

EL OMBUDSMAN JUDICIAL Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*

I

1. Mi intervención se diferenciará totalmente de las magníficas ponencias que hemos escuchado. Todas éstas han analizado el concepto, naturaleza y competencias del *Ombudsman* Judicial en general y en relación con los casos de México, Argentina, España, Canadá, Austria, Gran Bretaña y Puerto Rico.

La mía, en cambio, no está referida a ningún sistema particular y concreto de organización del *Ombudsman*. Tampoco tratará en profundidad de los conceptos generales sobre el *Ombudsman* y la Justicia, ya que a su respecto me remito a lo que han dicho los ilustres ponentes que me han precedido.

Mi ponencia encara estrictamente la relación entre el *Ombudsman* Judicial y la protección internacional de los Derechos Humanos. Esta cuestión es, en términos generales, un tema nuevo y, por eso, mis páginas son una primera aproximación al tema.

2. Nadie puede dudar hoy que la institución del *Ombudsman* (defensor del pueblo, defensor de los ciudadanos, defensor de los habitantes, mediador de la República, etcétera), constituye, en el Derecho Comparado y en la realidad política actual, uno de los medios más eficaces para contribuir a que la administración pública actúe en el marco del Derecho, para que sea eficaz y no discriminatoria y para que los Derechos Humanos encuentren una forma adicional de protección y defensa.¹

En 1986 publiqué en la *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*² un trabajo sobre el *Ombudsman* en América Latina, que fue una reelabo-

* El *Ombudsman Judicial. Perspectivas internacionales*, CNDH, México, 1993.

¹ Una excelente enumeración comentada de los distintos sistemas existentes, puede encontrarse en "Médiateurs et Ombudsman", en *Revue Française d'Administration Publique*, París, núm. 64, octubre-diciembre 1992.

² Héctor Gros Espicoll, "El Ombudsman en América Latina", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1, 1986, pp. 73-39.

ración de la ponencia que presenté en el Primer Simposio Latinoamericano del *Ombudsman*, celebrado en Buenos Aires, en noviembre de 1985.

Al releer ahora ese antiguo trabajo, pienso que las afirmaciones que hice en 1985 pueden servir de base a los criterios que sustentaré ahora, en 1993, respecto del *Ombudsman* Judicial y la protección internacional de los Derechos Humanos, tema que entonces no encaré

Dije entonces:

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 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.

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 control. Pese a que muchas veces sus competencias pueden tener carácter parajurisdiccional, el órgano generalmente se ha 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 pública. Su acción se dirige a lograr, mediante la denuncia, el planteamiento, el consejo, la mediación, la corrección del mal uso del poder administrativo y a evitar o 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.

Por todo lo que antecede se podría decir, como síntesis provisional, 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.

Sus poderes no son de revisión ni de anulación. Consisten en la fuerza que deriva de la persuasión, razonada y seria, de la influencia respecto de la autoridad administrativa, en su competencia para adoptar iniciativas desiguales 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 lo 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, en ciertos supuestos muy precisos, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

3 La conciencia de la utilidad y la comprobación de la eficacia del tipo de acción desarrollada por el *Ombudsman* ha llevado, en muchos sistemas jurídicos, a crear y establecer, incluso de manera complementaria, fórmulas análogas para controlar el ejercicio de las competencias de sectores específicos y particularmente sensibles de la administración, como por ejemplo la policía, las comunicaciones o la seguridad y la asistencia social, o dirigidas a funcionar en sectores públicos autónomos,³ como es el caso, entre otros muchos, de las universidades

A mi juicio, esta proliferación de *Ombudsman*, si bien es demostrativa de la necesidad de la existencia de la institución y de los beneficios que produce su actuación, puede ser peligrosa. No soy partidario, por ello, de la creación de múltiples *Ombudsman* sectoriales. Me pronuncio decisivamente porque, a nivel nacional, haya un sólo *Ombudsman*, aunque pueda ser útil que sectores especializados dentro de la institución atiendan la vigilancia de manifestaciones específicas y distintas de la actividad administrativa.

Naturalmente, no hemos de entrar al análisis de esta proyección sectorial de la idea que ha servido tradicionalmente de fundamento al establecimiento del *Ombudsman*.⁴ Sólo hemos de destacar, por la incidencia que esto tiene en el tema que hemos de desarrollar, que los *Ombudsman* sectoriales, defensores de la regularidad jurídica y de los Derechos Humanos, no han de significar, ni por su forma de designación, ni por sus atribuciones, ni por sus relaciones orgánicas o funcionales, un atentado o una forma de injerencia inadecuada de otros centros de autoridad, en la autonomía o en el estatuto jurídico propio y específico que esos servicios poseen

Hay que señalar que, asimismo, junto a los *Ombudsman* de carácter nacional, con un ámbito espacial de competencia que cubre todo el territorio del Estado, se han creado, en ocasiones, *Ombudsman* regionales (para las regiones, las provincias, Estados) y para los municipios, departamentos o ciudades

4 La feliz idea que llevó a crear y desarrollar esta forma específica de control en el marco de la administración pública estatal y en sectores

³ En mi trabajo antes citado analice esta cuestión pronunciandome, pese a reconocer los importantes argumentos para defender la tesis contraria, por la existencia de un *Ombudsman* único, pero con funcionarios especializados en la protección de ciertos derechos o encargados de determinados sectores de la actividad administrativa (p. 74)

⁴ En el libro citado, la nota 1 agrupa los estudios dedicados a este asunto bajo el rotulo de "La Médiation hors l'Etat"

administrativos específicos de la actividad del Estado, tenía necesariamente que proyectarse en actividades privadas, de especialísima sensibilidad en cuanto a su incidencia en la vida colectiva, en la opinión pública, y por su capacidad para poder afectar derechos y libertades fundamentales.

Es así, y también como ejemplo, seleccionado entre otros muchos posibles, que algunos grandes periódicos y otros medios de información masiva, como es el caso del diario *El País* de Madrid, han creado verdaderos *Ombudsmen*, para que los individuos puedan dirigirse a ellos señalando los errores, las desviaciones informativas y las actuaciones de esos órganos, violatorias del derecho o de la ética o lesivas de los derechos y libertades de la persona humana

5 Antes de entrar al tema de la relación entre los *Ombudsmen* que actúan internamente y la protección internacional de los Derechos Humanos, es necesario referirse a algunas figuras que existen o que se proyectan en el ámbito internacional, que por su forma de actuación presentan algunas analogías —sin perjuicio de sus diferencias— con la institución del *Ombudsman*.

Aunque el estudio de estas figuras y su actuación respecto de los Derechos Humanos no constituyen la materia propia de esta ponencia, no es posible dejar de referirse a ellas

A nivel internacional, hace años que se viene hablando de crear un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁵ La forma como se ha encarado la cuestión de las competencias que tendría este funcionario —recibir denuncias individuales o colectivas, analizar situaciones, aconsejar, recomendar y hacer públicos sus juicios, pero sin competencias resolutorias, anulatorias o sancionatorias, en un sistema de coexistencia con los otros procedimientos jurisdiccionales, existentes a nivel universal y regional—, lo hacen en cierta forma asimilable a lo que es en el ámbito interno, el *Ombudsman*.

La reciente decisión del Gobierno del Presidente Clinton de replantear la idea —ya formalizada hace unos años en los proyectos, entre otros, del Uruguay, Costa Rica y de los Países Bajos y la actual situación internacional, luego de todo lo acaecido después de 1990—, permite pensar en la posibilidad de que se llegue en el futuro a la creación de este Alto Comisionado

⁵ Héctor Gros Espiell, "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, II, Madrid, 1988, párrafo 26, p. 55

En la Conferencia de Derechos Humanos de Viena, que finaliza hoy, parecería que se ha podido lograr un consenso dirigido a proponer el establecimiento de ese Alto Comisionado.

6 Se ha previsto, asimismo, en el Tratado de Maestrich, es decir, regionalmente, un Defensor del Pueblo Europeo, con objetivos y competencias, a nivel comunitario y con respecto al funcionamiento de los órganos comunitarios, en cierta forma análogos a los de los *Ombudsman* o mediadores nacionales.⁶ Para evitar todo error, hay que precisar que este mediador no controlaría la actuación de las administraciones internas de los Estados Partes, sino únicamente lo relativo al funcionamiento de los órganos de la Comunidad Europea

⁶ Ricardo Gosbaldo Bono, "Maestrich et les Citoyens, le Médiateur Européen", en *Médiateurs et Ombudsman*, op. cit., pp. 639-649. El artículo G. 41 del Tratado de Maestrich agrega al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea un artículo 138 E que dice

1 El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales

En el desempeño de su misión, el Defensor del Pueblo llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de las reclamaciones recibidas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, salvo los hechos jurisdiccionales. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución interesada, que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Este remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución interesada o persona de quien emane la reclamación, la cual será informada del resultado de estas investigaciones

El Defensor del Pueblo presentará cada año al Parlamento Europeo un informe sobre el resultado de sus investigaciones

2 El Defensor del Pueblo será nombrado después de cada elección del Parlamento Europeo para toda la legislatura. Su mandato será renovable

A petición del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia podrá destituir al Defensor del Pueblo si éste dejare de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o hubiere cometido una falta grave.

3 El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones con total independencia. En el ejercicio de tales funciones no solicitará ni admitirá instrucciones de ningún organismo. Durante su mandato, el Defensor del Pueblo no podrá desempeñar ninguna otra actividad profesional, sea o no retribuida

4 El Parlamento Europeo fijará el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación del Consejo, por mayoría cualificada

II

7 Finalmente, y con esto ya salimos de los criterios introductorios para entrar en nuestro tema concreto, es preciso recordar que hemos asistido en los últimos años al nacimiento y desarrollo de la idea de la conveniencia de establecer un *Ombudsman* Judicial a nivel interno, es decir, en el interior de los Estados.⁷

¿Por qué?

Porque la actividad que desarrolla el Poder Judicial, de importancia esencial y de volumen y complejidad crecientes, implica la existencia de problemas difíciles de resolver, arduas cuestiones administrativas, delicados asuntos vinculados con relaciones funcionales y humanas con quienes esperan justicia y no fáciles temas de tipo laboral

La eficiencia del trabajo y el crítico retardo, cada día más grave, en la tarea de dar justicia, con la proyección que esto tiene en la adecuada y eficaz protección y defensa de los Derechos Humanos, justifican plenamente esta idea y estas iniciativas.

Naturalmente, el respeto a la independencia del Poder Judicial, la necesidad de que el *Ombudsman* Judicial sea designado por las autoridades de ese poder y sus competencias fijadas por ellas, y de que sus actividades, por tanto, no afecten el exclusivo y excluyente ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces, son extremos que han de ser estrictamente garantizados.⁸

⁷ La tesis que sostuve en mi trabajo de 1985 no me impide hoy reconocer que las características especialísimas que debería tener —por razones de todo tipo— un *Ombudsman* Judicial no harían quizás aconsejable que el control que éste debe ejercer fuera cumplido por el *Ombudsman* que desempeña funciones con respecto a la administración en general

⁸ Con razón ha dicho Álvaro Gil-Robles en su trabajo "Le Défenseur du peuple Espagnol et la Justice", en *Médiateurs et Ombudsman*, op. cit., pp. 664-665:

L'application de ces principes se traduit par l'interdiction faite au Défenseur du Peuple d'intervenir dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Par contre, lorsque c'est l'administration judiciaire qui est en cause, le Défenseur du Peuple doit impérativement intervenir. L'article 54 de la Constitution lui recommande de veiller des droits de la personne garantis par l'article 24 (intégré dans le titre premier)

L'un de ces droits fondamentaux est que "toutes les personnes ont le droit d'obtenir une protection effective des juges et tribunaux dans l'exercice de leurs droits et intérêts légitimes" sans aucune exception. Le fondement juridique de l'intervention du Défenseur du Peuple dans ce domaine est donc incontestable.

Les motifs d'intervention du Défenseur du Peuple sont très variés: plaintes sur des comportements imputables à des juges et à des magistrats pris individuellement ou aux fonction-

III

8. Ahora bien, en la hipótesis de la existencia de este tipo de *Ombudsman*, del *Ombudsman* Judicial, ¿cómo incidiría tal hecho en la cuestión de la protección internacional de los Derechos Humanos, tal como hoy está regulada, tanto a nivel universal como a escala regional?

Es necesario hacer esta distinción entre las fórmulas universal y regional, porque sin perjuicio de la existencia de valores y principios necesariamente universales en lo que se refiere a la promoción y protección internacional de los Derechos Humanos,⁹ hoy día, especialmente en cuanto a nuestra América, los procedimientos de protección pueden ser universales o regionales. Universalismo y regionalismo coexisten actualmente —referidos a la promoción y protección de los Derechos Humanos, en una forma coordinada y armónica.¹⁰

9 En primer lugar, el *Ombudsman* puede cumplir una eficaz tarea, recordando a la administración el deber de aplicar las normas y los principios internacionales en vigencia, relativos a la garantía y protección internacional, tanto a nivel universal como regional, de los Derechos Humanos. Es lo que han hecho y hacen ya muchos *Ombudsman*.

Este tipo de actuación, que puede desarrollarse fácilmente, es capaz de contribuir al progreso de la situación de los Derechos Humanos.

10 Sin duda, el asunto más interesante y más difícil en el tema de la relación entre el *Ombudsman* Judicial y la protección internacional —universal o regional— de los Derechos Humanos, es la cuestión de cómo juega la exigencia del agotamiento de los recursos internos, im-

naires de la justice en général, plaintes concernant des retards dans les procédures judiciaires et qui sont la conséquence directe d'une situation objective de manque de moyens ou de tribunaux saturés, certaines plaintes soulèvent de la stricte responsabilité du ministère de la justice (comme toutes celles qui concernent les prisons), d'autres affaires mettent simplement en cause le comportement d'un avocat ou d'un procureur.

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Héctor Gros Espiell, "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos", *op. cit.*, p. 30, "La evolución del Concepto de los Derechos Humanos, Criterios occidentales, socialistas y del Tercer Mundo", en *Estudios I*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰ Héctor Gros Espiell, "Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los Derechos Humanos", en *Estudios de Derechos Humanos*, I. Caracas-San José, 1985, pp. 77-95. Una actualización de la cuestión fue hecha en mi curso, en 1989, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya ("La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Analyse Comparative", *Recueil des Cours*, 218, 1989, VI, La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, Análisis Comparativo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991).

puesta hoy como condición o requisito para acceder a la protección internacional

11 Sin embargo, y antes de entrar al análisis de este problema, es preciso decir claramente que la mera existencia de un *Ombudsman* Judicial —que a través de su control impulsa a la justicia a que cumpla con sus cometidos de una manera eficiente y rápida— constituye de por sí un elemento positivo que va a facilitar y promover la protección internacional de los Derechos Humanos, necesariamente subsidiaria,¹¹ en el grado de evolución actual de la comunidad internacional y del Derecho de Gentes, de la protección interna o nacional.¹²

12. La exigencia de agotamiento de los recursos internos para acceder a la protección internacional —sea universal o regional— de los Derechos Humanos, constituye un criterio general, uno de los principios esenciales sobre los que, todavía hoy, reposa esa protección.

En el ámbito universal dicha exigencia está impuesta en el artículo 41.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y en el artículo 5.b del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

En el ámbito regional americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en el artículo 46, exige como condición de admisibilidad de las peticiones (artículo 44) o comunicaciones (artículo 45) de personas o entidades gubernamentales o de Estados Partes, presentadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de juris-

¹¹ El principio de la subsidiaridad tiene un sentido distinto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el derecho comunitario. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos significa que la protección internacional —universal o regional— es subsidiaria, consecutiva, de la protección nacional, es decir, posterior o subsiguiente. En el derecho comunitario, en cambio, quiere decir que, en virtud de la subsidiaridad, existe o nace una competencia comunitaria cuando no se ha ejercido la competencia nacional correspondiente.

Es un criterio dirigido a complementar o ampliar las competencias comunitarias exclusivas, en virtud del cual pueden ejercerse competencias comunitarias que no son exclusivas. La cuestión ha sido incluso objeto de regulación en el Tratado de Maestrich (artículo 3b del Título II). Véase Marie France Christophe Tchkaloff, “La subsidiarité du vice et de la vertu de l’ambiguïté”, en *Revue Politique et Parlementaire*, año 95, núm. 964, marzo-abril, 1993, pp. 70-78; Chantal Millon Delson, *Ingérence et non ingérence de l’État, le Principe de Subsidiarité*, PUF, París, 1992.

¹² Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, Análisis Comparativo*, op. cit., 1991, párrafo 18, p. 29.

dicción interna, conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos".

Esta condición de admisibilidad determina, asimismo, la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 61 I)

En el sistema europeo, el agotamiento de los recursos internos está exigido en el artículo 26 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950)

En el sistema africano la misma exigencia se encuentra en el artículo 56 de la Carta Africana de Derechos de los Hombres y de los Pueblos, como condición de admisibilidad de las comunicaciones dirigidas a la Comisión

13 La exigencia del agotamiento de los recursos internos, como condición de la admisibilidad para acceder a los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos, en especial a los que contienen un régimen jurisdiccional a cargo de una Corte o Tribunal, como el americano y el europeo, provoca necesariamente una honda transformación de antiguas y arraigadas ideas del Derecho Procesal interno tradicional.

En efecto, la cosa juzgada interna ya no es más, en estos casos y ante estos sistemas, una expresión de la verdad jurídica inmutable. Es sólo un presupuesto procesal para poder recurrir a un régimen internacional, de cuya intervención puede resultar un fallo que desconozca o decida de manera opuesta a lo resuelto en virtud de una sentencia interna, que constituye la expresión de la cosa juzgada según el derecho nacional. De tal modo, la cosa juzgada interna no puede oponerse a la revisión de lo decidido por la instancia nacional en el proceso del asunto ante la jurisdicción internacional.

14 El agotamiento de los recursos internos no es exigible, según el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención Americana, cuando:

a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trate el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados,

b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos,

c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos

Aunque estas excepciones no se encuentran enumeradas en la Convención Europea, se puede considerar que implícitamente existen en el sistema europeo, porque constituye una expresión de lo que al respecto reconocen los principios de derechos internacionales generalmente reconocidos, a los que se remite el artículo 26 de esta Convención. La solución adoptada por la Convención Americana es evidentemente mejor. Elimina posibles dudas y se adelanta a eventuales observaciones —teniendo en cuenta que los Estados tratan casi siempre de escudarse en el no agotamiento de los recursos internos para eludir el control internacional de las violaciones de los Derechos Humanos—, manteniendo siempre abierta la puerta a un desarrollo progresivo y progresista mediante la remisión "a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos", que hace el párrafo 1 a del artículo 46, al exigir que "se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho una cuidadosa aplicación de esta exigencia de agotamiento de los recursos internos que, por ser menos conocida que la efectuada por la Comisión y la Corte Europea, merece ser expresamente referida.

La Corte Interamericana ha señalado, con razón, que el Estado involucrado puede renunciar al agotamiento de los recursos internos, pues esta regla del agotamiento está puesta por el interés del Estado. La Corte Interamericana citó en su decisión la jurisprudencia coincidente de la Corte Europea en los casos *Vagrancy*.

La Corte Interamericana, siguiendo una posición ya sostenida por la doctrina, y afirmada asimismo en Europa, entendió que la Corte puede revisar el criterio de la Comisión respecto del agotamiento de los recursos internos.

La Corte, al interpretar este artículo de la Convención, ha enumerado una serie de criterios que deben destacarse porque, fijados al inicio de su jurisprudencia contenciosa, se proyectarán en los próximos años, no sólo por la fuerza de la tradición, sino también porque resultan de una interpretación correcta, racional y realista de los textos pertinentes.

Ha sostenido así que la remisión a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos es relevante, no sólo para determinar en qué situaciones se exime el agotamiento de los recursos, sino también porque esos principios son elementos necesarios para el análisis que la Corte haga al interpretar las reglas establecidas en el

artículo 46.1 a Es decir, que no únicamente por la vía de la aplicación de esos principios de Derecho Internacional se abre una vía no evolutiva que permite darle a la enumeración del artículo 46.2 un carácter no taxativo ni cerrado, sino que, en principio, han de ser utilizados para interpretar el artículo 46.1 en cuanto, por ejemplo, a la prueba de agotamiento de los recursos internos, la carga de la prueba y el concepto mismo de recursos internos

Ha estimado, en cuanto a la carga de la prueba, que el Estado que alega el no agotamiento tiene en su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad

Agregó luego, que si un Estado que alega el no agotamiento prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados, o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2.

Ha precisado que la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual podrá presumirse renuncia tácita a valerse de la misma por el Estado interesado.

Ha considerado que los recursos que deben agotarse son los "adecuados" y "efectivos" o eficaces, es decir, capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos.

En el caso americano, como ya lo señalamos, la Corte Interamericana ha afirmado criterios amplios y progresistas que, respetando el principio del agotamiento de los recursos internos, expresión necesaria de carácter subsidiario de la protección internacional de los Derechos Humanos frente a la protección nacional brindada por el Derecho interno, están dirigidos a evitar que esa exigencia se transforme en un escudo de impunidad y en una valla ilegítima para impedir la protección internacional de los Derechos Humanos.

15 El sistema de las Naciones Unidas es análogo, aunque menos evolucionado

El artículo 4.1.c del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dice

El Comité conocerá del asunto que se someta, después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer de conformidad con los principios del Derecho Internacional generalmente admitidos. No se aplicará esa regla cuando la terminación de los mencionados recursos se prolongue injustificablemente

Y el artículo 5 2 b del Protocolo Facultativo dispone que el Comité no examinará ninguna comunicación, a menos que se haya cerciorado de que: "El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificablemente".

El Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha hecho una interpretación progresista de estas normas, lo que ha permitido la existencia de un régimen al respecto, análogo al existente en los sistemas regionales de Europa y de América.

16 En el sistema regional africano, los párrafos 5 y 6 del artículo 56 de la Carta Africana determinan que las comunicaciones dirigidas a la Comisión, para ser examinadas, deben llenar la condición de

Être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure des ces cours se prolonge d'une façon anormale;

Être introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine.

17 Cinco cuestiones son, a mi juicio, especialmente relevantes en cuanto a la relación del tema del *Ombudsman* Judicial con la cuestión del agotamiento de los recursos internos en función de la protección internacional de los Derechos Humanos

Prunero. Teniendo en cuenta el principio general, reconocido especialmente por la Convención Americana, que el retardo justificado en la decisión sobre los recursos internos permite acceder a la protección internacional sin necesidad de que esos recursos se hayan formalmente agotado, el *Ombudsman* Judicial puede cumplir una tarea esencial para cooperar en que no haya retardos injustificados o para la constatación de que esos retardos han existido

En efecto, el *Ombudsman* Judicial, de oficio o a petición de los interesados, podrá incitar o impulsar a los jueces a una actividad jurisdiccional más rápida, para evitar que se configure un retardo injustificado. Pero, además, y esto puede llegar a ser de importancia determinante, podrá comprobar dicho retardo, elemento que será capital en la posterior decisión de la Comisión o de la Corte sobre la admisibilidad

Segundo. El *Ombudsman* podrá denunciar que no existe en la legislación interna el debido proceso legal para la protección de los derechos que se alega han sido violados y, asimismo, podrá comprobar y

señalar públicamente que no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acreso a los recursos de jurisdicción interna o que haya sido impedido de agotarlos.

Estos extremos, al igual que en el punto primero, facilitarían de una manera excepcionalmente destacable la posibilidad de que la Comisión o la Corte declaren admisible la protección o comunicación, pese al no agotamiento formal de los recursos internos

Tercero. Los recursos internos que deben ser agotados para recurrir a la protección internacional son, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹³ los “adecuados”, “efectivos” o eficaces para producir el resultado para el que han sido concebidos. No es necesario que haya un pronunciamiento al respecto del más alto órgano de la jerarquía judicial interna. Basta con que haya interpuesto el recurso requerido, según el sistema jurídico nacional, para prevenir, sancionar o responsabilizar por la violación del derecho presuntamente violado y que, con relación al tipo de acción emprendida, se hayan agotado los recursos procesalmente pertinentes. La opinión del *Ombudsman* Judicial, frente a denuncias presentadas ante él sobre este punto, puede ser importante para clarificar este tipo de análisis.

Cuarto. La actuación del *Ombudsman* Judicial, ante denuncias o planteamientos por el mal, ineficaz o lento funcionamiento de la justicia, no constituye un recurso que pueda ser exigible para considerar que se han agotado los recursos internos

Quinto. La carencia de medios económicos y la no disposición de defensa letrada suministrada por el Estado en casos de indigencia, puede constituir, como lo han dicho la Corte Americana y la Corte Europea, un extremo que puede permitir aceptar, en esos casos, el no del agotamiento de los recursos internos. La existencia y actuación de un *Ombudsman* Judicial es capaz de ayudar a clarificar las situaciones en que estos extremos se dan, con las consecuencias antes señaladas.

18. Una reflexión final. Creo que sería sumamente interesante estudiar, —y por el momento me limito a señalar el interés de análisis previo, sin atreverme a proponer una fórmula por la complejidad muy grande de los problemas que involucra— la posibilidad de que los *Ombudsman* puedan presentar peticiones o comunicaciones relativas a violaciones de los Derechos Humanos cometidas en los países que actúan, ante las Comisiones de Derechos Humanos, creadas por los tra-

¹³ *Ibid.*, p. 150, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 60-68

tados existentes en la materia en Europa y en América. Esto requeriría que las leyes internas atribuyeran esta competencia al *Ombudsman* y que por una reforma o un Protocolo Adicional al Tratado de Roma y al Pacto de San José se hiciera posible la presentación de peticiones o comunicaciones por los *Ombudsman*. Si se aceptara esta fórmula, se agregaría una tercera vía de acceso a las dos actualmente previstas en el sistema europeo y en el sistema americano de protección de los Derechos Humanos.

Sería necesario también estudiar la posibilidad de presentar comunicaciones o peticiones a los órganos de protección de los Derechos Humanos del sistema universal de las Naciones Unidas.

La complejidad de todo esto hace imposible pensar en su instrumentación a breve plazo. Es sólo, hoy, un asunto a estudiar.

19 Conclusión. Todo lo que antecede demuestra, a mi juicio, que la existencia de un *Ombudsman* Judicial no interfiere con el funcionamiento de sistemas de control o protección internacional —universal o regional, jurisdiccional o cuasijurisdiccional—, de los Derechos Humanos.

Pero, además, creo que, por las razones expuestas, la actuación de un *Ombudsman* de este tipo contribuye a mejorar y hacer más eficaces los regímenes de protección internacional de los Derechos Humanos, en especial para ayudar a impedir que la exigencia del agotamiento de los recursos internos sea una valla, muchas veces utilizada de mala fe, para impedir o dificultar, irregularmente, el acceso a la protección internacional.

Estimo que debe estudiarse la posibilidad de dar a los *Ombudsman* la competencia de presentar comunicaciones o peticiones a las Comisiones de Derechos Humanos ya que esas Comisiones, creadas por convenciones multilaterales, como en Europa y en América, tienen la atribución de recibir y tramitar denuncias por violación de los Derechos Humanos.

Pienso, por último, que a nivel universal o regional puede ser conveniente la creación de figuras como el Defensor del Pueblo, previsto en el Tratado de Maestrich, o del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.