

En suma el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo se ha convertido hoy en día en un símbolo de las modernas y más auténticas democracias. El que la propia Unión Europea haya reconocido a sus miembros determinados derechos de ciudadanía, y haya previsto la puesta en marcha de un *Ombudsman* Europeo, es el más claro ejemplo de que ya no nos encontramos ante un exótico ejemplo de laboratorio, sino ante un eficaz y experimentado medio de proteger más y mejor a los ciudadanos de nuestros días frente a los posibles abusos del poder.

III. El defensor del pueblo en la América Latina

Abordar el tratamiento de esta cuestión resulta especialmente interesante e incluso apasionante para cualquier estudioso de la institución del *Ombudsman*, especialmente si se tienen en cuenta factores tan determinantes como los que han influido en el proceso evolutivo que hemos descrito.

Hace menos de dos décadas sugerir que el Defensor del Pueblo podría llegar a integrarse en los distintos países de América Latina, podía parecer un sueño o un vano empeño de erudito del derecho. Hoy es una realidad cierta, pujante y efectiva en no pocos países y otros tantos se aprestan a introducirlo en sus sistemas constitucionales y a regularlos legislativamente. Algunos de estos últimos terminado ya este proceso se encuentran en fase de elección del titular de la institución y de puesta en marcha de la misma.

En consecuencia abordar hoy en día el estudio riguroso y en profundidad del fenómeno de expansión del Defensor del Pueblo en América Latina, sus rasgos esenciales, características propias y tipos de cuestiones a las que ha de hacer frente, no solo es una rigurosa necesidad científica, sino también una ineludible exigencia en vistas a facilitar su mayor operatividad.

No obstante comprenderán quienes me escuchen que me acerque a la cuestión no solo con el respeto que el tema se

merece, sino también con la prudencia que exige el no ser un auténtico especialista en cuanto al conocimiento profundo de los distintos sistemas constitucionales de los países latinoamericanos, así como con respecto a las circunstancias específicas que hayan podido rodear el nacimiento y el desarrollo de la institución en muchos de ellos. Solo pretendo, en consecuencia, adelantar algunas ideas generales (sin perjuicio de más adelante intentar realizar un estudio en profundidad), y en consecuencia he de rogar que me disculpen por las carencias o errores que esta exposición sin duda pueda contener.

1. Antecedentes

No creo que sea un desacierto afirmar que al igual que en el caso español, la institución del Defensor del Pueblo o la del Procurador de los Derechos Humanos se inspira directamente en la institución original del *Ombudsman* escandinavo, si bien cada país ha realizado sus particulares adaptaciones, teniendo en muchos casos muy presente el más cercano antecedente constitucional y legal español.

Pero también puede sostenerse desde una perspectiva histórica que funciones en cierta manera similares a las que cumplió el Sahib-al-Mazalim de la España musulmana (el cual se aparecía, según RIBERA, como “un Juez de extraordinarias y excepcionales atribuciones, nombrado por el Sultán, para la especial tarea de oír y substanciar las quejas de contrafuero o agravio de autoridad y empleados públicos”), o más tarde el Justicia Mayor de Aragón, también en el continente americano se pueden detectar situaciones y experiencias semejantes, que podrían considerarse como remotos antecedentes de la realidad actual.

Así durante el imperio incaico en el Perú, siglos XI al XVI, actuaba el Tucuyricuy (“el que todo lo ve”) encargado de vigilar la compleja administración y funcionamiento burocrático del Consejo Imperial (integrado según se ha podido saber por los jefes de cada Suyu (es decir de las cuatro provincias del

Imperio), los Suyuyuc Apu (conjunto de funcionarios), los Capac Apo (que cumplían funciones de gobierno en ciudades de importancia) y otros delegados y representantes, comunicando sus informes a las jerarquías superiores del Imperio, pudiendo llegarse como consecuencia de ellos a la destitución de distintos funcionarios.

Otro tanto podría decirse muchos años más tarde con respecto al Protector de los Indios, dentro de la estructura de la administración indiana, creado a iniciativa de Fray Bartolomé de las Casas por el Cardenal Cisneros, por Real Cedula de 17 de septiembre de 1516.

En igual sentido y por solo citar algún ejemplo, en México “La Procuraduría de Pobres” creada en 1847, e integrada por tres procuradores designados por el Gobierno, tenía por función actuar en defensa de las víctimas de las injusticias y abusos de las autoridades. Hacían visitas de inspección a las cárceles o cualquier oficina pública; realizaban investigaciones de oficios y podían recabar cualquier tipo de documentación en las oficinas públicas.

En otro orden de cosas el ejemplo de los Personeros Municipales en Colombia, es otra muestra sin duda más cercana pero igualmente válida, de instituciones que en ámbitos territoriales definidos realizaban funciones que más tarde se han integrado como propias del Defensor del Pueblo, recientemente constitucionalizado en aquella República.

Desde esta perspectiva pues no puede ignorarse que en su momento se produjeron interesantísimas experiencias precursoras del actual Defensor del Pueblo o del Procurador de los Derechos Humanos y que al margen de las expuestas quienes me escuchan y otros eruditos investigadores a buen seguro que podrían aportar no solo otros ejemplos, sino incluso más significativos, pero se corresponde ahora analizar muy breve y descriptivamente la situación actual. Pero procede ahora realizar una somera descripción o puesta al día del

proceso de adaptación actual del defensor del Pueblo a los distintos países de América Latina y naturalmente ello exige trabajar con un cierto método.

Cualquier clasificación a la hora de estudiar una materia tiene siempre un determinado grado de aleatoriedad, y en el caso que nos ocupa, posiblemente no nos encontremos ante una excepción. De cualquier forma y a efectos meramente orientativos, he optado por realizar una división de trabajo considerando diferentes grupos de países y en concreto por una parte aquellos que ya lo han constitucionalizado, los que simplemente los regulan por ley, los que están en pleno proceso de reforma constitucional y finalmente otros supuestos varios.

2. Países que ya tienen en marcha la institución

a) Con previsión constitucional

1. Encabeza este grupo la República de Guatemala cuya Constitución de 31 de mayo de 1985, fue la primera en introducir la institución en América Latina y en constitucionalizarla a través de los artículos 273 y siguientes, que conforman el capítulo quinto del Título sexto dedicado a las "Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional".

El Procurador de los Derechos Humanos nace como un comisionado del Parlamento, que le elige, con la misión de defender los derechos humanos garantizados por la Constitución, fiscalizando a la administración y rindiendo un informe anual al Congreso. La ley de 1º de octubre de 1986 articula la regulación concreta del funcionamiento de la Comisión y el Procurador de los Derechos Humanos.

Desde el punto de vista técnico no cabe la más mínima duda de que el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala se vincula a la mejor y más pura tradición de los *Ombudsman*, estando también claramente presente la influencia del art. 54 de la Constitución Española. Pero al tiempo se introducen factores

que lo diferencian de cualquier otro modelo y que suponen dar entrada a algunas competencias muy particulares, que más tarde veremos reproducidas en otras experiencias constitucionales y legales de otros países latinoamericanos. Así el entender que la asunción de quejas por la violación de los derechos humanos, que es base fundamental de la razón de ser del Procurador, no exige que las mismas sean formalmente imputables a una administración pública y a sus funcionarios, sino que también pueden abordarse casos que afecten exclusivamente a relaciones entre particulares. Si a ello añadimos la amplísima concepción constitucional de los derechos humanos, podremos entender la envergadura de la misión encomendada al Procurador.

De otra parte también se le reconoce legitimación activa para actuar ante los tribunales en defensa y cumplimiento de su misión, posibilitándosele .

2. La experiencia de Guatemala permaneció durante algunos años como casi exclusiva en Centro América, hasta que en la República de México empezaron a darse los primeros pasos para configurar una institución semejante al *Ombudsman*. El camino seguido en este caso ha sido diferente y se corresponde sin duda con la propia dinámica interna de un país con un veterano orden constitucional y donde la presencia dominante de un ejecutivo presidencialista, como en casi toda América, no puede ignorarse.

Ya me he referido anteriormente a la iniciativa del Gobernador de San Luis Potosí, Ponciano Arriaga, de crear las Procuradurías de Pobres, pero acercándonos a nuestros días ha de citarse como antecedente la creación de la Procuraduría Federal del Consumidor, activa desde 1976 y creada por la Ley Federal de Protección al Consumidor de 19 de diciembre de 1975, así como la iniciativa de don Pedro Zorrilla Martínez, Gobernador de Nuevo León, que en 1978 propuso crear una Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos, que no prosperó.

No obstante será a partir de 1990, bajo la administración del Presidente Salinas de Gortari, cuando se aprecie un impulso decidido y riguroso para poner en marcha los mecanismos institucionales necesarios para la defensa de los derechos fundamentales. Así por Decreto Presidencial de 5 de junio de 1990 se crea la Dirección General de Derechos Humanos, dependiente entonces de la Secretaría de Gobernación, y que fue el germen de lo que hoy conocemos como Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Más tarde el 27 de enero de 1992 se publica la reforma del artículo 102 de la Constitución, estableciendo su apartado B "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos y omisiones de naturaleza administrativa proveniente de cualquier autoridad o servidos público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas". Más adelante se exceptiona organismos de conocer sobre quejas referentes al orden electoral y se prevé la existencia de un mecanismo de apelación para conocer de las inconformidades en relación con las recomendaciones que formulen.

Consecuencia de esta modificación constitucional fue la Ley orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de 25 de junio de 1992, donde sin duda el punto más significativo, a los efectos que aquí interesan y sin entrar en el riquísimo ámbito de sus competencias, es el que establece una designación del Presidente de la Comisión a través de una "competencia compartida" entre el Presidente de la República que hará el nombramiento pero sometido a la aprobación de la Cámara de Senadores, o no estando reunida esta, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

Sin duda puede mantenerse que la Comisión Nacional de Derechos Humanos no reúne plenamente la característica esencial de un *Ombudsman* en su más clásica acepción, cual es que sea elegido única y exclusivamente por el Parlamento, pero no puede negarse que de hecho cumple plenamente las mismas funciones con un grado de independencia no discutido por nadie, y que al tiempo se está produciendo un paulatino desplazamiento institucional hacia esta última formulación pura. De hecho se ha roto la formal dependencia del ejecutivo, pues de hecho tal dependencia no ha existido realmente, y ya participa el Legislativo en el nombramiento, al tiempo que se constitucionaliza la institución. Si tenemos en cuenta que una institución como el *Mediateur* francés es considerada indiscutiblemente como un *Ombudsman* y es nombrado exclusivamente por el Presidente de la República y en nada se relaciona directamente con el Parlamento, creo que sería profundamente injusto cuestionar la verdadera condición de *Ombudsman* de la CNDH.

Sin embargo, si es interesante observar que la misión fundamental de la Comisión es la protección de los derechos humanos, sin perjuicio de otras cuestiones de control ordinario de la administración, pero además también le compete la “promoción, estudios y divulgación” de aquellos. No obstante las quejas por violación de derechos humanos han de ser imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con lo que esencialmente quedan fuera de su competencia las cuestiones entre particulares (con las salvedades del art. 6º. II b), que se supone dependerán del orden judicial ordinario. Añadamos a ello que el Poder Judicial queda expresamente fuera del ámbito de competencia de la Comisión, y que se dice expresamente “ninguna autoridad o servidor público dará instrucciones” a la CNDH, en perfecta sintonía con lo que igualmente dispone de manera taxativa la ley orgánica del Defensor del Pueblo español.

Finalmente destacar una característica que casi me atrevería a valorar de única en el contexto de las normas que regulan el funcionamiento de los *Ombudsman*, como es el que las

recomendaciones y resoluciones de la CNDH pueden ser recurridas en queja, lo que en cierta forma pudiera parecer contradictorio con el modelo original, pues el *Ombudsman* con sus resoluciones ni niega ni reconoce derechos, y por consecuencia no parece necesario articular una vía de impugnación de sus acuerdos.

3. Cierra este grupo de países El Salvador y Colombia. Con respecto al primero de estos, la Procuraduría de Derechos Humanos tiene un origen directamente vinculado a los acuerdos de paz que pusieron fin a largos años de guerra civil. En tales acuerdos y más concretamente en los firmados en Ciudad de México el 27 de abril de 1991, se establecía la creación de la Procuraduría con la específica misión de promover y defender los derechos humanos en todo el país (Apartado II. 1.c)

Consecuencia de ello fue la articulación de diferentes modificaciones constitucionales que condujeron a la actual redacción de los artículos 191 y 194 de la Constitución, por lo que al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos se refiere. En este último se determinan las competencias a que ya hemos hecho referencia, pero además ha de advertirse que en su mandato de velar por la protección de las víctimas de las violaciones de derechos humanos, no se hace distinción entre quejas que se refieran a la administración o a los particulares, por lo que ha de entenderse que es competente para investigar en ambos terrenos. También se le reconoce la posibilidad de interponer recursos judiciales o administrativos a estos mismos efectos; elaborar informes y recomendaciones, así como emitir opinión sobre proyectos de ley. Finalmente y completando este capítulo fundamental de defensa de derechos fundamentales de las personas, el Procurador podrá “supervisar la actuación de la administración pública frente a las personas”, lo que completa su abanico de competencias al igual que el conjunto de los *Ombudsmen*.

Es importante destacar que el art.192 de la Constitución establece la elección del Procurador por la Asamblea Legislativa

y un mecanismo de mayoría calificada para su posible destitución, lo que refuerza notablemente su estatuto de independencia frente a los poderes públicos cuya actuación ha de supervisar. El 20 de febrero de 1992 se aprobó por la Asamblea Legislativa la ley que específicamente regula el funcionamiento de la Procuraduría.

No puede silenciarse que la Procuraduría en El Salvador está íntimamente ligada a los trágicos avatares por los que tuvo que pasar el país durante estos últimos años y que su papel en el reforzamiento de la incipiente democracia ha sido y es esencial, así como que tal misión esta siendo cumplida con un esfuerzo notable y un rigor y eficacia generalmente reconocido, de todo lo cual puedo dar fe como testigo directo de tal actividad y prestigio institucional.

4. La experiencia colombiana, finalmente, reviste otros caracteres, dado que aun cuando el Defensor del Pueblo se encuentra directamente vinculado hoy en día a la Constitución de 4 de julio de 1991, es lo cierto también que pueden apreciarse ciertos precedentes que hacen de esta incorporación constitucional el que sea un paso más en un largo proceso histórico de reflexión al respecto.

No es este el lugar oportuno para detallar en extenso tales antecedentes, pero si puede recordarse que ya en 1885 don Sergio Arboleda sugirió al Consejo de Delegatarios la creación de lo que llamaba un "poder Cooperativo", con la misión de velar por el amparo de los derechos individuales. Posteriormente han sido varios los intentos para introducir la institución en el país. Así la iniciativa del Presidente del Senado en 1964, don Augusto Espinosa Valderrama para la creación del "Procurador del Congreso para la Administración"; o las manifestaciones de Alfonso López Michelsen, en 1958, según las cuales deploraba que no existiera "entre nosotros la moderna institución del *Ombudsman*", proponiendo finalmente en 1976 un proyecto creando la "proveduría de la administración".

En su excelente trabajo sobre el Defensor del Pueblo en Colombia, el doctorando Enrique Alexis González Parales, recoge además de las ya expuestas otras muchas iniciativas, incluida la experiencia de la Consejería de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, que es el precedente más cercano, y que ha facilitado su definitiva inclusión en la nueva Constitución.

Pero el tratamiento que en ésta se da a la institución conduce a reconocer que si bien el Defensor del Pueblo en Colombia, en la práctica ha demostrado que es rigurosamente independiente, técnicamente no lo es aún en plenitud por cuanto su art. 281 determina claramente que “formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación”, si bien es cierto también que la propia Constitución prevee su elección por la Cámara de Representantes. No puede ocultarse que esta estructura constitucional es compleja y posiblemente contradictoria, no pudiendo explicarse más que como el resultado de una fuerte resistencia de la Procuraduría General de la Nación a perder competencias. No tengo duda de que en el futuro esta situación se decantará hacia una plena autonomía constitucional y legal del Defensor del Pueblo. Resulta también interesante constatar como en el caso colombiano se producen avances importantes sobre el conjunto de competencias que hemos visto que en términos generales reconocen otras constituciones a los Procuradores de Derechos Humanos o Defensores del Pueblo en Latinoamérica. Así el art. 282 de la Constitución, le encomienda la defensa de los derechos humanos y la divulgación de estos, pero también le legitima para interponer acciones populares ante los tribunales en asuntos de su competencia y para presentar proyectos de ley, es decir le reconoce directamente iniciativa legislativa. Son sin duda estas competencias muy singulares, de enorme interés y que habrá que analizar como se encauzan en su ejercicio, estudiando los informes del Defensor al Parlamento.

5. Un tratamiento y consideración particulares requiere el caso del Perú, por cuanto de una parte es cierto que en la Constitución recientemente aprobada se ha creado la figura del *Ombudsman*, e incluso con prácticamente todos los rasgos esenciales, o formales, de una institución clásica, pero no deja también de ser menos cierto que cabe albergar serias dudas sobre el contexto realmente democrático del actual régimen político peruano surgido de un golpe de estado.

Trataré pues el supuesto peruano en este apartado, por razones formales de clasificación, pero dejando claras todas mis reservas en cuanto a si se dan o no las condiciones objetivas políticas que hemos visto que son requisito indispensable para la existencia y buen funcionamiento de un verdadero *Ombudsman*.

Con el anterior régimen constitucional el Ministerio Público asumía las funciones de defensa de los derechos que hoy se confían al Defensor del Pueblo constitucional, de tal forma que su art. 250. 4 encomendaba a aquel “actuar como defensor del pueblo ante la administración pública”. La propia ley orgánica del Ministerio Público de 16 de marzo de 1981, le atribuía el “velar por el respeto de los derechos fundamentales de la persona proclamados por el Título I, Capítulo I, de la Constitución, en el ámbito de la administración pública, incluyendo las fuerzas armadas y fuerzas policiales sin interferir en lo que es propia estos mandos (sic)”.

Más tarde el Reglamento de la Ley de simplificación administrativa de 1989, en su art. 3º, J., establecía que eran derechos de los usuarios el “ser amparados por el Defensor del Pueblo en los casos de abuso y de actos arbitrarios cometidos por servidores y funcionarios públicos y hacer uso de todos los recursos que les franquean las leyes”, aun cuando ha de entenderse esta referencia al Defensor como propia del Ministerio Público, como bien indica Raquel Alvarez Díaz, en su proyecto de tesina sobre la materia, ya que el mismo año el propio Fiscal de la Nación creó fiscalías especiales de defensoría

del pueblo y derechos humanos en determinados distritos judiciales del Perú.

Al margen de lo anterior, y como ya indicaba, la nueva Constitución, ratificada en referéndum el 31 de octubre de 1993, en sus arts. 161 y 162 configura la institución del Defensor del Pueblo, con carácter autónomo, dependiendo del Poder Legislativo que lo elige, y en consecuencia terminando con el período de integración en el Ministerio Público y en consecuencia en el ejecutivo. No recibe mandato imperativo y se le atribuye la misión de defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Se configura como una magistratura de persuasión, que actúa a través de recomendaciones e informes, y que recibe quejas de los ciudadanos pero no de los funcionarios en relación con su patrono.

b) Países con regulación exclusivamente de orden legal

1. En este segundo bloque pueden incluirse dos importantes países como son Argentina y Costa Rica, ninguno de los cuales ha dado aun el paso de incluir en sus textos constitucionales una referencia expresa a la institución del Defensor del Pueblo o del Procurador de los Derechos Humanos, que sin embargo está funcionando en ambos desde hace ya un tiempo. No obstante también creo que puede adelantarse que en las futuras reformas constitucionales que tales países tal vez pongan en marcha en un tiempo no muy lejano, la inclusión de esta institución será un hecho.

En el caso argentino no puede afirmarse que la institución carece de antecedentes. Con carácter nacional el Defensor del Pueblo nace con la Ley n° 24.284, de 1° de diciembre de 1993, después de un largo proceso que se inicia con el proyecto de ley de los senadores Eduardo Menen y Libardo Sánchez en el año

1984. Incluso unos meses antes de convertirse en ley, la institución fue regulada por un Decreto Presidencial, que preveía en su texto la próxima aprobación de la ley y que de hecho nunca dio lugar a la designación y puesta en marcha de la institución por esta vía.

Pero además de estas iniciativas parlamentarias y los conocidos trabajos científicos del Dr. Padilla y del Dr. Maiorano, impulsor de la actual ley siendo Ministro de Justicia, es lo cierto también que la Argentina ha conocido una práctica real de funcionamiento de la institución tanto en el ámbito de las provincias, como en el de la Municipalidad de Buenos Aires, pionera en el país al crear su Honorable Consejo Deliberante, por Ordenanza de 17 de octubre de 1985 (n° 40.831) la Controlaría General Comunal. Las Provincias de Santa Fe, San Juan, San Luis, Córdoba y Formosa cuentan con Defensores del Pueblo creados por leyes de sus respectivos Parlamentos, remontándose la primera de ellas al año 1987. Además las ciudades de La Plata y de Posadas, así como las comunas de Chilecito (La Rioja) y La Banda (Santiago del Estero) cuentan también, según mis noticias, con la institución funcionando en su propio ámbito competencial.

Como conclusión de este largo proceso, Argentina se encuentra pendiente únicamente de completar el proceso de elección del primer Defensor del Pueblo nacional, lo que es muy posible que incluso se complemente a lo largo de estos días, con lo que definitivamente se cerraría el ciclo de contar con defensores municipales, provinciales y nacional.

La Defensoría del Pueblo se crea "en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación", siendo elegido por el Congreso de la Nación, no recibiendo instrucciones de ninguna autoridad y cuya función fundamental es proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, según determina el art. 1° de la ley.

Desde la perspectiva competencial la nueva institución nace con un amplio campo de actuación, pero también con severas restricciones. Así el art. 16 determina que en el concepto de administración pública nacional “quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios”.

No obstante a renglón seguido deja bien claro que “quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y los organismos de defensa y seguridad”, lo que sin duda constituye un bloque de materias muy significativas. Junto a ello se le reconocen al Defensor las competencias de investigación y sugerencia o recomendación, comunes a todos los *Ombudsman*, pero al contrario que a otros Defensores de América Latina no se le reconoce legitimación activa ante los tribunales de justicia, ni iniciativa legislativa, carencias por otra parte comunes a otros muchos otros *Ombudsman* tradicionales.

2. En cuanto a Costa Rica y dentro de este fugaz repaso a los más elementales rasgos de las distintas instituciones, también puede afirmarse que la incorporación del *Ombudsman* a su rico ordenamiento jurídico, no ha sido el resultado de una decisión inesperada, sino la consecuencia de una experiencia previa de bastantes años de existencia de otras iniciativas (vinculadas al ejecutivo) en la materia.

En concreto un primer y tímido germen se encontraba en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 22 de septiembre de 1982, cuyo artículo 7º configuraba como órganos de la misma dieciocho procuradores sectoriales o especializados, entre los que se encontraba el de Derechos