la justicia desde uno de los poderes del Estado Moderno. Ello, bien podría alcanzar una significación trascendental en el plano de los principios y supuestos generales de carácter abstracto capaces de legitimar, por la vía del razonamiento y práctica deductivos de los diferentes grados jurisdiccionales, un nuevo concepto de la justicia en nuestro país. Más, a ello debiera sumarse, como complemento indispensable, desde el punto de vista de los hechos, de la virtualidad ético-cultural del caso particular de cada uno de los ciudadanos de un Estado, esto es, desde la inducción misma de la justicia a partir de los datos más reales o primarios de la experiencia jurídica y vital de aquellos, un dispositivo jurídico-constitucional capaz de enhebrar dichas construcciones abstractas y declamatorias con la práctica artesanal del modesto habitante, cualquiera sea su nivel social o cultural o, en fin, su ubicación geográfica, en el reclamo y acceso propio de cada caso de justicia, en su verdadera significación de creación constante, permanentemente y diaria de nuevos alcances de equidad, emergentes no de las generalidades o escolasticismo jurídicos plagados de alambiques de difícil comprensión ciudadana, sino que propiamente desde la vida interna misma de la conciencia jurídica de la sociedad, capaz de anidar y manifestarse en el hombre concreto, personal y próximo a las necesidades más íntimas del valor de solidaridad en su más auténtica expresión.

Es pues, allí, en ese instante de la experiencia jurídica total de una sociedad en que, de acuerdo a los más recientes desarrollos de la práctica y difusión de los derechos fundamentales del hombre, aparece la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico nacional el sistema del ombudsman judicial (17).

17. En Chile, bien podrían establecerse cinco Ombudsman judiciales, mediante acuerdo del Congreso y del Ejecutivo, en las ciudades de Antofagasta, Valparaíso, Santiago, Concepción y Temuco, actuando únicamente como coordinador general aquel que tenga su asiento en el área Metropolitana, pues todos ejercerían autónomamente sus funciones.



Por otra parte, útil es recordar el origen histórico del comisariado parlamentario o defensor del pueblo en Suecia, esto es, en el período post-revolucionario francés, en la época de las guerras napoleónicas, 1806. Pues, poco antes, en la misma Francia revolucionaria, con el propósito de poner coto a las prácticas absolutistas de los jueces, contrarios a los ideales republicanos y democráticos, se creó allí el Tribunal de Casación como instancia suprema de control en la aplicación del derecho moderno por aquellos. Es obvio que el ombudsman sueco persiguió, con su entronización institucional, idénticas finalidades que el supremo tribunal francés, así se tratara, paradójicamente en el primer caso, de la defensa de los ciudadanos dentro del sistema que, con el correr del tiempo, devino en una de las monarquías parlamentarias más adelantadas del mundo democrático contemporáneo (18).

En Chile, como dejamos dicho, no obstante los cambios de trascendencia que pudieran introducirse en el capítulo relativo al Poder Judicial, en la Constitución Política del Estado, nuestra clase jurídica ha desempeñado un papel notoriamente refractario a los cambios que en los más variados órdenes ha experimentado nuestra sociedad. Ello, torna más o menos problemático los resultados que pudieran tener en la praxis de la defensa de los derechos fundamentales del hombre la sola introducción de los institutos jurisdiccionales ya expresados sin que, al propio tiempo, no se introduzca un impulso, de efectos permanentes, desde la base de los más vitales y concretos intereses de la sociedad chilena, en orden a materializar en la práctica misma de nuestra vida jurídica, la defensa de aquellos derechos esenciales a una práctica viva de la democracia en nuestro medio.

Cuando decimos práctica viva de la democracia en Chile, nos estamos refiriendo, claramente, al ejercicio de la defensa de los derechos fundamentales que la hacen posible, esto es, a la difusión pública y ejemplar de dicho ejercicio, destacando por los medios técnicos apropiados a los fines educativos y formativos de esta acción,

El rol de la magistratura en Italia, en los años 1992 y 1993, ha sido increíblemente revelador de lo antes dicho.

18. Véase de Elisabeth Fehrenbach, *Sociedad tradicional y derecho moderno; la recepción del Code Napoléon en los Estados de la Federación Renana*; Ed. Alfa Argentina, Barcelona, 1980.

los perfiles morales cuya denuncia estima del caso asumir el defensor del pueblo.

En suma, a las tendencias abstractas, inclinadas al uso preferente del tipo de razonamiento deductivo deben oponerse las tendencias más concretas, animadas por un espíritu más acusado de observación de los hechos y de la realidad social de nuestros días, esto es, una preferencia más destacable por la introducción social de un tipo de razonamiento jurídico de naturaleza inductiva.

El ombudsman judicial está pues llamado a cumplir con dicha finalidad. Incluso, por esta vía, se introduciría un carácter más representativo al proceso de creación de derecho por nuestros jueces. Los destinatarios de las normas particulares cuyos contenidos son las sentencias de los Tribunales, mediante el sistema del defensor del pueblo, accederían de un modo ejemplificador al proceso mismo de creación social del derecho por la judicatura nacional, enfatizando los aspectos morales y prácticos del caso conforme las necesidades históricas del medio así lo configuren o ameriten (19).

Por último, el defensor judicial, conforme a su naturaleza, investigaría y denunciaría las malas prácticas de los jueces en la tramitación y conocimiento de sus causas, cualquiera fuese el nivel jurídico de su acción o el derecho sustantivo amagado por esa tramitación deficiente o inoportuna. Tratándose de la justicia de primer grado sus denuncias deberán ocurrir ante la de grado superior y así, sucesivamente. Para el caso que el observado fuese algún miembro del Tribunal Supremo, los antecedentes deberán ser puestos en conocimiento del Congreso y del Consejo Superior de la Magistratura.

En suma, con la introducción Constitucional del Consejo Superior de la Magistratura, la supresión de los Tribunales especiales o militares a través de la consagración constitucional del principio de Unidad de Jurisdicción y el establecimiento del Ombudsman Judi-

19. *El perfil del Juez (deseable)*, del profesor Carlos Cerda Fernández, Serie tópicos, de la Corporación de Promoción Universitaria, julio de 1989. Este trabajo constituye un penetrante enfoque fenomenológico del problema de la interpretación y creación de derecho por los jueces. Con todo, la reforma de los estudios de derecho en nuestras universidades es también hoy una necesidad impostergable.

cial, de carácter general, se garantizaría una creación social y siempre más actualizada del derecho por nuestro Sistema Judicial, estos, los jueces y la sociedad aparecerían involucrados en una misma y sola empresa de dignificación espiritual de cada uno de los miembros de la sociedad chilena; el valor justicia revestiría pues una realización no sólo técnica, sino que también ética, en el sentido del fortalecimiento de una nueva moral ciudadana, condición indispensable para la vida misma de la democracia en nuestro país <sup>(20)</sup>.

b) Las Fuerzas Armadas en el Sistema Político Chileno <sup>(21)</sup>.

La historia de la sociedad chilena se confunde prácticamente con la historia del Estado en Chile <sup>(22)</sup>, primero como una capitania general dependiente de la corona española y del virreinato del Perú y, después, con el Estado propiamente republicano. En ambos casos, el estado, su fisonomía y peso específicos, en el contexto nacional e internacional, afinó su poder de un modo claro, categórico e indisputado, en el poder de su fuerza armada. Las guerras de Arauco, su perdurabilidad en el tiempo, marcaron de manera insoslayable a nuestra sociedad y a sus instituciones <sup>(23)</sup>.

Durante la Colonia, el poder político real en Chile no tenía su residencia en Santiago sino en Concepción, junto a los principales y más poderosos contingentes armados estacionados en su territorio. Las funciones meramente administrativas o el negocio de la paz co-

20. La experiencia italiana y española es digna de destacarse. Acerca de la primera, útil es considerar la obra completa de Bobbio y sus lúcidos estudios filosóficos. Este y Lagaz y Lacambra, al igual que Jorge Millas en Chile, fueron los mejores adalides del pensamiento jurídico de Kelsen en sus respectivos países.

21. Alain Joxe, *Las fuerzas armadas en el sistema político de Chile*; Ed. Universitaria, 1970; *Las FF.AA. de Chile en la vida nacional*; Alberto Polloni R., Ed. Andrés Bello, 1972.

22. Mario Góngora, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*; Ed. La ciudad, 1981. Clodomiro Almeyda Medina, *El Estado en Chile*, Revista de Derecho Económico, año II, Número 6-7, 1964; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

23. Alvaro Jara, *Guerra y Sociedad en Chile*, Ed. Universitaria, Santiago 1981, del original en francés, París, 1961.

lonial radicaban en la que vendría a ser, más tarde, la capital de la República. Incluso, en los períodos iniciales del Estado independiente, en el período de los ensayos constitucionales y durante el afianzamiento del Estado en forma, posterior a Portales, las principales revueltas o amenazas al orden constitucional establecido tuvieron su origen y liderazgo, casi natural, en Concepción <sup>(24)</sup>.

De otra parte, quizás no resulta hoy muy auspicioso el discernimiento, en lo que se refiere a la experiencia resultante durante el siglo pasado, de los aspectos puramente militares de aquellos de cariz político, económico o social en nuestra historia patria, habida consideración de haberse desarrollado ésta a consecuencia prácticamente de una auténtica y cruenta guerra civil. <sup>(24)</sup> En dicha época, los independentistas y la sociedad en general, en el decurso mismo del siglo XIX, aparecen amalgamando todos los aspectos dentro de un solo y global quehacer nacional: los negocios, la guerra, la política, las artes, la educación y la diplomacia. Ilustran empero el poder militar altamente capacitado del Estado Chileno, la multiplicidad de amplios encuentros militares que pudo sostener sin menoscabo esencial de las formas y peso mismo del aparato estatal. Recuérdense la Asistencia Militar a la independencia del Perú, las guerras intestinas, que culminaron con la paz de Lircay, las dos guerras en el Norte, los encuentros Civil-Militares de 1851 y 1891, amén de la pacificación definitiva de la Araucanía <sup>(25)</sup>.

En fin, a los propósitos de este ensayo, importa consignar cuán nítido se hizo el poder militar en el curso de este siglo, tras haberse diversificado la sociedad chilena dentro de un contexto de progresivo e intenso distanciamiento del poder de las fuerzas centrípetas que desatará la independencia del Estado Chileno en los comienzos del siglo pasado. Dos períodos claves en nuestra historia democrática acusaron la intervención directa de las FF.AA. en el proceso político chileno contemporáneo: Desde 1924 a 1932 y desde 1969 a 1989, imprimiéndole al conjunto de la sociedad y estado chilenos,

24. Jaime Eyzaguirre G., *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, Ed. Universitaria 1967. Del mismo autor, véase *Fisonomía histórica de Chile*; e *Historia de Chile*, Ed. Zig-Zag, 1965.

25. Sergio Villalobos y otros, *Historia de Chile*; Ed. Universitaria, 1986.

en cada oportunidad, giros absolutamente decisivos y de amplia evolución histórica <sup>(26)</sup>.

Es también cierto que, para quien quiera que se encuentre así sea apenas familiarizado con la Teoría del Estado, no puede resultarle ajeno al problema del esclarecimiento de las causas, razones o antecedentes que explicarían el temprano desarrollo y consolidación del Estado en Chile. De ello, como hipótesis de trabajo y a fin de abreviar al máximo estas líneas, no resulta ajeno el desenvolvimiento y desarrollo histórico de nuestras instituciones armadas, fundamentalmente el ejército, las que aparecen indudablemente catapultadas, en su eficacia profesional, por el continuo y permanente ejercicio de la guerra durante todo el período Colonial, desde los inicios mismos de la Conquista, con su Flandes Indiano, hasta la pacificación militar de la frontera, allende el Malleco <sup>(27)</sup>.

El carácter republicano del Estado, progresivamente democrático y representativo, conforme se desprende del desarrollo de nuestra historia constitucional, por otra parte reconoce, es cierto, fuentes o vertientes muy diferentes de aquellas de raíz castrense o de índole predominantemente militar <sup>(28)</sup>.

Ahora bien, nuestra historia nacional ha llegado al punto de alcanzar o hacer posible, recién en estos últimos tiempos, después de

26. Mario Góngora, opus cit., nota 22. *Ensayos de historia económica*; de R. Prebisch, Felipe Herrera, Celso Furtado, o *Estudios sobre la formación de los estados nacionales en A. Latina*, de Kaplán, Almeyda, etc.

27. Alvaro Jara, opus cit., nota 23; Holden Casanova G., *Las rebeliones araucanas del siglo XVIII*, Ed. U. de la Frontera, 1987; P. Diego de Rosales, *Selección, Historia General de el Reino de Chile, Flandes Indiano*, Ed. Universitaria, 1969; Arturo Leiva O., *El primer avance a la Araucanía*, Angol 1862, Ed. U. de La Frontera, 1984. Véase, además, sobre las incursiones de corsarios y piratas ingleses y de otras potencias en cualquier manual de Historia de Chile. Trabajo señero en nuestro medio de historiadores nacionales relativo a estos temas, lo fue el publicado originalmente en la Revista Chilena de Historia y Geografía N° 107, enero a junio de 1946, con el título: *Régimen Jurídico de la Conquista y de la Guerra de Arauco*, de Néstor Meza Villalobos. Ed. Universitaria, 1971; compilación *Estudios sobre la conquista de América*, 2ª Ed., 1989.

28. Julio Heise G., *150 años de evolución institucional*, Ed. Andrés Bello, 1977.

increíbles padecimientos <sup>(29)</sup>, incluso en los llamados períodos de paz constitucional, y durante administraciones completas de diferentes signos ideológicos, el logro de una relación algo madura, estable y transparente de los mundos civil y militar.

En este punto, y desdramatizando la cuestión del papel de las FF.AA. en el contexto de las instituciones y valores del moderno estado democrático, conviene asumir en la conciencia colectiva de la sociedad, la que se abre además a un período de amplias y significativas reformas constitucionales, la necesidad de cautelar, desde la perspectiva del mundo civil, la relación de la sociedad y estado chilenos con sus institutos armados, más allá de lo que estatuyan las respectivas leyes orgánicas o de lo que sea el parecer de un determinado Congreso o de un ejercicio regular del Poder Ejecutivo. El punto de vista militar, así ello se deba al elemental principio de inercia de la física clásica, y no obstante los cambios que pudieran introducirse en los equilibrios internos del Consejo Nacional de Seguridad, se hará sentir en el conjunto de nuestras instituciones, necesariamente. Asimismo, su expresión profesional ejercerá siempre un influjo importante en la sociedad chilena en su conjunto <sup>(30)</sup>.

Importa, pues, ahora, y tras la experiencia histórica lejana y reciente, que la democracia ejerza un control tutelar del desempeño exclusivamente profesional, armónico con sus intereses globales, de los institutos armados sobre los que ella se edifica. En este sentido,

29. Arturo Valenzuela: *El quiebre de la democracia en Chile*, Flacso, trad. del original inglés de 1978, *La vía política al socialismo*, de Joan Garcés, Ariel, 1978; Fernando Alegría; *Allende, mi vecino el Presidente*, novela, Ed. Planeta, 1989; Gabriel García Márquez, *Crónica de una muerte anunciada*, novela alegórica. Ed. Oveja Negra, 1981; *El ego sum del Purgatorio*, de Zurita al ego sum de Pinochet, de las periodistas Correa y Subercaseaux; Patricia Verdugo y el caso Arellano; Patricia Politzer y sus reportajes de Miedo en Chile y sobre el socialismo renovador de Altamirano, etc. ...

30. Augusto Varas; con Felipe Agüero, *El Proyecto Político-Militar*, Flacso 1984; *Los militares en el poder, Régimen y Gobierno Militar, Chile 1973-1986*; *Democracia y Defensa Nacional*, Cauce, 16 de octubre de 1989; de Jorge Tapia V., *Estrategocracia, el gobierno de los generales*, Ed. Ornitorrinco, 1986.

el establecimiento del ombudsman Militar <sup>(31)</sup> debe considerarse como una cuestión constitucional de la más alta importancia en el Chile del presente. La democracia, esto es el soberano, el demos o pueblo, deberá conformar la mentalidad, los valores y su adecuada jerarquía, de todos y de cada uno de los miembros de nuestras Fuerzas Armadas y jamás podrá ocurrir en la relación cívico-militar una ecuación social de sentido inverso <sup>(32)</sup>.

Chile y sus institutos armados deberán aprender a convivir definitivamente en un nuevo contexto ético, jurídico, social y cultural. El ombudsman militar deberá velar por el cumplimiento de dicho objetivo en cualquier nivel o sector social en que aquellos se expresen, ya sea de un modo general o profesional, y siempre en que se pongan en juego, con amenaza para la democracia, dichos fines. Esto es, al nivel de la prensa, de las escuelas matrices de cada una de las ramas de las fuerzas armadas, en las universidades o academias institucionales, partidos políticos o sindicatos o asociaciones empresariales y de trabajadores. En fin, en cualquier parte o como quiera que se exprese el fenómeno militar y su enfermedad, el militarismo, en el ámbito global de la sociedad chilena.

Los antecedentes reunidos por el comisionado parlamentario en cuestiones militares, en el ejercicio de sus más amplias facultades informativas, deberán ser puestos a disposición exclusiva del Senado y de la Excma. Corte Suprema de Justicia, configurando la denuncia con el máximo de antecedentes que la investigación permita. La publicidad de sus resultados deberá autorizarla el Consejo Superior de Seguridad Nacional por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, con acuerdo indispensable del Presidente de la República.

31. Ver notas 3 y 12, sobre autores que tratan del establecimiento del Ombudsman Militar en la Constitución alemana de 1949.

32. Carlos Portales C., *Militares y Democracia en Chile*, Revista Mensaje, julio de 1988; *Fuerzas Armadas, Estado y Sociedad. El papel de las FF. AA. en la futura democracia chilena*; CED - Hachette, documentos, octubre, 1989.

David Scott Palmer, declaraciones a La Epoca, 11 de julio de 1989. Genaro Arriagada, Pinochet no politizó a las FF.AA., N° 1, de Página Abierta, de octubre de 1989.

### III. La defensa de los derechos fundamentales y la pregunta por la técnica de Heidegger <sup>(33)</sup>

Las líneas precedentes fueron escritas en medio de ese clima espiritual que imperaba, todavía algo ingenuo u optimista, en diciembre de 1989, en nuestro país; de cara a una tan anunciada como oscuramente anticipada reinaguración de nuestras antiguas formas democráticas. Aquellas que habían sido, precisamente, graves y severamente conculcadas en el lento transcurrir de ese largo período autoritario. El grueso de la línea argumental allí expuesta, creo, es aún perfectamente válida, no obstante estos cuatro años recién pasados, el ocaso seguro de algunos actores, y la perenne vigencia de otros relativamente mejorados.

Con todo, las condiciones que también allí propiciara para una consideración moralmente eficaz de la institución del ombudsman, en nuestro ordenamiento jurídico positivo, y que calara tan hondo como fuera posible para quedarse definitivamente con nosotros, esto es, la desdramatización que estimara en aquella época como necesaria en orden a un tratamiento correspondiente de ciertas ideas y principios que tocaban, muy directamente, al doliente ser colectivo de nuestro país; hoy, digo, pareciera ser, desde luego, un deseo bastante menos urgente.

El sentido profundo de nuestra transición democrática toca, pues, cuestiones que van mucho más allá de nuestros dolores y horrores más inmediatos. Ello, dicho, por otra parte, con la solemnidad y respeto a lo que aquellas realidades nos comprometen en lo más radicalmente humano de nuestro ser, personal y colectivo.

En suma, lo que queremos significar es que, en definitiva, pareciera no existir otra historia que aquella que se hace. El espíritu de

33. Jean Beaufret, *Al encuentro de Heidegger*; Monte Avila Editores. 2ª Ed. 1993. (Conversaciones con Frederic de Towarnicki).

Martin Heidegger, *Ciencias y Técnica* Ed. Universitaria, 2ª Ed., enero de 1993. Prólogo de Francisco Soler.

Francisco Soler, *Apuntes acerca del pensar de Heidegger*, Ed. Andrés Bello, agosto de 1983, preparada por Jorge Acevedo.

José Gaos, *Introducción a El Ser y El Tiempo de Martin Heidegger*; Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

Jorge Acevedo, *Hombre y Mundo*, sobre el punto de partida de la filosofía actual, octubre 1992, Capítulo III, Ed. Universitaria.

la técnica moderna nos envolvió, aquí, en Chile, desde los años mismos de la Reforma Universitaria y a todo su cortejo de tendencias históricas; proyectándonos, no sólo localmente sino que, también, por modo universal.

Desde el punto de vista de lo que pudiéramos llamar una vivencia existencial del espíritu absoluto hegeliano, las cosas, después de todo, se dieron en el sentido previsto o, cuando menos previsible. No en vano, el otrora discípulo de Heidegger, Marcuse así lo señaló; a escala planetaria, desde muy temprano.

En julio de 1976, en una de sus últimas y más importantes conferencias, en la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Marcuse, más o menos, señaló: El mundo de comienzos del siglo XX se había ya cerrado sobre sí mismo, en una madeja de tupido control social y cultural; avizorando, así, el despliegue de lo que habría de ser, luego, la atmósfera normal del hombre contemporáneo, aquí y acullá; daría lo mismo, en cualquier parte. Las leyes del mercado, tan compactas como omnipresentes, debían, pues, imperar prácticamente sin contrapeso alguno (34).

34. El Mercurio, el 10 de julio de 1976, en su sección Cables del Exterior, publicó: *Herbert Marcuse: El Capitalismo está en fase de estabilización*. Friburgo (R.F.A.) 9 EFE *Herbert Marcuse, padre de la nueva izquierda*, rechazó la tesis de una supuesta crisis del capitalismo y dijo que se hallaba en "fase de estabilización" en los países occidentales.

En una conferencia, pronunciada anoche en la Universidad de Friburgo, el filósofo radicado en Estados Unidos calificó de "Opinión apresurada" la creencia de que el capitalismo resultó gravemente dañado por la crisis petrolera y por el fin de la guerra de Vietnam.

Basó su criterio en la creciente tendencia a la racionalización y al proceso de fusiones, en los riesgos de un "control totalitario del individuo a través del estado" y en el "compromiso" de Occidente con la Unión Soviética y China.

Todo ello, añade el ideólogo de la revuelta estudiantil, ha provocado una cierta impotencia en la clase trabajadora, que lleva a una caída del "potencial revolucionario".

En su opinión, la izquierda debe renunciar al concepto marxista clásico de revolución. Predicó la puesta en práctica de "acciones regionales limitadas", no sólo por la clase trabajadora, sino también con participación de las capas medias y de los intelectuales".

En 1821, Hegel, en el párrafo 295 de su *Filosofía del Derecho*, obra fundacional de la mayoría de las instituciones democráticas del mundo de hoy, apuntó, inequívocamente, al establecimiento de la institución del defensor del pueblo, en el sentido de permitir una participación definitiva del hombre común en la creación del derecho en el Estado Moderno, activando así su ingerencia moral en el ejercicio permanente de su propia dignificación ciudadana (35).

35. Párrafo 295. La garantía del Estado y de los gobernados contra el abuso del poder por parte de las autoridades y de sus funcionarios radica, por un lado, inmediatamente en su jerarquía y responsabilidad, y por otro, en el derecho de las comunidades, de las corporaciones, como el medio por el cual la intromisión del arbitrio subjetivo en el poder confiado a los empleados, es limitado, y el insuficiente control desde arriba, sobre la conducta individual, es suplido desde abajo.

Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Werke 7, Suhrkamp, Frankfurt, 1970.