

LA EVOLUCIÓN EUROPEA DEL *OMBUDSMAN*

SUMARIO: I. *Los orígenes*. II. *La expansión y decadencia*. III. *Los rasgos identificativos*. IV. *El precio de la expansión: decadencia y recuperación*. V. *Una institución útil y aceptada*.

Fernando Álvaro GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO

Es para mí un gran honor aceptar la invitación para participar en este libro homenaje al doctor Jorge Carpizo, amigo de tantos años, ejemplo de integridad política, jurista admirado por sus discípulos y amigos, universitario de vocación, hasta el punto de llegar a ser rector de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pero sobre todo, luchador infatigable en la defensa de los derechos humanos y la legalidad constitucional.

Desde que le conocí admiré profundamente el coraje y la energía con la que afrontaba cada reto que asumió en el terreno de la política institucional. La coherencia nunca falseada entre lo que pensaba y pregonaba y sus obras y conducta pública y privada. Es muy difícil encontrar un ser humano tan grande y al tiempo tan sencillo y humilde a la hora de ordenar su vida.

Yo tuve la inmensa suerte de compartir con él experiencias en el terreno de la defensa de los derechos humanos, y muy especialmente durante su etapa como presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y en mi caso como Defensor del Pueblo en España.

Pienso que la mejor contribución que hoy pueda hacer en su memoria es poner negro sobre blanco lo que bien pudiera haber sido el contenido de una de aquellas conversaciones que teníamos sobre la vida política mexicana del momento (sobre todo en su etapa de procurador general de la República y luego secretario de Gobernación), y especialmente sobre los avatares del *Ombudsman*.

No soy quién para adentrarme en los arcanos de la política mexicana, así que me centraré en el *ombudsman*. En las líneas que siguen no busque el lector más profundidades que una simple reflexión sobre el camino recorri-

do por esta querida institución, sus avatares y evolución en Europa, cuna de su nacimiento y puente para su expansión en América Latina y en el mundo entero.

Precisamente fue Jorge Carpizo quien puso en marcha y pilotó la primera fase de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, siempre fiel a sus particulares tradiciones, prefirió sumarse a la iniciativa de Naciones Unidas de crear comisiones de derechos humanos en todos los países. Una iniciativa que aún hoy sigue impulsando, incluso en aquellos países en que existe un auténtico y eficaz *ombudsman*, respondiendo solo a sus propias iniciativas políticas, aunque el resultado sea duplicar lo ya existente, en vez de procurar mejorarlo, si fuera necesario.

El caso mexicano ha sido diferente. La CNDH ha venido a desempeñar la labor de un verdadero *Ombudsman*, y así ha sido reconocido por el conjunto de los *Ombudsmen*, reunidos a escala mundial en el IOI, aunque haya seguido manteniendo esa doble faceta y vinculación.

El doctor Jorge Carpizo, con el ejemplo de su buen hacer, tuvo mucho que ver con este reconocimiento internacional.

Fue también un referente extremadamente valioso para el resto de los *ombudsmen* latinoamericanos, que paulatinamente se fueron poniendo en marcha. No se puede ignorar aquí lo que supuso de decisivo para esta institución en estos primeros pasos, el ejemplo de personas como Jorge Carpizo, Luis Maiorano en Argentina, Leo Valladares en Honduras, entre otros.

Todos ellos profundamente comprometidos con la institución y lo que representaba, independientes y llenos de coraje a la hora de afrontar los problemas que se les presentaban y responder a la confianza de los ciudadanos que les solicitaban. ¡Qué diferencia con cuanto ha acontecido después!

Pero no es mi intención extenderme sobre el *Ombudsman* en América Latina. No es el momento ni el objeto de estas breves líneas.

Solo quiero plasmar unas breves consideraciones sobre la experiencia europea de una institución a la que he dedicado académica y políticamente muchos años de mi vida, y sigue siendo para mí un apasionante mundo de reflexión, aun cuando ya esté muy lejos de las responsabilidades del día a día de su dirección.

Porque el Defensor del Pueblo, el *Ombudsman* en adelante, ha sido y es una institución que suscita tantos afectos como recelos, por no decir abierta hostilidad en algunos casos, tanto en medios académicos como políticos de todos aquellos países en los que existe, y más aun en aquellos en que de tiempo en tiempo se presentan iniciativas para su instauración.

No es una institución que deje indiferente.

I. LOS ORÍGENES

Quién iba a decirles a los revolucionarios suecos que redactaron la *Regeringsform* (Constitución) de 1809, que aquel parágrafo núm. 96 por el que instituían un mandatario del Parlamento (el *Justitieombudsman*) para controlar la justicia y posteriormente la administración, sería el germen de una institución universal que terminaría por expandirse no solo a casi toda Europa, que la vio nacer, sino por el mundo entero.

En su evolución ha demostrado su enorme capacidad de adaptación a los más diferentes sistemas políticos y jurídicos, salvo las dictaduras, pues solo puede haber un verdadero *ombudsman* en una democracia. Ha demostrado que puede aparecer con carácter nacional, regional, local o sectorial, e incluso a escala supranacional. En algunos supuestos ha sobrepasado el marco de lo público para ser instrumentalizado por entidades privadas, medios de comunicación, etcétera.

En todo caso su origen revolucionario o su nacimiento de la mano de una situación de crisis institucional nacional la ha marcado profundamente y ha sido un signo, más o menos atenuado, de su incorporación a los distintos sistemas jurídicos.

II. LA EXPANSIÓN Y DECADENCIA

No obstante, desde la iniciativa sueca, tiene que pasar casi un siglo para que un país vecino, Finlandia, la adopte en 1919, y será solo después del cataclismo de la Segunda Guerra Mundial y la potenciación de las modernas administraciones interventoras y reguladoras de la vida social cuando distintos países (Dinamarca 1953, Noruega 1962 o Reino Unido en 1967, por solo citar los más precoces) la van incorporando a sus sistemas jurídicos como una institución de fiscalización de esas poderosas administraciones públicas, y con carácter complementario a los medios tradicionales, ya existentes, como el control interno de la propia administración, el jurisdiccional, o el parlamentario directo, insuficientes para atender pronta y eficazmente a las necesidades ciudadanas.

Con los años, terminaría por incorporarse a los más diversos países, en todos los continentes, sufriendo modificaciones y adaptaciones, que en ocasiones parecía explicar más su existencia al seguimiento de la moda de la ombudsmanía, como predicen sus detractores, que a una verdadera y rigurosa voluntad de instaurar un verdadero *ombudsman*. El oportunismo, la manipulación y el fraude político también han estado presentes a lo largo del extenso periplo intercontinental realizado por esta institución.

Sin entrar aquí en detalles, no debemos sin embargo perder de vista que no toda institución que dice ser un *ombudsman*, o lo pretende, responde a las características básicas originales, sin cumplir las cuales difícilmente puede considerársele como tal. El referente escandinavo, y en gran medida también el español, son un recuerdo de la exigencia del respeto de algunos signos de identidad que no pueden ignorarse.

III. LOS RASGOS IDENTIFICATIVOS

¿Cuáles podríamos considerar que son esas características de base que identifican a un *ombudsman*, tal y como se concibió originalmente la institución?

Sin entrar en mayores especificidades, creo que se pueden identificar algunos rasgos fundamentales, sin perjuicio de que respetados estos, cada una de las diferentes opciones nacionales haya introducido o añadido otras complementarias, que responden al deseo de facilitar un mejor encaje del *Ombudsman* en su ordenamiento jurídico, pero sin alterar o desfigurar el contenido esencial de la institución.

Así, y en primer lugar, su naturaleza netamente parlamentaria, tanto por su elección como por responder únicamente ante el órgano legislativo, al que dirige sus informes anuales de gestión, y que aprueba autónomamente su presupuesto; un ámbito de competencia que incluye todas las administraciones y servicios públicos sin excepciones; actuar de oficio o a solicitud de cualquier persona física o jurídica; la gratuidad y la independencia política de su titular, así como su inmunidad e inviolabilidad para los actos y decisiones que adopte en el ejercicio de sus funciones.

A este núcleo básico se puede añadir, en algunos casos, la posibilidad de disponer de una legitimación activa para actuar ante los tribunales ordinarios, e incluso ante la jurisdicción constitucional. Durante muchos años los *ombudsman* escandinavos fueron casi los únicos que gozaron de esta competencia.

En el caso español, la Constitución quiso ser sumamente generosa en cuanto a la naturaleza, competencias y poderes que otorgaba al defensor del pueblo. En primer lugar, porque lo elevó al rango constitucional, y segundo, porque su regulación concreta queda encomendada a una ley orgánica, que exige mayoría cualificada para aprobarse y modificarse. Ello evita posibles veleidades políticas de sus detractores, siempre dispuestos a eliminar un molesto control del poder, como ha ocurrido recientemente en España y a lo que me referiré más adelante.

Pero también porque se le encomienda no solo la tarea de mediar en la resolución de quejas individuales contra la administración, fiscalizando la

legalidad de sus resoluciones, sino también permite que a través de sus recomendaciones pueda incidir en el conjunto normativo sugiriendo su modificación.

Añádase a ello su legitimación para recurrir en amparo o en inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, o la de solicitar un hábeas corpus ante un tribunal ordinario, para comprobar que estamos ante una institución muy singular y con potestades nada desdeñables.

IV. EL PRECIO DE LA EXPANSIÓN: DECADENCIA Y RECUPERACIÓN

Establecidas estas pautas de identidad, el observador interesado por ver la evolución y expansión de la institución podrá comprobar hasta qué punto el choque entre quienes la han considerado necesaria y útil, y quienes han defendido la suficiencia de los medios tradicionales de control; es decir, los recursos administrativos y, en su caso, los jurisdiccionales, o prioritariamente el control parlamentario directo, ha sido determinante para que en la Europa continental se desvirtuasen algunas de aquellas características fundamentales a la hora de introducir el *ombudsman* en los diferentes ordenamientos nacionales.

En algunos casos el miedo a lo desconocido, y en otros el conocimiento profundo de la figura del *ombudsman*, han sido la causa de esta degradación.

De esta forma, vemos que desde que el Reino Unido dio un tímido paso para su incorporación en 1967, pero situándolo siempre en el terreno de la pura “maladministration” hasta el momento en que Portugal, después de la caída del dictador lo incorpora a su Constitución, otros países lo han aceptado, pero casi siempre pagando el precio de su desnaturalización. Así en unos casos será porque el *Ombudsman* no es elegido por el Parlamento, sino nombrado por la reina o por el presidente de la República.

En otros casos no tendrá competencia para conocer de las quejas contra todas las administraciones públicas, y en todo caso nunca con respecto a la administración de justicia o el ejército; o porque sus informes no van al Parlamento, sino al presidente de la República, o porque no puede recibir quejas de oficio, sino solo transmitidas por los parlamentarios, aunque en el caso francés se han producido últimamente modificaciones sustanciales, que eliminan este requisito, pero lo desdibujan en otros aspectos. Casi en ningún supuesto se le reconoce legitimación para recurrir ante los tribunales.

En unos casos es demasiado fuerte el recelo de los parlamentarios a perder su hegemonía en el ejercicio del control directo sobre las administraciones públicas; en otros, es la resistencia del aparato tecnócrata de estas, los

llamados altos cuerpos de la administración, sobre todo en los sistemas de *droit administatif*, que se oponen radicalmente y lo consideran un “gadget”.

Esta resistencia numantina de los sectores más tradicionales de la administración estatal y del mundo político ha hecho que veamos aparecer en algunos países solo *ombudsmen* regionales, de Estados federados, municipales, e incluso sectoriales, antes que el nacional, que en algunos supuestos sigue sin existir.

Esa expansión del *ombudsman* bajo la fórmula regional o municipal, me parece que ha sido extremadamente positiva. Es cierto que allí donde existe un *ombudsman* nacional con competencia universal; es decir, sobre todas las administraciones públicas, como es el caso español, se genera un inevitable problema de coordinación, que solo se puede resolver en el marco de los acuerdos de cooperación interinstitucional, además de con buena fe y espíritu de colaboración de todas las partes implicadas. Curiosamente, este mismo problema competencial se puede observar en algunos casos, entre los *ombudsmen* regionales y los municipales.

Deben por tanto buscarse las fórmulas más eficaces de atender al ciudadano, sin superposiciones ineficaces de fiscalizaciones. Es una verdadera desgracia que una de las primeras consecuencias de la crisis económica en España haya sido la desaparición de algún defensor regional y el anuncio de otros posibles. Los ciudadanos han perdido una institución de proximidad, aun cuando no la protección, pues el defensor del pueblo sigue actuando. Esperemos que no sea un signo de los tiempos que se avecinan.

En todo caso, el proceso de expansión sigue adelante. No tengo tiempo de analizar este fenómeno en los distintos continentes, pero en lo que al europeo se refiere, la recuperación de los signos de identidad del verdadero *ombudsman* se produce con la llegada de la democracia a la península ibérica.

Como ya he comentado, Portugal primero y España después, darán rango constitucional al *ombudsman*, recuperarán su amplísimo campo de competencias, sin excepciones inadmisibles en el control de las administraciones públicas en una democracia y Estado de derecho; universalizando el derecho de queja de todas las personas, y no solo de los ciudadanos; introduciendo la posibilidad de actuar de oficio; eligiéndolos por mayorías cualificadas de los respectivos parlamentos, y reconociéndoles la legitimación para acudir ante el Tribunal Constitucional.

Dos instituciones que nacieron también como consecuencia de una revolución institucional, como es el paso de la dictadura a la democracia, con mucha pujanza y que muy pronto pudieron demostrar su eficacia y su aceptación por la ciudadanía. Pero ambas instituciones entre sus competencias recuperaron una extraordinariamente importante, como es la de controlar

las violaciones de los derechos humanos (fundamentales) por parte de las administraciones y poderes públicos. Frente a otros *ombudsmen* a los que se había limitado su competencia al control del funcionamiento ordinario de la administración, la famosa “maladministration” (dejando para los tribunales las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas), el defensor del pueblo asume una competencia plena, sin exclusiones.

Esta misma experiencia positiva es la que posibilitó que el entonces presidente del gobierno español, Felipe González, propusiera la incorporación del *ombudsman* a escala comunitaria, proponiendo su inclusión en el Tratado de Maastricht (artículos 80 y 138E), que le dio vida, con acceso de todos los ciudadanos de la Unión Europea con quejas contra el funcionamiento de la administración comunitaria.

La experiencia ibérica, y en especial la española, tendrá igualmente mucha importancia a la hora de poner en marcha el proceso de expansión del *ombudsman* por América Latina, pues ambos ejemplos estarán muy presentes en el momento de desarrollar los diferentes proyectos de ley.

Y en este contexto de versatilidad institucional, no me resisto a recordar lo que tal vez haya sido el ejemplo más extremo de la evolución de esta institución, aparte de la experiencia en Bosnia Herzegovina como consecuencia de los acuerdos de Dayton. Me refiero a la puesta en marcha de un *Ombudsman* durante la guerra de Chechenia, que, actuando *in situ*, recogía las quejas de la población chechena por las violaciones de los derechos humanos cometidas por parte del ejército y fuerzas de seguridad rusas.

Esta experiencia excepcional, propuesta y sufragada por el Consejo de Europa, en el marco de la acción de su Comisario para los Derechos Humanos y con el acuerdo del gobierno de la Federación de Rusia, permitió frenar no pocos abusos y crímenes, al tiempo que constituir un valiosísimo archivo o historial de las más graves violaciones sufridas por el pueblo checheno durante aquel terrible periodo.

En suma, una fenomenal expansión, que no siempre ha respondido a la verdadera naturaleza de la institución original, sino en algunos casos a una urgencia instrumental y también en otros al simple deseo de responder en sus mínimos a una exigencia social, a una moda o a lo que yo llamaría en algunos casos a una estética institucional.

V. UNA INSTITUCIÓN ÚTIL Y ACEPTADA

Pese a todas estas dificultades, hemos de reconocer que el *Ombudsman*, bajo diferentes nombres, hoy ya no es discutido en cuanto a su eficacia y oportunidad.

En nuestro país haN dado pruebas más que suficientes de ello, y sinceramente creo que el recelo que la doctrina administrativista manifestaba en un primer momento con respecto a la iniciativa constitucional ha desaparecido.

Es de justicia reconocer aquí el mérito de quienes tuvieron la visión y el acierto de impulsar la incorporación del Defensor del Pueblo a la Constitución, y en especial a don Gregorio Peces Barba, a quien quisiera recordar aquí con inmenso afecto y reconocimiento, con su iniciativa de proposición de ley en nombre del partido socialista, y a doctor Manuel Fraga Iribarne que le dio nombre.

Pero los peligros están siempre latentes sobre esta institución constitucional.

Hemos visto a lo largo de estos años cómo en no pocos países lo que fueron pujantes e independientes instituciones respetadas por la ciudadanía se han ido diluyendo de la mano de la intervención del Poder Ejecutivo, conector del peligro de una institución verdaderamente independiente y procediendo en consecuencia a favorecer la designación de *Ombudsmen* más acomodaticios con el poder, por decirlo en términos diplomáticos.

Lo que no entienden los que así actúan es que en nada favorecen el orden constitucional democrático en el que un buen *Ombudsman* puede llegar a ser pieza clave para resolver problemas en el interés de todos.

Pero para ello hace falta que el *ombudsman* goce de credibilidad, y esto solo puede ser así si se garantiza su absoluta independencia, que no su apoliticidad; si se renuncia a incluir al *ombudsman* en el tablero de instituciones a repartir entre las diferentes fuerzas políticas en juego y se busca conformar un consenso parlamentario en torno a la persona más competente y capaz, sea cual fuere su orientación política. La elección de todo *ombudsman* debe quedar fuera y permanecer al margen del combate político partidario. Lo contrario, y en el mejor de los casos, es ignorar el verdadero sentido de la institución. En el peor, sería el simple deseo de convertirlo en un codiciado botín de las mayorías parlamentarias, desnaturalizándolo.

Como toda institución unipersonal— al igual que en el supuesto de los colegiados— debe estar preparado o preparada para sufrir todo tipo de presiones, del gobierno, de la sociedad, de los medios, de los grupos políticos y, naturalmente, de sus propios ex correligionarios.

Solo la fuerza moral que le otorga el consenso sobre su elección y su independencia serán la garantía de que cumpla sus funciones tal como lo dispone la Constitución y la ley. Muchas veces he dicho que el verdadero *ombudsman* es aquel que al terminar su mandato puede contar sus amigos en el mundo político con los dedos de una mano, y es posible que le sobren dedos.

Dos últimas reflexiones que me parecen de interés.

La verdadera eficacia del *ombudsman* no depende solo de la bondad de su gestión, sino también de la naturaleza de su relación con los otros poderes del Estado.

En concreto, es muy importante que el Parlamento no se limite a tener una exquisita relación formal con el *ombudsman*. En el caso español así ha sido siempre, respetando las fuerzas parlamentarias la independencia del Defensor del Pueblo una vez elegido, incluso cuando este ha interpuesto recursos de inconstitucionalidad contra leyes aprobadas por el Parlamento que lo eligió.

Esa exquisita cortesía parlamentaria y ejemplo de respeto a la independencia institucional solo se ha roto en una ocasión y con motivo de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, en que hubo grupos políticos que pidieron su dimisión o incluso interpelaron al defensor sobre el ejercicio de una competencia que le reconoce la Constitución.

Esperemos que no se vuelva a repetir una presión de esa naturaleza, pues pudiera interpretarse como un inaceptable intento de coacción sobre el defensor del pueblo. Exigencia de explicaciones en sede parlamentaria se entiende, y es normal, reprobaciones y exigencias de dimisión porque se ejerzan competencias constitucionales que disgustan a unos grupos parlamentarios, me parece inadmisibles.

En cuanto a las administraciones públicas, deben asumir la cultura de la colaboración con el defensor del pueblo, que no es un fiscal ni un juez, sino un mediador que solo busca la defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, al igual que ellas, pues como decía Rivero, “obedecer a la Administración, es obedecer a la ley, es decir al pueblo soberano”. Para velar que las cosas sean realmente así, esta también el *Ombudsman*.

Una institución con dos siglos de vida, pero que en solo sesenta años ha conseguido convertirse en universal, insertada en todos los continentes y adoptada por países con culturas y tradiciones radicalmente diferentes, demuestra que es una institución viva y en una constante evolución, que, aún hoy continúa pese a todas las dificultades que ha tenido que superar y las que aún tendrá que superar.