

EL OMBUDSMAN EN AMÉRICA LATINA. ESTABLECIMIENTO DE ALGUNAS LÍNEAS BÁSICAS PARA UNA LEGISLACIÓN UNIFORME*

I

1. Aunque la institución del *Ombudsman* no es de reciente establecimiento, ya que la primera ley sobre la materia y su más lejano precedente directo se remonta a 1809, no puede discutirse que su infusión y adopción, con este u otro nombre, en países de muy diversos grados de cultura, tradición jurídica y ubicación geográfica, es reciente. Por eso puede decirse que es un tema novedosamente actual. Cada día se comprende mejor que su establecimiento responde excepcionalmente bien a muchas de las circunstancias que caracterizan hoy las consecuencias del creciente desbordamiento de la actividad administrativa, de la crisis de los sistemas tradicionales de control jurisdiccional y de la necesidad de una mejor, más simple, menos formal, más rápida y más eficaz defensa de los derechos de los individuos frente al poder público.¹

Sin embargo, si pasamos lista a los sistemas jurídicos que han recogido la institución del *Ombudsman*, con este nombre u otro, y entre

* Ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del *Ombudsman* (Buenos Aires, noviembre de 1985), publicado posteriormente en la *Revista Uruguaya del Derecho Procesal*.

¹ Aunque no es el objeto de este documento presentar un panorama de la legislación y de la doctrina actual sobre el *Ombudsman*, es útil recordar que en el libro de Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El Control Parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, 2a edición, Madrid, 1981, se encuentra una completísima bibliografía (pp. 433-455). Incluso se han publicado libros dedicados exclusivamente a la bibliografía sobre el tema. Por ejemplo Kenyon y Carleton, *The Ombudsman. A Bibliography*, Sacramento, California. A estos trabajos es conveniente agregar los estudios e informes presentados en la Mesa Redonda de Madrid organizada por el Consejo de Europa con los *Ombudsman* europeos (5-6 de junio de 1985) y los estudios monográficos y textos incluidos en el libro "*Notas sobre la 3a. Conferencia Internacional de Ombudsman*, (Estocolmo) y el *Sumario Internacional del Ombudsman* (Helsinki), Madrid, 1984.

ellos podemos citar a: Suecia, Finlandia, Noruega, Dinamarca, Israel, Australia, Nueva Zelanda, Portugal, República Federal de Alemania, Inglaterra, Francia, Italia, Japón, España, y a algunos casos provinciales, estatales o municipales en Estados Unidos, Canadá y Suiza, vemos que casi todos ellos —con las excepciones a que luego nos referiremos, especialmente en Latinoamérica— son ejemplos que se dan en países del mundo desarrollado, que aceptan, además, una particular concepción política y económica.²

En primer término, la inexistencia en la lista de países comunistas es el resultado de las particularidades de su sistema institucional y político en los que se refiere a la defensa y garantía de la "legalidad socialista", atribuida en lo esencial, aunque no de manera exclusiva, en muchos de ellos, a un órgano esencialmente distinto del *Ombudsman*, la *Prokuratura*.

En segundo término, el hecho de que pocos países del Tercer Mundo han adoptado al *Ombudsman*, es resultado de una situación distinta que debe hacernos meditar, pero que no significa la no recepción de la idea de la posibilidad de su existencia, la imposibilidad, *a priori*, de su adopción futura. Creo que en muchos casos este fenómeno de la inexistencia de la figura del *Ombudsman*, en la mayoría de los países del Tercer Mundo, puede ser la consecuencia de que la institución fue originariamente ajena a la tradición jurídica de los sistemas en que se basó la organización constitucional de los países en desarrollo. Pero, además, puede haber sido también el resultado del error, predominante en los años sesenta, pero actualmente ya superado, de creer que una política de desarrollo económico y social es incompatible con un sistema estricto de contralor jurídico de la administración y con un régimen muy riguroso de protección y garantía de los Derechos Humanos. Hoy, por el contrario, se estima que el verdadero desarrollo sólo es posible si se realiza aceptando los contralores jurídicos y si se armoniza con la protección esencial de la libertad del hombre.

De tal modo la concepción generalmente aceptada en nuestros días, que ve el desarrollo económico y social de los países jóvenes como un

² Es interesante, a este respecto, comprobar que el "Apéndice legislativo" del libro de Gil, Robles, no contiene ningún ejemplo constitucional, legislativo o administrativo latinoamericano. V. Fairén Guillén, "El *Ombudsman* y sus posibilidades en España y países iberoamericanos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1979, p. 11, D. Barrios de Angelis, "Estudio genético-funcional del *Ombudsman*", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1980, p. 209.

proceso que debe cumplirse dentro del Derecho, de la Justicia y de la Libertad y la existencia de nuevos modelos asimilables, en función de la tradición histórica de los sistemas jurídicos de muchos de estos Estados del Tercer Mundo, permite pensar en la posibilidad de que la institución del *Ombudsman* pueda llegar a ser adoptada en gran parte de los países en vías de desarrollo. El caso particular de la América Latina y las perspectivas y posibilidades de la adopción en ella del *Ombudsman* lo trataremos de manera especial más adelante.³ Sin embargo, puede adelantarse que en nuestra América la inexistencia del *Ombudsman* fue el resultado de nuestra herencia jurídica, de una tradición constitucional, influida básicamente por los modelos francés, estadounidense y español, que ignoraban esta institución y por la presencia de otras figuras más o menos análogas (Fiscal General, Procurador General, etcétera), que podían considerarse como aptas para cumplir atribuciones del tipo de las que posee el *Ombudsman*. Actualmente, sobre todo después de lo que al respecto resulta del precedente de las nuevas constituciones de España y de Portugal y de los modelos

³ Entre la doctrina latinoamericana puede recordarse: Juventino Castro, "El *Ombudsman* escandinavo y el sistema constitucional mexicano", en su obra *Ensayos constitucionales*, México, 1977, pp. 113 y ss.; H. Fix-Zamudio, *Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman*, Ed. del Colegio Nacional, México, 1980. *Memoria del Colegio Nacional*, tomo IV, número 2, año 1979, Carlos Restrepo Piedrahita, "La idea del *Ombudsman* en Colombia", en *El Control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978, pp. 434 y ss.; Humberto La Roche, "El *Ombudsman* en los países nórdicos y el caso de Venezuela", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia*, Maracabo, núm. 10, 1976, Eduardo Soto-Kloss, "El *Ombudsman* Nórdico: Sajón, un control de confianza", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, 1970-1971, Caracas, vol. II, 1972, p. 355 y ss.; Nuria Vidal y Ortiz, *El Ombudsman y el amparo mexicano*, tesis, México, 1969; Justo José Prieto, "El Defensor del Pueblo u *Ombudsman*", *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, octubre-diciembre, 1984; Miguel Padilla, "El *Ombudsman* y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Dos Instituciones Diferentes", en *La Ley*, Buenos Aires, 1983; Miguel Padilla, *La Constitución y el Ombudsman*, Buenos Aires, Hugo Muñoz, "La Procuraduría en Derechos Humanos", en *Derecho Constitucional*, Ed. Juricentro, San José, Osvaldo Alfredo Gozani, "Ombudsman", en *La Ley*, 1983; Enrique Rojas, "El Ombudsman", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Costa Rica, núm. 30, 1976; Hugo Alfonso Muñoz y Carlos Rivera, "El *Ombudsman*, Posibilidad de mencionarlo en Costa Rica", en *Revista Judicial*, Costa Rica, año III, núm. 10, 1978; E. Vescovi, "El ministerio Público por la tutela de los intereses difusos en el proceso civil", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1976, núm. 2, p. 69; A. Landoni Sosa, "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en *Revista Uruguaya de derecho Procesal* 1981, p. 350.

ya existentes en el Derecho francés y en el Derecho anglosajón, es posible pensar que los obstáculos iniciales de tipo histórico han dejado de existir

2. A mi juicio, todo análisis de la institución del *Ombudsman* debe comenzar por situarla dentro del conjunto de regímenes, sistemas o procedimientos destinados a asegurar el control jurídico del poder público en general y de la administración en particular. Estos sistemas o procedimientos, por diferentes vías o mediante distintas fórmulas, tienen como objetivo esencial el de hacer realidad la existencia de un Estado de Derecho en el que la seguridad jurídica sirva de fundamento a la libertad en un orden integral de justicia.

El contralor de la constitucionalidad de las leyes, que en sus variadísimas formas es un sistema que se encuentra ampliamente difundido en el Derecho Comparado y el control jurisdiccional de la administración, ya sea en sus formas judiciales, atribuido a los Tribunales del Poder Judicial o a Tribunales especiales que no integran este poder o en las fórmulas inspiradas en el modelo francés de la competencia anulatoria del Consejo de Estado, se consideran hoy elementos indispensables para la existencia real de un Estado de Derecho.

A estos sistemas orgánicos se une la existencia de procedimientos tradicionales, cuyo conocimiento es atribuido generalmente a los órganos del Poder Judicial o a Tribunales especiales, destinados a proteger y garantizar los derechos y libertades de la persona humana, especialmente los derechos llamados de la libertad. El *habeas corpus*, en su acepción restringida, como garantía específica de la libertad física, o en su concepto amplio de garantía genérica de los Derechos Humanos, el recurso de amparo y el mandado de seguridad, son ejemplos de instituciones que han prestado un gran servicio a la causa del imperio del Derecho y a la defensa de la libertad

A estos sistemas, procedimientos o recursos, se unen, en muchos casos, las competencias ejercidas por las Fiscalías o Procuradurías

3. La creación del *Ombudsman* no significa renunciar a estos sistemas ni eliminar estos recursos. Es, por el contrario, algo que debe adicionarse a todas o a algunas de estas instituciones o recursos, según los distintos sistemas jurídicos, para complementar, desde un punto de vista distinto, actual y diferente, el control de la administración y la protección del individuo. Por eso, no se trata de plantear una opción, sino de resolver un problema de armonización y coordinación en función del objetivo esencial: fortalecer y hacer más eficaz el sistema institucional para que el Estado de Derecho sea una realidad veraz y viva

II

4 En esencia el *Ombudsman* es un órgano encargado de asegurar el desarrollo correcto de la actividad administrativa y la tutela de los derechos de los administrados. Por eso, las atribuciones que se le asignan son, con preferencia, de vigilancia y de control. Pese a que muchas veces sus competencias pueden tener carácter parajurisdiccional, el órgano, generalmente, se han encuadrado dentro del Poder Legislativo. Se le ha considerado como un delegado del Parlamento, pero sin que esto afecte su amplia autonomía y su completa independencia. No es titular de poderes de orientación política. Su acción se dirige a lograr, mediante la denuncia, el planteamiento, el consejo, y la mediación, la corrección del mal uso del poder administrativo y a evitar o a reparar, en igual forma, y por los mismos procedimientos, la lesión de los derechos individuales, sin que pueda llegar a sustituir, con su acción, a la administración pública.

La verdad es que la institución se ha desarrollado con gran empuje en los últimos tiempos, como consecuencia de la ineficiencia del sistema tradicional de garantías jurisdiccionales, frente a la acción progresivamente creciente — en intensidad y en amplitud — de la administración.

5 Por lo demás, el *Ombudsman* ha tendido, en muchos sistemas políticos, a asegurar la eficiencia del control parlamentario, frente a las consecuencias negativas que resultan de la coincidencia y estrecha relación política de la mayoría del Parlamento con el Gobierno, ejercido por titulares pertenecientes al mismo partido político que controla la mayoría del Congreso. Ante este extremo, los procedimientos tradicionales de control a cargo de la oposición parlamentaria, se han visto fundamentalmente disminuidos y ha sido preciso pensar en una nueva e indirecta forma de control del Parlamento, pero a cargo de una persona absolutamente independiente de la mayoría o de las minorías. De tal modo el *Ombudsman* tiende hoy a asegurar la existencia de un control parlamentario — más allá de las contraposiciones entre intereses de la mayoría y de las minorías —, sobre el funcionamiento de la administración pública.

6. El *Ombudsman* ejerce un control no sólo sobre el aspecto objetivo de la acción administrativa. Actúa asimismo para tutelar las situaciones individuales frente a la actuación de la administración.

7 Por todo lo que antecede, se podría decir, como síntesis provisoria, que el *Ombudsman* es un órgano vinculado al Poder Legislativo,

sin atribuciones estrictas de control político, garante del correcto uso del poder administrativo, que asegura el buen proceder de la administración y la defensa de los derechos lesionados por la actividad administrativa

8. Sus poderes no son de revisión ni de anulación. Consisten en el poder que deriva de la persuasión, razonada y seria, y de la influencia respecto de la autoridad administrativa, en su competencia para adoptar iniciativas dirigidas a plantear la corrección de los actos jurídicos irregulares o lesivos, en su capacidad para mediar entre los administrados y la administración y en su atribución de dar a conocer sus críticas y sugerencias, con todo lo que esto significa, en un régimen democrático de opinión

Con relación a esto último, hay que señalar la importancia que puede tener la atribución de pedir la anulación de los actos administrativos ilegales y que tenga capacidad para demandar, ciertos supuestos muy precisos, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

9 El *Ombudsman* no integra el Parlamento, no está sometido a la instrucción de éste, es apolítico, imparcial y objetivo, tanto por el régimen de su designación, que en general obliga a un acuerdo interpartidario, como por lo relativo a la duración de su mandato y a la independencia de sus funciones. Su autonomía de acción está, en general, reforzada por la discrecionalidad de que goza en la organización de su despacho, en la elección de sus colaboradores y en la dirección y desempeño de sus actividades

10. Hay otras características del *Ombudsman* que lo transforman en una institución particularmente útil y hasta diría yo que especialmente necesaria hoy. Se trata de su aptitud para promover y proteger, frente a la administración, no sólo los derechos civiles y políticos de los individuos, sino también sus derechos económicos, sociales y culturales. Esta categoría de derechos, cada día más importante, si se quiere pasar de una democracia formal a una democracia integral, cierta y estable, constituyen verdaderos derechos, es decir; que poseen una innegable juridicidad y resultan de la misma raíz que los otros, ya que todos derivan de la esencial dignidad del ser humano. Pero estos derechos económicos, sociales y culturales, requieren para realizarse un hacer positivo del Estado, una actitud del poder que brinde los medios materiales para que, por ejemplo, el derecho al trabajo, a la salud, al bienestar social, a la vivienda y a la seguridad social, se realicen efectivamente. De aquí que el control de la administración, para evitar que no cumpla o cumpla mal o cumpla discriminatoriamente con sus obligaciones para dar vida a esos derechos, es esencial en nuestros días

Esta vigilancia del hacer de la administración, no puede ser obra de los sistemas tradicionales de control jurídico, pensados en la mayoría de los casos para hacer frente a las violaciones de los derechos políticos y civiles. En esta materia, pues, el *Ombudsman* puede tener que cumplir un papel capital. Y si esto es así en todos los sistemas políticos, es obvio que es mucho más importante en los países en vías de desarrollo, en que la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales tiene una relevancia fáctica y una trascendencia política mucho mayor que en los países desarrollados, con niveles de vida altos y administraciones competentes y bien organizadas.

11. El *Ombudsman* puede tener hoy, asimismo, una tarea esencial para afirmar la seguridad jurídica, integrada con la idea de justicia. Es sabido que una maléfica doctrina, surgida, o mejor dicho, difundida en los años sesenta y setenta, especialmente en América Latina, pretendió hacer de la llamada seguridad nacional o seguridad del Estado, la clave y la esencia del quehacer político.

La doctrina de la seguridad nacional afirmó que la defensa del Estado se sobreponía a cualquier otro principio y que para destruir a los enemigos del Estado no hay límites éticos ni jurídicos. Esta absurda tesis, que tanto mal ha hecho en nuestra América Latina, está hoy en retroceso, pero aún tiene cultores. Es nefasta, porque supone la destrucción de la esencia del Estado democrático, y el Estado democrático ha de defenderse con medios democráticos, dentro del Derecho, con energía, decisión y firmeza, pero con las armas de la ley. Por eso hay que crear una teoría democrática de la seguridad nacional: la libertad, y que comprenda que la mejor protección de la seguridad del Estado está en actuar mediante el Derecho, dentro de los límites fijados por el Derecho.

El *Ombudsman* puede brindar una esencial cooperación para que la doctrina de la seguridad nacional, en su versión antidemocrática, perezca definitivamente y se elabore y aplique, una teoría democrática de la seguridad que, fundamentada en la justicia, garantice el orden en la libertad.

III

12. Pasemos ahora a la cuestión del *Ombudsman* en América Latina. En ciertos países latinoamericanos pueden encontrarse instituciones análogas y hay algunos pocos ejemplos de esta institución en el continente. Existen también figuras tradicionales de nuestros siste-

mas jurídicos, como los Procuradores Generales o los Fiscales Generales, quienes presentan significativas semejanzas y que pueden poseer objetivos y competencias similares. Pero no puede negarse que, en general, se carece en los países de América Latina (con muy pocas excepciones), de una institución como la del *Ombudsman*, tal como se da en los sistemas constitucionales o en los países que, con éste u otro nombre, lo han establecido.

Creo con sinceridad que, especialmente hoy, —ante las características, algunas generales, otras específicas, de una subregión o de un país, que se dan en América Latina— es necesario encarar con un esfuerzo de generalización, el estudio de la posibilidad de su creación por los sistemas constitucionales o legales de la América nuestra.

Los preceptos de las nuevas Constituciones del Perú, de 1979 (artículo 250, 4) y de Guatemala de 1985 (artículo 275); las normas vigentes en Costa Rica y Puerto Rico, los proyectos existentes en Argentina, Costa Rica, Colombia y Venezuela,⁴ son ejemplos de la importancia del tema y del interés que se le atribuye hoy en nuestra América.

⁴ El Proyecto de Ley creado en la Argentina la "Defensoría del Pueblo", fue presentado al Senado el 22 de marzo de 1985 y aprobado por esta Cámara en agosto de 1985.

El texto de la ley española del defensor del pueblo se publica en la *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1982, p. 492.

En Costa Rica el decreto del 21 de agosto de 1985 creó tres "defensores" (de los Derechos Humanos de los Refugiados, de los Derechos Humanos de los Internos del Sistema Penitenciario y de los Usuarios del Registro Nacional). Éstos se suman a los Procuradores de Derechos Humanos y del Consumidor creados por la Ley número 6 815 del 28 de septiembre de 1982. Está en elaboración un proyecto de ley, de carácter general, creando el Defensor de los Habitantes. Se presentó también en Costa Rica un Proyecto de Reforma Parcial por Adición al artículo 48 de la Constitución, en el que se establece un *Ombudsman* o "Defensor del Pueblo". El proyecto fue informado negativamente por mayoría de una Comisión especial de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, el 12 de septiembre de 1983.

En Venezuela se ha elaborado un muy estudiado anteproyecto de la ley que fue presentado, con sus antecedentes, al Primer Coloquio sobre el Proyecto de *Ombudsman* para América Latina (Caracas, 2 al 4 de junio de 1983).

La ponencia venezolana a este coloquio constituye un trabajo colectivo muy completo, que comprende los siguientes capítulos: "Introducción" (profesor Carlos Gueron), "Fundamentación de la necesidad del *Ombudsman* en Venezuela" (doctor Feddy Muñoz), "Revisión de las Instituciones y Leyes Existentes" (doctora Cecilia Sosa), "El *Ombudsman* en el Derecho Comparado" (doctor Raúl Arrieta), "Determinación de las Funciones del *Ombudsman* en Venezuela" (profesor María Helena Fernández y profesor Carlos Gueron), "El Fiscal General y el *Ombudsman*" (doctora Marisol García), "Conclusiones" (María Helena Fernández y profesor Carlos Gueron).

13. La difusión del *Ombudsman* en los sistemas jurídicos latinoamericanos actuales, se explica y justifica, por las razones y motivos que ya hemos adelantado.

Pero tiene, además, fundamentos especiales en ciertas situaciones o casos. Así, por ejemplo, en el tránsito de los regímenes autoritarios a la democracia, en que debe realizarse la ardua tarea de restaurar el concepto y la realidad del Estado de Derecho que, después de su pasajero eclipse en muchos de nuestros países, ha renacido o ha de renacer, ajustado a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales

Evidentemente, no puede pensarse, sólo para estos casos, en la creación en América Latina de la institución del *Ombudsman*, pero sin perjuicio de que se estudie la cuestión con referencia a todos los Estados de la región, pienso que el tema presenta un interés y una actualidad especiales, frente al proceso de retorno a la democracia que se da o se insinúa en muchos de los Estados de la América del Sur.

En los países en los que acaban de terminar los regímenes autoritarios, el *Ombudsman* puede cumplir una tarea esencial para asegurar que este tránsito se haga bajo el imperio de la ley, que la transición política sea pacífica, justa, sin venganzas ni revanchismos injustificables y que se realice con la seriedad y la prudencia que aseguren la estabilidad y la duración de la democracia que se reinstaura

14. El *Ombudsman*, como todos los sistemas de Contralor, pero especialmente por el hecho de ser una emanación del Parlamento, órgano que desaparece en los Gobiernos *de facto* o en las dictaduras de Latinoamérica, únicamente puede funcionar bajo un régimen constitucional que sea realmente tal y no una máscara de un dictador, adueñado del poder, luego de la violación de la Constitución. Pero esto ocurre también con todos los procedimientos de Contralor, incluso en aquellos que aparentemente subsisten luego del derrocamiento del orden legítimo.

15. Pero no sólo en estos casos de retorno al sistema democrático el *Ombudsman* posee una utilidad especialísima. En las democracias latinoamericanas que se presentan como estables, el control de la administración a cargo de un *Ombudsman* puede ser un elemento coadyuvante para asegurar la estabilidad y la permanencia del sistema.

Lo que hemos dicho en términos generales en el capítulo II es aplicable a estos casos

16. En especial no hay que olvidar que, teniendo en cuenta la generalización y frecuencia con que en América Latina se recurre a los es-

tados de excepción o de emergencia, en estas situaciones la existencia de un *Ombudsman* puede ser un elemento muy importante para evitar el desbordamiento del poder, manteniéndolo en los límites constitucionales y evitando, o contribuyendo a evitar, las violaciones de los Derechos Humanos que generalmente se dan en estos casos.

17. En otras regiones de América Latina, en donde la guerra civil y los conflictos armados internos generan focos de tensión gravísimos, aprovechados para la confrontación de las superpotencias, el *Ombudsman* puede ayudar a restaurar la idea de la democracia, la fe en el Derecho y la esencia de la libertad y así ser un factor esencial de pacificación.

18 En todos estos casos, pero con especial fuerza en algunas situaciones que existen en la realidad política de América Latina, la figura del *Ombudsman* puede ser un elemento para devolver la perdida credibilidad popular en el Estado de Derecho y en la protección honesta y no discriminatoria de los derechos del hombre, frente a una administración tradicionalmente ensoberbecida por su omnipotencia.

IV

19. Como consecuencia de todo lo dicho ¿qué conclusiones es posible extraer sobre la forma en que puede realizarse la “recepción” de la institución del *Ombudsman* en América Latina? ¿Qué líneas generales podrían recomendarse para su regulación constitucional o legal, tanto en lo que respecta a su designación como en lo relativo a sus competencias?

En primer término creo que hay que partir de que no debe intentarse presentar un posible proyecto de ley uniforme que pueda servir como modelo único para todos los países latinoamericanos. Hay que respetar las particularidades jurídicas de cada sistema nacional, las especificidades de su tradición jurídica, los requerimientos propios de cada situación, las características individualizantes de cada administración.

Un intento de legislación uniforme, sería antihistórico, regresivo y peligroso.

Lo que hay que hacer es afirmar los conceptos, los principios básicos y las grandes líneas que resultan del Derecho Comparado y de la experiencia, para que puedan servir de fuente de inspiración, de posible y eventual, aunque flexible modelo de referencia, para la elaboración de los proyectos nacionales pertinentes

20. En cuanto a que si el *Ombudsman* debe ser creado por la Constitución o por la Ley

Creo que el ideal es que lo relativo al *Ombudsman* y a lo esencial de su estatuto jurídico esté previsto, en la Constitución. En ese sentido la nueva Constitución de Guatemala en cuanto a la existencia, designación y competencias del “Procurador de Derechos Humanos” (artículos 274-275), es un ejemplo de interés y un antecedente a considerar

Pero si bien es aconsejable que sea la Constitución la que establezca el *Ombudsman*, para lo cual pueden aprovecharse los actuales procesos de reforma constitucional en curso que se dan en muchos países latinoamericanos, no pienso que sea políticamente recomendable que, en general, se plantee una reforma constitucional con ese único objeto, ni que se subordine su creación a que su establecimiento deba tener necesariamente base constitucional.

Es útil para asegurar el prestigio, la permanencia y la jerarquía del órgano, que la creación del *Ombudsman* resulte de una norma constitucional. Pero puede no ser aconsejable una reforma con ese único objeto y por ello, si es posible ir a su creación inmediata por vía legislativa, no debe diferirse su establecimiento.

21. Pero si bien no hay objeción esencial para que el *Ombudsman* sea creado por Ley —aunque sería preferible que su creación derivara de la Constitución—, estimo que no debe reputarse aceptable su creación por vía administrativa. El *Ombudsman* de la administración no puede resultar, ni debe resultar, de un acto emanado de la propia administración. Ni por su origen normativo, ni por el sistema de designación posible, ni por las competencias que se le puedan atribuir, el *Ombudsman* debe ser creado por decreto.

22. No hay duda de que los principales elementos a tener en cuenta en una legislación sobre el *Ombudsman* en Latinoamérica derivan de todo lo que he dicho precedentemente, en especial de lo expuesto en los párrafos 4 al 16. A esas afirmaciones me remito

23. Pero, en especial, esta legislación debe tener en cuenta.

a) En cuanto a la designación. Debe ser hecha por el Parlamento, con un régimen que asegure su plena independencia

b) En cuanto a sus competencias. Los modelos existentes, y en especial el ejemplo de la Constitución de España y de la Ley vigente 3/1981, aseguran la posibilidad de una adecuada regulación normativa. Sin duda habrá que tener en cuenta las particularidades de cada país, lo que resulta de su sistema contencioso administrativo y del régimen en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Pero no es

hoy difícil elaborar un proyecto al respecto, en particular luego de los textos preparados en Guatemala, Costa Rica, Venezuela y Argentina. Estas competencias resultan de la naturaleza de la institución y de lo que podría calificarse como sus atribuciones naturales (párrafos 4, 5, 6, 8, 9, y 10).

24. Más importante que pretender esquematizar las características que debe poseer la institución, en una palabra las líneas esenciales de su estatuto jurídico, es pronunciarse sobre algunos problemas sobre los cuales es necesario tomar posición previa

a) ¿Debe haber un defensor del pueblo u *Ombudsman*, o varios, por sectores o tipo de actividades?

El Derecho Comparado, incluso el latinoamericano, presenta las dos fórmulas o posibilidades. Hay argumentos de peso para defender uno u otro criterio. Me inclino, sin embargo, por una institución única. Solo así puede lograrse la seriedad, el prestigio y la coherencia que aseguren que los objetivos que se buscan con la creación del *Ombudsman* puedan alcanzarse

Cosa distinta, admisible y lógica, es que dentro de los servicios del *Ombudsman* haya funcionarios especializados en la protección de ciertos derechos o encargados de determinados sectores de la actividad administrativa.

b) ¿Es posible en los regímenes federales o en los que reconocen autonomías regionales, que haya *Ombudsman* locales?

Si el régimen constitucional lo permite, no veo objeción a esta fórmula. El caso español, con los "Defensores" que muchas comunidades autónomas han establecido, es un precedente de interés.

Pero lo importante en Latinoamérica, hoy, es que se encare la creación de *Ombudsman* o Defensores del Pueblo, con competencias referidas a toda la administración estatal. Y esto debe ser así, trátase de sistemas federales o unitarios. Los problemas constitucionales pueden ser complejos. No entraré en su análisis. Pero la complejidad de estas cuestiones y la necesidad de buscar una efectiva eficacia de la institución, no alteran de forma alguna el criterio que sustento sobre la necesidad inicial de que se cree un *Ombudsman* con competencias nacionales

25. Son estas algunas reflexiones preliminares sobre el tema. El debate del foro ha de aportar, sin duda, nuevos y más valiosos elementos de juicio.

Creo que el impulso hacia la creación de *Ombudsman* o Defensores del Pueblo en América Latina, por responder a ineludibles necesida-

des actuales. llevará en pocos años a la generalización de la institución. Y estoy seguro de que con ello se habrá dado un paso adelante en el necesario esfuerzo para afirmar la democracia, fortalecer y defender el Estado de Derecho, contribuir a la protección de los Derechos Humanos, ayudar al efectivo contralor de la administración y mantener el funcionamiento de los servicios públicos dentro de las esferas de eficacia, no discriminación y respeto a la ley que son exigibles en el Estado moderno.