

EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN, LA INFLUENCIA CONSTITUCIONAL Y LA TEORÍA DEL *OMBUDSMAN* EN COLOMBIA

Jaime VIDAL PERDOMO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La teoría del control de la administración*. III. *La influencia constitucional a partir de la Constitución española de 1978*. IV. *Las funciones del ombudsman en el derecho Colombiano*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del *ombudsman* local, o sea el colombiano, debe plantearse —dentro del espacio atribuido a esta comunicación— en el contexto de los sistemas de control a la administración y, dentro de un periodo en el cual la influencia de las Constituciones ha sido determinante de la nueva institución. De este modo, la concepción jurídica de este trabajo aconseja su presentación en tres partes o capítulos: la teoría general de los controles a la administración; la influencia que en el tema ha tenido el movimiento constitucional de fin del siglo XX, dentro del cual se crearon las instituciones del Defensor del Pueblo o del *ombudsman*, con ese nombre o con otros similares; por último, la relación de esas dos materias previas con el *ombudsman* colombiano, para poder trazar el perfil de esa importante institución en el derecho colombiano.

La sola enunciación de las partes componentes de la ponencia dicen bien de la amplitud del campo dentro del cual ella debe moverse y, la necesidad de que ésta se limite a lo principal y deje el espacio a los trabajos de profundización que de esas partes se desprende; con lo cual se debe comprender el carácter de síntesis que adquiere esta comunicación al II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo dada la extensión de los sujetos tratados.

* Profesor titular de la Universidad del Rosario de Bogotá.

II. LA TEORÍA DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

La teoría del control de la administración es una materia de la que se ocupa normalmente el derecho administrativo; si bien el punto central es el impedir la arbitrariedad administrativa, el sistema general que se construye por el derecho comprende los diferentes aspectos de la actuación administrativa, de modo que su estudio no se detiene en aspectos parciales sino que cubre el inmenso contenido de la disciplina jurídica, que es hoy en día una de las más importantes en el conjunto de las ramas del derecho.

Podría tomarse cualquier autor a fin de hacer el recorrido mencionado, pero puede ser mejor identificar la índole de un sistema jurídico por el país que lo posee y tener más claros los instrumentos que maneja para la finalidad propuesta en la lucha contra la arbitrariedad administrativa.

Nos parece útil, para esta investigación, emplear una obra que si bien data de algún tiempo cubre la temática así designada y la organización que se da al libro, permite encontrar un buen método de trabajo para realizar el designio acogido. Nos referimos al libro de tres autores que se unieron para examinar, desde un ángulo comparativo, “el control de la administración y la protección de los ciudadanos”.¹

1. *El enfoque de Guy Braibant, Nicole Questiaux y Céline Wiener sobre el control de la administración y la protección de los ciudadanos*

Vamos a utilizar esta obra significativa para visualizar el alcance que tiene el tema y las modalidades que él asume.

El marco general del trabajo puede verse en este párrafo que lo abre y que se va a citar textualmente:

Al lado de la relación de los ciudadanos con el poder político, a la vez próxima y distante, se establece, en todos los regímenes, una relación directa entre los ciudadanos y la administración. Los ciudadanos tienen derechos que la administración puede consagrar o desconocer; la administración tiene poderes de los cuales ella puede abusar. De esto resultan tensiones y conflictos que diversas formas de control tienen por objeto evitar o reglar.²

¹ Braibant, Guy, Questiaux, Nicole y Wiener, Céline, *Le controle de l'administration et la protection des citoyens*, París, Éditions Cuyas, 1973.

² *Ibidem*, p. 5.

El carácter comparativo del estudio surge desde su presentación, y así se observa en el desarrollo del trabajo, pero se descartan los controles puramente políticos que las asambleas ejercen sobre el Ejecutivo o los partidos políticos sobre el Estado —pensamos en las elecciones y en los mecanismos de la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento en régimen parlamentario—, como los controles financieros que tienen que ver con la reglamentación y la eficacia del empleo de los fondos públicos. Por tal circunstancia, el objeto del estudio se centra en las instituciones y en los procedimientos que tienden a imponer a la administración el respeto de los derechos de los ciudadanos.

La universalidad y actualidad del problema son evidentes por el aumento de los poderes de las administraciones públicas, sin hacer diferenciación con los países de ideología socialista que entonces eran más abundantes y desafiantes que ahora, ni con los países en vía de desarrollo en los cuales se puede pensar que el buen desempeño administrativo debe contribuir a superar el atraso en que comparativamente se pueden encontrar.

2. La teoría general del control administrativo

No vamos a hacer una teoría general sobre el control administrativo que nos muestre de manera sistemática la naturaleza y alcances del mismo, sino a dar los rasgos principales que él asume, tomando en cuenta el inmenso material que brinda la obra académica citada; trabajo de más lenta elaboración que debe más tarde o que puede proponerse a otro Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo.

Para dar una visión general de la investigación empleada debe decirse que, en una primera parte, ella se detiene en los sistemas nacionales como Francia, donde el Consejo de Estado juega un papel esencial; en la Alemania federal, con su sistema de procedimiento no contencioso; Suecia, que combina la institución del *ombudsman* con el control jurisdiccional; y dos grandes sistemas anglosajones, Gran Bretaña y los Estados Unidos, sin dejar de observar el mundo socialista de entonces a partir del sistema soviético que le servía de modelo.

La sección que mayor relación guarda con el propósito que nos guía es la segunda parte del libro, puesta bajo el título de *Teoría de los controles*, que pasa a exponerse a continuación.

El apartado se abre con este párrafo que es bueno citar para recapitular los fundamentos teóricos:

La administración de un Estado moderno no puede acomodarse con la arbitrariedad. La afirmación contraria, que ha podido ser formulada en ciertos países por el adagio “El rey no puede obrar mal”, y que ha inspirado bajo una forma más abstracta a todos los gobiernos en un momento de su historia, pertenece al pasado.³

Los autores mencionan los actos de gobierno y las relaciones de la administración con otros poderes y Estados extranjeros, cuya inmunidad obedece —cuando no han desaparecido los primeros, como en derecho colombiano expresamente—, a razones prácticas, más que por la concepción de un Estado preeminente. De este modo, las administraciones aparecen sujetas a ciertas reglas de acción, que son al mismo tiempo, garantía para los ciudadanos, entendiéndose que esta última no depende solamente de la declaración de sus derechos como de la regularidad de la acción administrativa y el buen funcionamiento de los servicios públicos. También están sujetas a ciertos principios muy extendidos que crean un equilibrio, cuya vigencia se mantiene con técnicas diversas y conocidas. A renglón seguido, se menciona en el libro que se sigue la administración sujeta a las reglas jurídicas, o principio de legalidad, con ciertas consecuencias en cuanto a la estabilidad de las situaciones, con denominaciones como derechos adquiridos o la no-retroactividad.

A partir de ahí, puede decirse que se encuentra una labor delicada del juez de control que los autores citados indican, pero que puede superar los límites de esta comunicación, por lo que conviene detenerse en los enunciados principales como: que la administración al aplicar el derecho, siempre tiene una responsabilidad. Que el administrado participa en la actividad de la administración, no sólo por la representación política del ciudadano, lo cual es indispensable si se trata del derecho a su defensa, sino por el principio de que el administrado tiene siempre derechos que puede invocar, pese a que la administración goza de prerrogativas que le permiten imponerse a los particulares.

De todas estas cuestiones se ocupan en detalle los libros de derecho administrativo; además, es un terreno propio del derecho procesal admi-

³ *Ibidem*, p. 209.

nistrativo que ha venido teniendo un desarrollo notable en los países iberoamericanos, tanto en los planteamientos doctrinales de conjunto como en la evolución de la legislación. A título de ejemplo pueden citarse los libros de Jesús González Pérez y de Allan Brewer Carías,⁴ sin perjuicio de anotar algunos trabajos específicos sobre la protección jurídica de los administrados, en la Universidad del Rosario, en otra etapa de la evolución del derecho administrativo⁵ y, la expedición de “códigos” que comprenden las preocupaciones advertidas, como en Colombia y en el Perú.⁶

En la valiosa presentación de conjunto de los autores franceses Braibant, Questiaux y Wiener, viene la distinción entre controles internos y externos, así como la de controles preventivos y correctivos, destacándose la necesidad de las técnicas como medios de asegurar el respeto de los principios, para pasar de una administración ideal que sería invitada a respetar la ley y los derechos a una administración, que según las tendencias del movimiento del derecho administrativo debe pasar del secreto a la transparencia y, en cuanto a las decisiones que toma a motivarlas y a publicarlas. Sin perjuicio de los controles preventivos, que con frecuencia se multiplican, se ha pasado a controles correctivos por los mismos administrados concededores de sus necesidades, los cuales se facilitan por una mejor comprensión de las decisiones y las nuevas obligaciones administrativas.

Para concluir con la utilización de la obra francesa que nos ha servido de guía, debemos resaltar dentro de sus méritos el propósito de establecer una teoría general sobre el control de la administración y la protección de los ciudadanos, no simplemente a la luz del derecho francés, tan destacado en el tema por el pensamiento de sus autores y la institución del Consejo de Estado, sino del derecho comparado, brindando a la obra, con ello, un panorama del derecho comparado que, no obstante la distan-

⁴ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985; Brewer Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990; Brewer Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Universidad del Rosario, Legis, 2003.

⁵ Braibant, Guy, *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980, p. 159.

⁶ El llamado Código Contencioso Administrativo en Colombia, Decreto-Ley 01 de 1984 y en Perú la Ley 27444 en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Lima, Ara Editores, 2001.

cia en que fue escrita con respecto a la época actual, sigue siendo de consideración; no es menor el mérito si se tiene en cuenta que las deficiencias o limitaciones de los sistemas de control de que ella da cuenta han podido ser corregidas después como en el campo de las “injonctions”⁷ a la administración, de establecimiento posterior en derecho francés.

Haciendo una especie de síntesis, podemos decir que la teoría del control de la administración reposa sobre tres grandes apoyos: la teoría política o jurídica que le sirve de fundamento; el análisis de las técnicas o procedimientos que le sirven de instrumento (dentro de cuya variedad caben las acciones y recursos en manos de los particulares y la justicia administrativa) y, finalmente, los órganos o instituciones encargadas de ejercer el control según las distintas manifestaciones del mismo.

Este último aspecto, más institucional, nos acerca a la segunda parte ¿cuál es la introducción en la temática del *ombudsman*?, para lo cual el libro del que nos hemos valido sigue siendo de provecho, en cuanto sitúa la cuestión dentro de las autoridades especialmente investidas de una misión de control,⁸ habiendo estudiado ya la “contraloría chilena” dentro de los órganos puramente consultativos?⁹ por esta razón uniendo las dos partes del trabajo mencionadas va a rematarse este primer trecho con una introducción al *ombudsman*.

3. *Introducción al ombudsman como instrumento de control administrativo dentro de una variedad de mecanismos*

La introducción al *ombudsman* viene, en la obra que encabeza el Consejero de Estado de Francia Guy Braibant,¹⁰ después de un balance de la gestión del control jurisdiccional. Ahí se lee que dicho control juega un papel cada vez más importante dentro de los métodos correctivos, en razón de las garantías del procedimiento y de los poderes de decisión que lo caracterizan. En los países donde ha tenido desde hace mucho tiempo un sitio dominante, como en Francia y en Alemania, dicho control se hace más eficaz y más profundo especialmente en relación con el poder

⁷ Moderne, Frank, “Sur le nouveau pouvoir d’injonction du juge administratif”, en *Reveu Française de Droit Administratif*, París, núm. 1, enero-febrero de 1996, p. 43-57.

⁸ Braibant, Guy, Questiaux, Nicole y Wiener, Céline, *op. cit.*, nota 1, p. 295.

⁹ *Ibidem*, p. 227.

¹⁰ Braibant, Guy, *op. cit.*, nota 5.

discrecional. Se advierte también que él gana terreno y refuerza sus técnicas en lugares donde poseía un sitio reducido, como en los países anglosajones y los regímenes socialistas.

El control jurisdiccional es a veces criticado por su formalismo, su lentitud y su costo, pero no es seriamente cuestionado y gana en expansión.

Sin embargo —y aquí se encuentra el punto de ligazón con el control del *ombudsman* hacia el cual nos dirigimos en este momento—, no es suficiente para asegurar la protección de los ciudadanos y el buen funcionamiento administrativo puesto que el juez no puede actuar de oficio y porque él debe ubicarse en el campo del derecho, “lo que explica la fortuna actual de controles externos más activos y menos formalizados como los que ejercen el *ombudsman* sueco y la Prokuratura soviética, que sin substituirse al control judicial lo completan y lo refuerzan”.¹¹

Abandonando ya el terreno de lo jurisdiccional, el texto que nos ha servido de referencia general avanza con la afirmación de que, paralelo a la extensión de los poderes del juez, el periodo en que se escribe el libro se singulariza por el desarrollo de instituciones que, siendo exteriores a la administración, no son ni jurisdiccionales ni políticas. Aquí se cita en especial el *Council on Tribunals*, creado en 1958 en Gran Bretaña, de índole colegial, compuesto por diez o quince personas escogidas en diferentes medios, para vigilar el funcionamiento de las encuestas públicas y de los “tribunales administrativos”; no posee poderes de decisión pero sí pertenece a lo que la doctrina británica denomina “perros de guarda que no pueden morder pero que ladran”.

Refiriéndose también a la *Administrative Conference of the United States* de 1964, se lee que los organismos en cuestión no tienen un carácter permanente ni una competencia general, a diferencia de dos instituciones más antiguas: el *ombudsman* escandinavo y la Prokuratura soviética.

Dejando de lado, por ahora, los rasgos comunes de las dos instituciones, en cuanto hace al *ombudsman* se dice que aparece en Suecia en 1713 y en la Constitución de 1809 y se ha desarrollado en el marco de un régimen parlamentario; después se ha extendido a Finlandia, Noruega y Dinamarca.

¹¹ *Ibidem*, p. 295.

Fuera del territorio escandinavo, el *ombudsman* se ha expandido a países anglosajones donde, a falta de verdadero control judicial, ellos han estado seducidos —se comenta— por una institución cuya acción luce un cierto empirismo y se mueve dentro de procedimientos poco formales y poco jurídicos, conforme a sus propias tradiciones. Nueva Zelanda ha seguido y en Gran Bretaña en 1967 se ha creado un “comisario parlamentario para la administración; en provincias de Canadá se ha utilizado el nombre de “protector del ciudadano”, lo cual se acerca al nombre empleado en España y en Colombia, y la figura ha ganado en acogida en diversas circunstancias; en Francia una ley de 1973 creó el “Defensor del Pueblo”.

Esta devoción por la figura ha tomado el aire de una moda, anotan los autores franceses, y refieren que un jurista sueco ha hablado de “ombudsmanía”, que la explica por la simplicidad del sistema, por la naturaleza personal e informal de las relaciones que él permite establecer con los ciudadanos, por su éxito en los países de origen. Pero a medida que se aleja de éste, el sistema ha perdido su pureza y sufrido una cierta degradación, hasta el punto que es por “verdadero abuso del idioma” que son calificados de *ombudsman* órganos que no tienen el estatuto ni la estatutura del modelo sueco.¹²

III. LA INFLUENCIA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Ubicado ya el tema del *ombudsman* dentro de los sistemas de control de la administración, se encuentra una segunda etapa en la cual esta institución toma asiento en las constituciones; por esta circunstancia la hemos denominado una etapa de influencia constitucional y, puede decirse que esa gran influencia se inicia con la Constitución española de 1978 y es manifestación del fenómeno de la constitucionalización del derecho.

Vamos a ver, entonces, la manera como en dicha Constitución se recibe la figura del *ombudsman* y, la forma como se instala en otros ordenamientos constitucionales iberoamericanos, para detectar esta última circunstancia en Colombia, parte final de este recorrido temático.

¹² *Ibidem*, p. 297.

1. *El Defensor del Pueblo en la Constitución española de 1978*

Tres aspectos principales pueden ser mencionados dentro de este párrafo: la forma como está contemplada en la Constitución española la figura del *ombudsman*, la existencia de un fenómeno de constitucionalización del derecho, y el examen de la nueva institución hecho en la doctrina española, de donde ha saltado —puede decirse— a otros derechos.

A. *El artículo 54 de la Constitución española*

En este precepto la Constitución dispone:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las cortes generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la administración, dando cuenta a las cortes generales.

Puesto que para algunos comentarios la redacción anterior puede ofrecer roces con la del artículo 124 sobre el Ministerio Fiscal, va a citarse también este último texto, que dice así:

El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

El Fiscal General del Estado será nombrado por el rey, a propuesta del gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

B. *El fenómeno de la constitucionalización del derecho*

Es muy conocido el fenómeno de la “constitucionalización del derecho”, o sea del gran valor atribuido ahora a los textos constitucionales y

la importancia que ha adquirido esta rama del derecho en relación con las demás.

Para atenernos a la visión del profesor francés Louis Favoreu, recientemente fallecido, la constitucionalización del derecho¹³ proviene de la acumulación de normas constitucionales, lo cual se favorece por la presencia de nuevas Constituciones, y de la impregnación del orden jurídico por ellas, en lo cual todo juega la existencia de cortes o tribunales constitucionales.

Aquí podríamos decir que el fenómeno indicado se presenta en cuanto un tema del derecho administrativo, como es la obra de Braibant, Questiaux y Wiener —publicada, además, como parte de la Biblioteca del Instituto Internacional de Administración Pública—, se eleva al rango constitucional y, en adelante, será por referencia a las normas constitucionales como él será regulado y estudiado.

C. *El análisis en la doctrina constitucional española*

José Luis Carro Fernández-Valmayor, profesor de derecho administrativo español, en la monumental obra ofrecida en homenaje al maestro Eduardo García de Enterría, titulada *Estudios sobre la Constitución española*,¹⁴ parte de la valoración que se viene haciendo de los medios extrajudiciales y extraadministrativos de control de la administración pública, y de la constatación en España y en Italia (donde se ha hablado de injusticia administrativa) de que la justicia administrativa “no funciona con la perfección deseada”.

De ahí se pasa a mencionar ciertas “carencias técnicas” del sistema jurisdiccional (como el principio de la legitimación individual, y el paso obligado por el acto administrativo) que han suscitado inquietudes de reforma en la doctrina española, francesa e italiana, sin que ellas se puedan sustituir por la valoración reciente de la figura del *ombudsman*, la cual no obstante, puede aparecer como indispensable complemento del tradi-

¹³ Favoreu, Louis, “La constitutionnalisation du droit”, *L'unité du droit (Mélanges en hommage à Roland Drago)*, París, Económica, 1996, p. 25; Vidal Perdomo, Jaime, “La constitucionalización del derecho”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Medellín, núm. 8, julio de 2002; Favoreu, Louis, “Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho”, *Temas de Derecho Público*, Bogotá, núm. 59, 2000.

¹⁴ Carro Fernández-Valmayor, José Luis, “Defensor del Pueblo y administración pública”, *Estudios sobre la Constitución española (homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*, Madrid, Civitas, 1991, t. III, p. 2669.

cional sistema de control jurisdiccional, sin caer en la “ombudsmanía” de origen anglosajona.

De este modo, admitiendo la cabida de la nueva figura dentro del Estado social de derecho y su constitucionalización en España bajo el nombre de Defensor del Pueblo, el catedrático citado se alista a examinar el tema y la importancia de la función en España, dejando de lado la sentencia de Roland Drago: “Le meilleur Ombudsman c’est le Conseil d’État”.

La vía que se escoge es el estudio de la posición jurídica del Defensor del Pueblo.

D. La posición jurídica del Defensor del Pueblo

Este rubro conlleva un doble examen: el carácter o naturaleza de la figura; y su relación con el Parlamento.

En cuanto al primer punto, la disquisición se encamina por el carácter unipersonal del Defensor y con más fondo que trasciende el objeto de este ensayo con la noción de órgano constitucional. En lo que respecta al segundo punto de la relación entre el Parlamento y el Defensor se pone de relieve la autonomía de este último, la imposibilidad de recibir instrucciones, que no existe una subordinación jerárquica, que el Defensor no es un mero mandatario de las cortes, lo cual no es obstáculo para que éstas puedan solicitar su intervención en asuntos que caigan dentro de la órbita competencial del Defensor.

E. La función supervisora del Defensor del Pueblo sobre la actividad de la administración

Este es, obviamente, el campo de mayor interés para el derecho comparado al que nos llevan los señalamientos del profesor Carro Fernández-Valmayor, que comienza por enfrentar la interpretación del artículo 54 de la Constitución sobre si sus términos acerca de la defensa de los derechos del título I y la supervisión de la administración constituyen dos funciones distintas, autónomas, a realizar por el Defensor o se trata más bien de una función única respecto de los derechos para lo cual el Defensor supervisa la actividad de la administración.

Con igualdad de interés jurídico pero también de extralimitación en cuanto a los alcances de este informe está el debate que, a partir de la pá-

gina 2677, se desenvuelve sobre la actuación del mencionado funcionario en su función supervisora desde la perspectiva del artículo 103.1 de la Constitución española que declara que : “la administración pública sirve con objetividad los intereses y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”, el cual no vaciló en tener como antecedente del artículo 209 de la Constitución colombiana de 1991¹⁵ sobre el ejercicio de la función administrativa y que en el futuro deben relacionarse más desde el ángulo del derecho comparado.

De la misma manera tampoco son pertinentes por ahora las consideraciones sobre la administración militar, la administración de justicia, la administración parlamentaria y algunos problemas de procedimiento con las cuales se termina el estupendo trabajo sobre el Defensor del Pueblo y la administración pública.

2. *Algunas semejanzas entre el ombudsman español y el mexicano*

Se toma así el nombre de un artículo del profesor mexicano Jorge Carpizo, para ilustrar un doble efecto anunciado en esta colaboración: que el tema del *ombudsman* se haya elevado a la jerarquía constitucional y, que esto haya ocurrido como consecuencia, en buena parte, de la influencia de la Constitución española de 1978.

Estas dos cuestiones están claras en la exposición del ex rector de la Universidad Autónoma de México porque a la influencia española se refiere matizándola de acuerdo con las situaciones de los países y discurre sobre todo en un ensayo publicado en un libro dedicado a estos asuntos.¹⁶

De todos modos, se quiere hablar del “*ombudsman* criollo”, por la paternidad sueca y la maternidad española, anota con gracia Carpizo, para mostrar las semejanzas y las disimilitudes, desde México, a pesar de que sea el país que menos influencia haya tenido, por la manera como se creó y evolucionó.

¹⁵ Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2004.

¹⁶ Carpizo, Jorge, “Algunas semejanzas entre el Ombudsman español y el mexicano en la Constitución de 1978”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 527.

Después de esta introducción el autor advierte que existe el prurito de encontrarle antecedentes a las instituciones, y “mientras más remoto mejor”,¹⁷ por lo cual descarta la filiación de ciertas entidades mexicanas en la materia, para afirmar que

el momento crucial y determinante para el *ombudsman* mexicano fue el nacimiento de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), la cual ciertamente no nació como un Ombudsman, pero muy poco de tiempo después se legitimó socialmente como tal y, en esa virtud logró el rango constitucional.

La Comisión, entonces, fue creada el 6 de junio de 1990 mediante un decreto presidencial, como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación —Ministerio del Interior—, con la función principal de promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos, construyendo los mecanismos de prevención, atención y coordinación para su salvaguardia; para tal propósito se le otorgaron algunos poderes similares a los del *ombudsman*.

El afianzamiento social en el pueblo mexicano y la contribución de la Comisión en el perfeccionamiento del Estado de derecho, pronto se obtuvieron y de igual forma se pasó a la constitucionalización de la entidad en reforma de 1992, agregando un apartado B al 102 constitucional.

Después de que México había creado el sistema más amplio con 33 *ombudsmen*, uno nacional y 32 locales, vino la reforma constitucional de 1999 que le da la fisonomía actual a la CNDH con autonomía de gestión, autonomía presupuestal; su presidente es designado por el Senado.

Sentados los rasgos generales, no parece necesario continuar con la comparación particular de las dos instituciones. Debe anotarse, en cambio, que el estudio mexicano se desenvuelve en torno de las siguientes cuestiones: semejanzas en la concepción y el diseño fundamentales; semejanzas y diferencias en las reglas de competencia; semejanzas en la designación del *ombudsman* y en sus garantías de autonomía; semejanzas en el acceso y el procedimiento.

No deben desestimarse, sin embargo, las excepciones a la competencia frente a la regla general de competencia y las dificultades que pueden

¹⁷ *Ibidem*, p. 529

crear. De ellas da cuenta el profesor Carpizo cuando citando el artículo 102.B de la Constitución concluye sobre competencias diciendo que conocen de los actos administrativos de cualquier autoridad que violen los derechos humanos, complementando que así quedan excluidos los actos materialmente jurisdiccionales y legislativos provenientes de cualquier autoridad y, que los *ombudsmen* no son competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales; en este último punto se afirma que el *ombudsman* no puede conocer una cuestión jurisdiccional, ni tampoco revisar una sentencia, aunque existe un *ombudsman* judicial y el asunto es debatido¹⁸ por la posibilidad de enfrentamiento entre poderes.

Advertidas muchas similitudes, bajo el rubro de contrapunto se colocan las principales diferencias entre el *ombudsman* mexicano y el español, sin perjuicio de cerrar el examen comparativo sosteniendo que se está delante de importantes instituciones no jurisdiccionales de protección y defensa de los derechos humanos y, uno de los controles de la administración pública en las dos naciones.

3. *Una visión más centroamericana: el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, primer ombudsman de América Latina*

Tomamos el nombre de la comunicación del ex presidente de la Corte de Constitucionalidad y del ex procurador para terminar esta segunda parte en la cual se observan algunas características de la institución, pero también en mayor grado su adaptación a las circunstancias políticas de Guatemala, y según lo explicita el autor, como un aporte centroamericano a la misma.

La adaptación está ligada en la década de los ochenta, al tránsito de los gobiernos autoritarios a los gobiernos democráticos y, como instrumento catalizador de conflictos y mediador en el proceso de instauración de las nuevas instituciones.

Según García Laguardia, en el tránsito de la institución noreuropea a la América Latina, se produjo el nacimiento de un nuevo modelo vinculado a las transiciones constitucionales y, se le otorgan dos nuevas funciones “explícitas y prioritarias en la defensa de los derechos huma-

¹⁸ *Ibidem*, p. 539.

nos”,¹⁹ sin dejar de tener las competencias globales de control no jurisdiccional de los actos de la administración pública y, para transferir los expedientes al Ministerio Público para la iniciación de procesos penales y las de promoción y educación.

Las funciones particulares precisas están en el artículo 275 de la Constitución guatemalteca de 1985 y en el Decreto Ley 3287 de 1987.

IV. LAS FUNCIONES DEL *OMBUDSMAN* EN EL DERECHO COLOMBIANO

Para el estudio del *ombudsman* en Colombia deben tomarse en cuenta algunos antecedentes más gubernamentales que constitucionales como: el fenómeno de la constitucionalización del derecho, dentro del cual se inscribe la expedición de la Constitución de 1991 y la tradición de la Procuraduría General de la Nación. Factores que influyen en el desempeño de las funciones del *ombudsman* y de las del Defensor del Pueblo en particular.

1. *Algunos antecedentes*

Algunos de los pasos en los que va a converger el *ombudsman* colombiano, establecido por la Constitución de 1991, pueden encontrarse en la Oficina de Quejas y Reclamos, y en la Veeduría de la Administración Pública y en anticipos de la iniciativa misma.

A. *La Oficina de Quejas y Reclamos y la Veeduría*

En un documento, ya lejano,²⁰ se expone sobre “las deficiencias y abusos de la burocracia” y, sobre la expedición del Decreto 1546 de 1970 complementado por el Decreto 1555 de la administración Pastrana Borrero y las experiencias de la Oficina de Quejas y Reclamos que se prolongó sobre el gobierno siguiente presidido por el doctor Alfonso López Michelsen, preconizando en el informe de la creación de un servicio

¹⁹ García Laguardia, Jorge Mario, “El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, primer *ombudsman* en América Latina”, *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, 1998, t. II, p. 859.

²⁰ Castro, Jaime, *Control sobre la moralidad y eficiencia administrativa, aproximación al ombudsman*, Bogotá, Departamento Administrativo del Servicio Civil, 1976.

de “control interno” de la actividad administrativa, colocado a muy alto nivel y dotado de amplios poderes legales y sin duplicar tareas de otras entidades de cometido similar; se añade que no quieren formularse reparos a estas entidades, sino buscar que la legalidad y moralidad imperen en las relaciones gobernantes-gobernados no siempre sujetas a las formas de control de la administración.

Todo esto se expone por las limitaciones de los controles tradicionales y recomendando la actuación de “verdad sabida y buena fe guardada” y lamentando que no exista la autoridad del *ombudsman*; todo remató en un proyecto de ley sobre la Veeduría de la Administración que finalmente no fue acogido.

B. *Otros antecedentes*

Lo que se ha reseñado y otros antecedentes sobre la materia pueden leerse en un libro del profesor de la Universidad Externado de Colombia, Carlos Restrepo Piedrahita,²¹ en el cual se aprecia el interés por la nueva figura escandinava de control y, por su recepción en el derecho colombiano como solución a los problemas de la arbitrariedad administrativa.

2. *La Constitución de 1991*

Efectivamente, la Constitución de 1991 introduce el cargo del Defensor del Pueblo y lo ubica dentro del título X de los organismos de control, con particularidades que van a examinarse aquí.

A. *La teoría de las ramas y de los órganos*

La Constitución de 1991 rompió la tradición del procedimiento de las reformas constitucionales que se venían haciendo en forma cíclica a la Constitución de 1886 y, no obstante haber seguido ese camino, optó en su último artículo, el 380, por derogar la Constitución hasta ahora vigente y hacer una nueva obra.

No obstante, en algunos temas, siguió en forma comprensible el procedimiento anterior, más reformista que innovador, conservando en parte lo que venía de atrás adaptándolo a las nuevas circunstancias.

²¹ Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres ideas constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 145.

En este punto, partiendo de la clásica teoría de la tridivisión del poder, en el artículo 113 se añadió que además de los órganos que integran las ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, existen otros órganos, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Más adelante, dentro del título V sobre la “organización del Estado”, se declara (artículo 117) que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control.

B. El Ministerio Público como conjunto de organismos dentro de los cuales está el ombudsman

Dentro de esta concepción, en la cual no se va a profundizar ahora por no ser pertinente, el artículo 118 establece que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y por los agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales; por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

Se innova al erigir la función del Ministerio Público y determinar —con remisión a la ley— quiénes la cumplen. Se incluye a la institución del *ombudsman* (Defensor del Pueblo), incorpora a los personeros municipales y a los funcionarios no nacionales que venían de atrás. Luego se agrega: “Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

C. El Defensor del Pueblo, bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación

Lo primero que se debe advertir alrededor del *ombudsman* colombiano es que no es una institución nueva sino que su personaje principal, el Defensor del Pueblo, hace parte de una función ya establecida del Ministerio Público que no dirige él, sino el Procurador General de la Nación, como lo define con claridad el artículo 281 de la Constitución: “El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo de cuatro años de terna elaborada por el presidente de la República”.

D. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos

En las condiciones anteriores, el Defensor del Pueblo, en el artículo 282 de la Constitución, recibe la función de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual en el texto se le asignan específicas atribuciones con amplitud hasta el punto de que puede presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia (numeral 6).

Sin embargo, en cuanto a los derechos humanos, la titularidad parece seguir a cargo del Procurador General de la Nación respecto del cual se predica, al entrar al capítulo del Ministerio Público (artículo 277,2), que le corresponde: “Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo”; en efecto, el término “auxilio” lo coloca más en un terreno de colaborador que de titular de una función.

E. El análisis de Ángela Figueruelo Burrieza

A los antecedentes aquí citados, y a otros más, la profesora española Ángela Figueruelo Burrieza, en un valioso trabajo denominado “Bases para un análisis comparado de la institución del Defensor del Pueblo en España y en Colombia”,²² menciona, dentro de los antecedentes el proyecto de reforma constitucional de 1885 del constitucionalista conservador Sergio Arboleda, en que a un poder cooperativo se le atribuía defensa de los derechos humanos. En otros proyectos de reforma constitucional del siglo XX, contemplando la figura del Defensor de los Derechos Humanos y la reforma constitucional de 1979 que encomendó (artículo 40) estas tareas a una institución “enraizada” en el constitucionalismo colombiano; la Procuraduría General de la Nación, años más tarde, en el gobierno de Virgilio Barco se creó por el Decreto 2111 de 1978 la Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

Debe destacarse un concepto de Figueruelo Burrieza; el que trata sobre el concepto de los derechos humanos y las garantías de los mismos. Al respecto afirma textualmente: “es tal la preocupación sobre la necesidad

²² Figueruelo Burrieza, Ángela, “Bases para un análisis comparado de la institución del Defensor del Pueblo”, *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. I, p. 753.

de protección de los derechos fundamentales, que la efectividad de sus garantías ocupa un lugar central en la doctrina, relegando a un segundo plano el difícil problema conceptual que los mismos plantean”. Tal enunciado —de fácil verificación, agregamos— se hace seguir de la consideración de que la conciencia de la urgencia de la realización hace que se diseñen diferentes tipos de garantías entre las que ocupan un lugar destacado las de naturaleza jurisdiccional; pero a estas garantías se suma, a nivel constitucional, la legitimación a determinadas instituciones para la protección y defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Tomando como punto de referencia a la Constitución española de 1978, que distingue entre tutela institucional o garantías genéricas y que enumera las garantías con carácter específico, ejercicio que se hace en las dos vertientes, y luego se lleva a la Constitución colombiana de 1991; en este campo jurídico, hablando de garantías institucionales específicas, indica mecanismos “necesitados de autonomía frente a los demás órganos y ramas del poder público que garanticen la efectividad del control y la transparencia en el gobierno y la administración: ahí incluye al Ministerio Público (artículo 117) con sus funciones (artículo 277) y, el Defensor del Pueblo, organismo encargado por excelencia de velar por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos.

Después de discurrir con propiedad sobre la garantía institucional del Defensor del Pueblo y de los antecedentes colombianos de la institución, a los cuales nos hemos referido en este trabajo, llegando ya a las puertas de la Asamblea Constituyente de 1991 relata que las corrientes políticas coinciden en ampliar el elenco de los derechos, “e introducir entre sus garantías una institución que siga las pautas del *ombudsman* sueco”.²³

Es aquí donde los numerosos proyectos se dividen, unos con la dualidad de figuras; algunos con un Defensor de los Derechos Humanos “subordinado” al Procurador General de la Nación; otros, confundiendo bajo el nombre de Defensor del Pueblo las funciones de protección de los derechos humanos y la vigilancia de los poderes públicos, siguiendo, en este último caso, el precedente de la reforma constitucional de 1979 y lo esencial de la Ley 4a. de 1990.

A la vista de las críticas, el plenario de la Asamblea Constituyente definió lo que se llevó al cuerpo de la Constitución de 1991 modificando lo dispuesto por una Comisión de su seno.

²³ *Ibidem*, p. 765.

Al discurrir sobre la naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo, la expositora recuerda la crisis del Estado liberal y el tránsito hacia el Estado social —paso que no se operó con la Constitución de 1991 sino con la reforma constitucional de 1936,²⁴ una circunstancia histórica generalmente olvidada por los comentaristas colombianos— para concluir en la figura del *ombudsman*, favorecida por la insuficiencia de los instrumentos tradicionales de control administrativo y, en su evolución, “con la idea de reforzar la defensa de los derechos de los ciudadanos”, que los sistemas jurídicos adoptan según su idiosincrasia, sin un modelo obligatorio exterior podemos decir, no obstante las características que la definen para lo cual se acude al famoso trabajo de Donald C. Rowat.

Para concluir, el análisis busca los rasgos característicos de la institución colombiana apuntando que fue inspirada por el modelo español, a su turno seguidora del ejemplo sueco; pero en los dos casos con resultados diferentes, en forma de poder incluir el “instituto de garantía” en esa especie de “cajón de sastre”, que para el jurista constituyen las figuras *sui generis*, por lo difícil que es encuadrar al Defensor del Pueblo dentro de los moldes jurídicos tradicionales. Así se produce, que el Defensor es una figura híbrida o mixta, cuyo examen debe centrarse en sus funciones de defensa de los derechos fundamentales y el control de los poderes públicos.

La Constitución colombiana —se avanza en las conclusiones— ubica al Defensor dentro de los organismos de control, pero no lo hace depender de la Cámara de Representantes, sino que “estará bajo la tutela del Procurador General de la Nación”, lo cual disminuye su autonomía, y su actividad no es jurisdiccional. Carece de todo poder resolutorio y sus decisiones en la mayor parte de los supuestos no son vinculantes; no es un juez el que precisa el análisis que se lleva, en el cual se resalta que tiene más de “órgano mediador” que de poder resolutorio; no puede imponer sanciones, no puede anular acuerdos o normas, ni modificarlos, sino que puede sugerir al órgano afectado la modificación o supresión de los mismos así como dar publicidad a sus decisiones a la opinión pública.

Así pues, va rematando el examen, el Defensor es un poder disuador que basa su poder en el temor a las repercusiones de sus informes, y la obediencia vendrá determinada por el respaldo con que cuenta: “será la práctica del

²⁴ Tirado Mejía, Álvaro y Velásquez, Magdala, *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Fundación Friedrich Naumann y Oveja Negra, 1982.

día a día de la institución la que determine en último término si el Defensor del Pueblo constituye una verdadera autoridad”.²⁵

V. CONCLUSIONES

En este momento de la comunicación dirigida a la presidencia de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, con destino al Segundo Congreso de Monterrey, México, abril de 2005, pueden extraerse de los planteamientos efectuados, las siguientes conclusiones preliminares:

1. Es indudable el interés que en el ámbito iberoamericano ha suscitado la institución del *ombudsman*, originada en Suecia pero que se ha extendido con fortuna fuera del continente europeo.

2. En el caso colombiano, el estudio del “*ombudsman* local” tiene antecedentes institucionales en reformas constitucionales, proyectos de ley y medidas gubernamentales que hacen parte del conocimiento completo de la institución en todas sus facetas.

3. Su análisis, por tanto, debe adelantarse desde el ángulo del derecho comparado, la Constitución española de 1978 (artículo 54) especialmente a través de la figura del Defensor del Pueblo y, dichos antecedentes locales, sobre los cuales se debe profundizar en otro momento.

4. La figura del Defensor del Pueblo hace parte del fenómeno de “constitucionalización del derecho” y en dicho carácter fue recogida en la Constitución de 1991.

5. En la Constitución de 1991, el Defensor del Pueblo no aparece como autoridad completamente autónoma, sino como parte del “ministerio público”, cuyo supremo director es el Procurador General de la Nación, y del cual es auxiliar en materia de derechos humanos.

6. En síntesis, el Defensor del Pueblo tiene las funciones del Ombudsman como respuesta a la formalidad y demora de la administración,²⁶ como las de promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos, según se lo atribuye la Constitución y la ley, particularmente la Ley 24 de 1992, y la evolución moderna que ha tenido la figura, especialmente en Iberoamérica.

²⁵ *Ibidem*, p. 774.

²⁶ Córdoba Tribiño, Jaime, *El Defensor del Pueblo*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1992.

7. Como figura *sui generis*, las funciones del Defensor del Pueblo son vistas por la doctrina como las de un mediador, sin efecto vinculante, que no impone sanciones, ni anula actos, pero sugiere modificaciones o la supresión de las medidas, con mucho respaldo de la opinión pública para sus informes y por el prestigio de la institución.

8. Aparte de la estructura administrativa de la Defensoría Pública que determine la ley, a nivel municipal las funciones de *ombudsman* están asignadas por voluntad constitucional a los personeros municipales, funcionarios elegidos por los cabildos municipales en un buen prospecto de la descentralización introducido por la Constitución de 1991.