

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL OMBUDSMAN Y LOS DERECHOS HUMANOS¹

Jorge CARPIZO (†)

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas preocupaciones sobre la institución del ombudsman. III. Tres aspectos de los derechos humanos. IV. El ombudsman y los derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos diez años, en América Latina se ha dado un proceso en favor de la democracia. Diversos gobiernos militares y autoritarios han sido sustituidos por gobiernos electos popularmente. Se han expedido nuevas constituciones que, muchas de ellas, contienen nuevas instituciones para el fortalecimiento del régimen democrático. Dentro del marco de esas constituciones, en forma pacífica, se ha dado la alternancia en el poder.

Sin embargo, este panorama halagador ha sufrido descalabros con los recientes golpes de Estado en Haití y Perú. Existe conciencia de que muchos de nuestros países viven democracias débiles y cuyo futuro es incierto por el número e importancia de los problemas: guerrillas, pobreza o miseria de grandes sectores de la población; narcotráfico, mala y pésima distribución de la riqueza, corrupción, grupos marginados, concentración del poder e inmensos rezagos sociales. En esta forma, las democracias latinoamericanas tienen retos formidables que superar.

¹ Esta colaboración fue publicada originalmente en la memoria de *las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM-IIJ, 1993, pp. 21-41.

Las nuevas constituciones intentan ser instrumentos adecuados para mejorar la realidad y fortalecer el sistema democrático. Viejas instituciones se renuevan, se precisan y se crean otras para auxiliar precisamente a esas finalidades, entre otras podemos mencionar: cortes constitucionales, consejos de magistratura, tribunales administrativos, sistemas electorales eficaces y el *ombudsman*.

Es obvio que el *ombudsman* es en el mundo una institución exitosa; por ello cada día más países la aceptan como suya. Baste contemplarlo que ha acontecido en los países de América Latina y de la Europa del este en los últimos años. En pocas palabras. La figura del *ombudsman* ha justificado su existencia.

¿Por qué y para qué se necesita un *ombudsman*?

La pregunta ha sido ampliamente contestada por la doctrina y la práctica; en todos los países la actividad gubernamental ha crecido grandemente y, en consecuencia, las oportunidades de fricción entre el gobierno y el ciudadano también se han multiplicado.²

Además, porque los mecanismos tradicionales de control han resultado insuficientes y se busca uno nuevo que venga a reforzarlos, precisamente donde aquéllos han mostrado sus debilidades.³

O porque, como bien reitera Per-Erik Nilsson, ex *ombudsman*-jefe de Suecia, la administración pública ha crecido

² Gellhorn, Walter, *Ombudsman and Others*, Cambridge, Harvard University Press, 1966, p. VII.

³ Maiorano, Jorge L., *El ombudsman. Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, p. 3.

y se han multiplicado los organismos oficiales, con lo cual se aumenta la posibilidad de problemas entre los órganos del poder y los individuos, porque no existen muchas instancias para presentar quejas y los tribunales generalmente son muy lentos, formalistas y costosos y porque cada día es mayor la corriente internacional que está preocupada de que efectivamente se protejan los derechos de los individuos.⁴

El tema del control del poder y de la administración pública es una preocupación que ya lleva siglos: ¿cómo conseguir un verdadero equilibrio entre la autoridad y la libertad que dé por resultado un orden responsable o sea un orden con libertad?

Este tema del control del poder adquiere hoy en día nuevos matices algunos de los controles tradicionales se debilitan, ya que no cumplen cabalmente con esa finalidad o porque surgen nuevas competencias y formas del poder. Entonces, los sistemas democráticos crean también nuevos mecanismos para controlarlo.

Aquí es donde aparece la figura del *ombudsman* como un instrumento más, pero importante, en el complejo mecanismo que tiende a controlar el poder en beneficio de la libertad, igualdad y seguridad jurídica de las personas.

Jorge L. Maiorano afirma que el *ombudsman* “frente al control jerárquico, privativo de la propia administración, ofrece la ventaja de tratarse de un órgano externo, ajeno a ella. Frente al control parlamentario tradicional, insuficiente para atender todos los casos y afectado, además por móviles

⁴ Nilsson, Per-Erik, “El *ombudsman*, defensor del pueblo ¿o qué?”, en *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, p. 13.

políticos, presenta la objetividad y profesionalidad de su función. Frente al costoso, complicado y lento profeso judicial, ofrece un procedimiento ágil, gratuito, rápido y flexible”.⁵

Es claro que el *ombudsman* sólo puede existir en donde hay democracia. En los sistemas totalitarios o autoritarios está de más o se convierte en una figura sin ninguna importancia o sin resultados prácticos.

El *ombudsman* sólo puede existir donde hay un interés real porque cada día la protección de los derechos humanos sea mejor, donde las autoridades actúan de buena fe y están tan interesados como los gobernados en que sus errores puedan ser corregidos con la finalidad de evitar que se vuelan a producir. En una palabra, para el éxito del *ombudsman* es indispensable la colaboración de las autoridades y su compromiso con el régimen democrático.⁶

Desde luego que críticas a la figura del ombudsman han abundado. Entre las que más oímos en esta parte del mundo están que no sirve para nada ya que sus recomendaciones no tienen fuerza coactiva, que no tiene competencia propia, que viene a usurpar las atribuciones de otros órganos y que saldría sobrando si los órganos del poder cumplieran bien con sus funciones.

En América Latina, algunas voces han expuesto que el mal funcionamiento del orden jurídico, su falta de aplicación y la irresponsabilidad con que actúan los funcionarios públicos, han traído como una de sus consecuencias la creación del

⁵ Maiorano, Jorge L., Óp. Cit., pp. 27-28.

⁶ Reid, Colin T., “The polish *ombudsman*”, en *Review of Socialist Law*, Holanda, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 14, núm. 3, 1988, p. 257.

ombudsman y que cuando las cosas mejoren en esos países, esta institución desaparecerá por inútil.

No se han dado cuenta o no quieren darse, que cada día más países la aceptan porque ha probado su eficacia, porque más allá de las palabras y los conceptos se ha justificado, que los países que cuentan con sistemas democráticos que funcionan bastante bien y cuyos habitantes gozan efectivamente de amplios derechos políticos y sociales; sin importar las diferencias de los sistemas jurídicos, han aceptado esta institución y la han fortalecido. Entre estos países sobresalen algunos de los más importantes de Europa occidental, entre los que podemos mencionar a Francia, Gran Bretaña, España, Suecia, Noruega, Dinamarca y Holanda.

Varios países europeos ex socialistas también han incorporado a su legislación la figura del *ombudsman*. Entre ellos se pueden mencionar Checoslovaquia, Hungría y Polonia.

Y esta corriente en América Latina parece ya imparable. En América del norte: México; en Centroamérica: Costa Rica, El Salvador; Guatemala y Puerto Rico. En Sudamérica: Perú, Colombia, Paraguay, algunas provincias argentinas, y existen proyectos para ello en varios países como es el caso de Brasil, Chile, Venezuela, un proyecto de carácter nacional en Argentina y Uruguay.

En consecuencia, la institución del *ombudsman* ya arraigó en América Latina. Vino para quedarse, vino para fortalecer nuestros sistemas democráticos, para reforzar los controles respecto al poder público y el florecimiento del Estado de derecho y especialmente para lograr una mayor y mejor defensa y protección de los derechos humanos.

No hay duda, más países latinoamericanos irán incorporando la figura del *ombudsman* a sus regímenes jurídicos. Es ya, entre nosotros, una figura de prestigio. El peligro es que se le cree sólo para lucirla, para simular, para pantalla, pero que no se le dote de los elementos necesarios para que realmente pueda funcionar.

II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL OMBUDSMAN

Voy a expresar algunas preocupaciones respecto a la figura del *ombudsman*:

1. La sola existencia del *ombudsman* es ya de por sí benéfica, porque el individuo sabe que si lo llega a necesitar ahí está. La existencia misma del control puede ser la razón última por la cual no sea necesario utilizarlo.⁷

2. Un *ombudsman* que no es autónomo, realmente no es un *ombudsman*. La autonomía es un requisito *sine que non* para su buen funcionamiento. La única verdad que existe para un *ombudsman* es aquella que se deriva del expediente y de las pruebas que el mismo contiene, mismas que valora de acuerdo con la ley, la equidad y su conciencia.

Tratar de violentar las conclusiones del expediente es herir de muerte a esta institución.

Por ello, no puede considerarse que las figuras del defensor del pueblo que establecen las constituciones del Perú y Colombia sean realmente un *ombudsman* porque las

⁷ Gellhom, Walter, Óp. Cit., pp. 87 y 422.

procuradurías generales de justicia, dependencias administrativas respecto de las cuales se presentan más quejas en nuestros países. Por las mismas razones no se puede considerar que la Procuraduría de los Derechos Humanos en Costa Rica sea un *ombudsman* porque se encuentra dentro de la estructura administrativa del ministerio de justicia.

3. Todos sabemos que existen tres sistemas para la designación del *ombudsman*, ya sea que ésta realice el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o ambos.

En principio, un sistema no es mejor que el otro siempre y cuando se respeten ciertos aspectos: que el designado sea una persona idónea, que su nombramiento no sea consecuencia de una negociación política y que realmente el sistema le asegure su autonomía funcional, porque ninguno de esos dos poderes le pueda dar instrucciones específicas.

Se ha discutido si el nombramiento realizado por el Poder Legislativo es realmente el mejor. Lo puede ser, pero no necesariamente lo es. En los sistemas parlamentarios en los cuales un partido político tiene la mayoría en la cámara legislativa que realiza la designación no necesariamente se suprimen inconvenientes que se han manifestado respecto a que la designación la realice el Poder Ejecutivo.⁸

Los aspectos importantes que se deben tomar en cuenta para la designación son que no sea un hombre de partido para evitar impugnaciones innecesarias que lo debilitarían, que tenga prestigio personal y que sea reconocida su

⁸ Barrios de Ángelis, Dante, "Estudio genético-funcional del *ombudsman*" en *Estudios en memoria de Héctor Luis Odriozola, Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 3, 1980, p. 210.

independencia. En otras palabras: el *ombudsman* debe poseer autonomía, valor civil y conocimientos.

Supongamos que en un sistema parlamentario de esos a los que aludimos en un párrafo anterior, fuera propuesto alguien que no contara con esas calificaciones; lo más probable es que sí sería designado, pero después de serias objeciones por parte de los partidos de oposición, lo cual debilitaría la autoridad moral del *ombudsman*.

Por ello, más que el sistema de designación hay que cuidar los requisitos legales y extralegales que ese personaje debe poseer. Lo anterior se comprueba con la figura del mediador en Francia, que es designado por el gobierno.

Luego, hay que cuidar mucho quién va a ser designado y especialmente que no vaya a ser cuestionado porque, si lo es, se verá claramente que el sistema de designación pasa a un plano muy secundario.

En la realidad de América Latina todo parece indicar que el sistema mejor, cuan menos por ahora, es el mixto de Ejecutivo-Legislativo, siempre y cuando se designe a la persona adecuada y ese nombramiento no sea objeto de negociación política. Se pueden encontrar buenos candidatos en el mundo de la academia, de la judicatura, de la abogacía y de los funcionarios de la propia institución.

Y, desde luego, insisto, nombre quien lo nombre, nadie le puede dar una instrucción específica porque se lesionaría gravemente su autonomía funcional.

4. Los profesores de derecho constitucional y de derecho procesal han estudiado profundamente las garantías

que todo juez debe gozar. Estas ideas de aplicarse también al *ombudsman*, quien ciertamente no es juez, pero necesita de éstas para asegurar su autonomía e independencia.

De acuerdo con el pensamiento del distinguido Héctor Fix-Zamudio, puede afirmarse que las garantías judiciales son los instrumentos que se utilizan para lograr la independencia, autonomía, dignidad y eficacia de los tribunales, siendo éstas principalmente cuatro: la designación, la estabilidad, la remuneración y la responsabilidad.⁹

Como bien dice Alsina, “estas garantías no se establecen en interés de la persona del juez, sino para asegurar las independencia de sus funciones, de modo que a él corresponde en primer término respetarlas y hacerlas respetar”.¹⁰

Pues bien, esos conceptos son aplicables al *ombudsman*. Ya me refería al nombramiento. En cuanto a la estabilidad considero que debe ser designado por un solo periodo largo de siete, nueve u once años y que no pueda ser destituido si no es a través del mismo sistema de responsabilidad que se aplica a los magistrados del más alto tribunal del país. Asimismo, su remuneración debe ser equivalente a la que reciben esos magistrados.

En este aspecto, únicamente agregó que no soy partidario de la inamovilidad indefinida del *ombudsman* porque es un trabajo que bien realizado desgasta mucho físicamente y mentalmente, y porque siempre he creído que la renovación

⁹ Fix-Zamudio, Héctor, “Organización de los tribunales administrativos”, en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971, cuarto número extraordinario, pp. 122-123.

¹⁰ Alsina, Rugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, EDIAR, tomo II, pp. 272-273.

en los cargos es lo más saludable en un sistema democrático porque si no, las personas envejecen y con ellas los sistemas e instituciones.

5. Un aspecto que hay que cuidar es el presupuesto con que cuenta el *ombudsman*, porque a través de su asignación, se le puede tratar de controlar.

Es obvio que el *ombudsman* debe contar con los recursos humanos, materiales y económicos suficientes para poder llevar a cabo sus funciones. Si no, la calidad de su tarea sufrirá. Por ejemplo si el salario de los abogados asesores o de los investigadores es bajo o no es competitivo con el que reciben otros funcionarios del sector público.

En la asignación de recursos económicos al *ombudsman*, debe intervenir no sólo el Poder Ejecutivo, sino también el Legislativo, para cuidar su autonomía.

6. El *ombudsman* es un órgano del Estado, no del gobierno. Es decir, es un órgano público creado por la Constitución o por la ley para que cumpla funciones públicas y cuyas atribuciones le están expresamente señaladas por la propia ley, pero no es ni forma parte de ningún órgano de gobierno. Su naturaleza es parecida a la de aquellos tribunales administrativos de última instancia, o sea que sus resoluciones ya no pueden ser recurridas.

7. Una regla de oro para el *ombudsman* es que no debe ni puede ser amortiguador de disputas políticas.

El *ombudsman* debe de ser apolítico y apartidista para evitar caer en controversias de carácter político ya que si cayera en ellas, poco sería lo que podría aportar al país y mucho

perdería, porque el *ombudsman* siempre debe ser imparcial y la sociedad debe estar segura de que sus recomendaciones son objetivas e imparciales.¹¹

La imparcialidad es una de las notas más características del *ombudsman*. Imparcialidad. Siempre y siempre, imparcialidad.

Indudablemente que el *ombudsman* puede pertenecer a un partido político porque tiene derecho a ello, pero es saludable que él y sus principales colaboradores no hayan desempeñado ninguna actividad partidista por algún número de años anteriores a la designación, y si no son hombres de partido, mucho mejor.

8. Hoy en día hay diversas clases de *ombudsman*. Casi cincuenta países han aceptado esta figura. Existen características esenciales de la institución como su autonomía, antiburocratismo, flexibilidad y que sus recomendaciones no vinculan a la autoridad, pero cada país va dándole a la institución contornos propios de acuerdo con su tradición, realidad y orden jurídico. Es decir, no se puede copiar textualmente al *ombudsman* de otro país y pensar que no hay que establecerle modalidades. El *ombudsman* debe de adaptarse al régimen jurídico-político de un país con la sola condición que realmente se desee que actúe dentro de ese régimen democrático y que se garantice su independencia funcional.

Permítaseme dar un ejemplo referido a México. Cuando se creó esta institución en este país, había un gran escepticismo respecto a ella principalmente por su desconocimiento. Entonces se le quiso vincular con personajes que son

¹¹ Carpizo, Jorge, ¿Qué es la Comisión Nacional de Derechos Humanos?, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1990, p. 8.

conocidos y respetados en México por su trayectoria, obra e independencia. Por ello se creó un consejo integrado por diez personajes de las más diversas ideologías y profesiones para que discutieran los lineamientos generales de acción del *ombudsman*, pero sin intervenir en las investigaciones y casos concretos. A más de dos años de esa experiencia, hoy afirmo que el consejo ha trabajado muy bien y es uno de los factores del éxito del *ombudsman* en México.

9. El *ombudsman* no puede resolver todos los problemas de la sociedad ni aceptar las quejas en las cuales no es competente y que le presentan personas desinformadas de qué es un *ombudsman* y cuáles son sus funciones.

El *ombudsman*, como bien se ha dicho,¹² no es un remedio mágico, panacea o sanalotodo que vaya a remediar la insatisfacción de la sociedad por las arbitrariedades que comete la administración pública.

Es muy curiosa la reacción de la sociedad frente al *ombudsman*, especialmente en aquellas capas sociales en las cuales el nivel educativo no es alto: se desea que el *ombudsman* intervenga absolutamente en todos los aspectos, incluidos algunos en que es de sentido común que muy poco o nada puede hacer; como en la resolución de problemas económicos.

Al *ombudsman* se le exige, y si no puede aceptar la queja por ser incompetente entonces en muchos países se le reprocha de que no sirva para nada.

¹² Mariorano, Jorge L., Óp. Cit., p. 4.

El *ombudsman* tiene que actuar con prudencia pero con firmeza. Nunca crear una falsa expectativa, pero siempre actuar y hacerlo bien cuando la queja sí se encuentra dentro de su competencia.

Asimismo, el *ombudsman* debe expresar las razones de su incompetencia, tratar de convencer y en países en los cuales no existe institución de asesoría jurídica, dar ésta en la medida de su capacidad, hasta el límite de ella. Estas funciones encajan dentro de su misión educativa a la que referiré después.

Este aspecto de la gran expectativa que la creación del *ombudsman* reviste, lo encontramos no solo en los países de América Latina sino en otros. Como ejemplo puedo señalar que Ewa Letowska ha escrito que del *ombudsman* polaco, creado en 1987 y que comenzó a funcionar el 1 de enero de 1988, se espera que realice cambios sustanciales a la Ley y al funcionamiento del Estado, como si fuera superior a las autoridades a las que ha criticado.¹³

La única forma de satisfacer estas expectativas, es que el *ombudsman* realice bien su trabajo. Hechos y más hechos. Resultados y más resultados. Entonces se verá que es un instrumento útil y benéfico para la sociedad y que en los asuntos en que no interviene es porque no lo puede hacer; no tiene competencia para ello y si lo hiciera se vulneraría la institución.

La función última del *ombudsman* es solicitar la estricta aplicación de la Constitución y de la ley; si él las viola, ejerciendo

¹³ Letowska, Ewa, "The polish *ombudsman*: the Commissioner for the protection of civil rights" en *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, 1990, vol. 39, parte 1, p. 209.

atribuciones que no le corresponden, carece de autoridad moral para después pedir su cumplimiento a las autoridades.

10. Un problema actual para la mayoría de los *ombudsmen* es la cantidad de quejas infundadas que recibe. Baste leer los informes anuales en muchos países. Y es un problema por la cantidad de tiempo que se invierte en contestar y explicar las razones de la competencia. No está en los mejores intereses de la sociedad que el *ombudsman* esté recargado de trabajo y su capacidad de respuesta e investigación pueda ser rebasada. Sin embargo, en este aspecto hay que tener mucho cuidado.

Desde luego, hay personas que presentan quejas sabiendo que el *ombudsman* es incompetente o que no les asiste la razón. Lo hacen para ver si “pega”. Esta actitud no se puede justificar y resulta socialmente irresponsable, especialmente cuando se trata de persona con recursos económicos sobrados.

Empero, hay que tener cuidado porque muchas personas que presentan quejas sin fundamento son las económica y socialmente desprotegidas, y en estos casos es cuando más hay que orientarlas y aconsejarlas jurídicamente.

Por ello, es preferible pecar de exceso que de defecto: recibir sin ningún formalismo todas las quejas que se presentan, analizarlas con cuidado y si no se es competente: explicar y explicar, asesorar y asesorar, tratando de convencer.

Si el *ombudsman* sí es competente deberá comenzar de inmediato su procedimiento.

11. Un camino muy adecuado para la resolución de las quejas es la conciliación o amigable composición porque siempre serán más rápidas que una recomendación.

Su flexibilidad y antiburocratismo son un medio ejemplar, además de la persuasión y el diálogo se impondrán a un solo punto de vista.

Es la mejor forma de demostrar a la autoridad que el *ombudsman* es un verdadero colaborador que únicamente persigue la realización de la justicia al caso concreto.

Cuando la conciliación o la amigable composición no prosperan, entonces procede la recomendación.

12. Se discute cuál debe ser la capacidad del *ombudsman* para investigar casos penales. Considero que no hay una contestación única aplicable a todos los países sino que depende de la situación particular de cada uno de ellos. Generalmente el *ombudsman* no investiga casos penales sino recomienda que se realice la investigación. Sin embargo, cuando la autoridad no lo hace o no tiene ningún ánimo de colaboración con el *ombudsman*, éste debe realizarla para que no prevalezca la impunidad.

Lo anterior pone al *ombudsman* ante una situación difícil. Debe crear su propia capacidad de investigación penal y entrenar a parte de su personal para ello. Esto es un reto de dimensiones gigantescas pero cuando sea necesario, se deberá hacer.

13. El análisis que realiza el *ombudsman* de cada caso no sólo será desde el punto de vista legal, sino también desde

el de la justicia, la equidad, principios de coexistencia social y la conducta que deben seguir los funcionarios públicos.¹⁴

Es por el principio de justicia que debe guiar al *ombudsman* que éste puede actuar *motu proprio*, en casi todos los países.

El *ombudsman* no es órgano de primera instancia. Sólo debe actuar cuando la autoridad competente no cumple o cumple mal con sus obligaciones. En esto se debe ser muy cuidadoso. El *ombudsman* no puede suplir o sustituir a la autoridad invadiendo las funciones de ésta, sino que su actividad y esfera de acción es la de controlar los actos del funcionario público.

Desde luego que la labor del *ombudsman* también tiene una función preventiva ya que sus recomendaciones, informe y documentos tienen una influencia educativa para los funcionarios públicos y para la sociedad en general. Su actividad debe tener un impacto en el mejor funcionamiento de la administración pública.

14. Algunos países, cuando se crea la figura del *ombudsman*, permiten por un periodo que generalmente va de un año a dos, a que se presenten quejas sin importar la antigüedad de éstas, y así se dirigen quejas sobre hechos acontecidos cuarenta o treinta años.

Sin embargo, es necesario que exista un término para la presentación de la queja. Hechos viejos son difíciles de investigar y ponen al *ombudsman* ante situaciones casi insuperables para llegar a conocer la verdad. Generalmente el

¹⁴ *Ibíd.*, p. 212, y Gellhorn, Walter, *Óp. Cit.*, p. 14.

término que se establece al respecto es de un año y me parece prudente, amén de que muchas legislaciones otorgan facultad discrecional al *ombudsman* para aceptar una queja de hechos más antiguos cuando la gravedad del caso así lo amerite.

15. Una de las columnas sobre las cuales basa el *ombudsman* su actuación es el principio de publicidad de sus acciones. Sin este principio toda su actividad no tendría efectos. Figurémonos lo que sería la fórmula: recomendación más secrecía.

Y aquí surge un problema muy importante en América Latina: la relación del *ombudsman* con los medios masivos de comunicación. En varios de esos países, algunos de esos medios no son todo lo honestos que se desearía que fueran. Varios reciben subsidios de funcionarios públicos y de narcotraficantes para atacar al *ombudsman*, para tratar de acallararlo y desprestigiarlo. En esos países, la labor del *ombudsman* se complica en demasía.

Considera que el *ombudsman* debe mantener un diálogo constante con dueños, directores, jefes de información y funcionarios de los medios masivos de comunicación, así como con reporteros y entrevistadores. Proporcionarles información y más información. Tratar de ganarlos para la causa del *ombudsman* y lo que ella representa.

En México, en la función que desempeño como *ombudsman* de carácter nacional, siempre he dicho a los miembros de los medios masivos de comunicación: “como *ombudsman*, con lo que laboramos en la Comisión Nacional realizamos el cincuenta por ciento del trabajo, ustedes al informar objetivamente y bien, hacen el restante cincuenta por ciento”.

16. Uno de los aspectos más discutidos en la actualidad es el del *ombudsman* judicial. Este apasionante tema está siendo objeto de congresos y simposios como el realizado en San Juan de Puerto Rico en mayo de 1991, y seguirá siendo uno de los grandes temas respecto al *ombudsman* en los próximos años.

Un *ombudsman* no puede conocer de una cuestión jurisdiccional; es decir, no puede involucrarse en el problema jurídico de fondo que está conociendo un juez ni puede revisar una sentencia. La regla general es que el *ombudsman* no puede sustituir al juez, el cual le merece todo respeto, porque si lo hiciera podría resultar más dañina la medicina que la enfermedad.

Lo que se discute en la función del *ombudsman* judicial es si este puede conocer y hacer recomendaciones a los jueces sobre aspectos de procedimiento que en nada afecten el fondo del asunto jurídico y sobre actos administrativos de aquéllos.

Las legislaciones adoptan diversos criterios. Suecia, Finlandia y España aceptan al *ombudsman* judicial. En cambio, Dinamarca, Noruega y Nueva Zelandia, no lo aceptan.

Personalmente estoy a favor del *ombudsman* judicial y considero que son válidas las razones que expone el profesor Donald C. Rowat para apoyarlo, a saber: la supervisión la realiza una persona fuera del sistema, lo que elimina la posibilidad de pensar que los jueces se estén protegiendo mutuamente; es sólo una recomendación que no tiene obligatoriedad; se refiere sólo a asuntos procesales y generalmente respecto a la conducta de los jueces emite reprimendas o críticas. No es

usual que se refiera a conductas graves, pero el que lo puede hacer, resulta en un buen estímulo para la rectitud judicial.¹⁵

Sin embargo, el tema se seguirá discutiendo apasionadamente. Creo que al final terminará imponiéndose, por las razones expuestas por Rowat, el *ombudsman judicial*. En este sentido fue un gran triunfo que en 1991 se legisló en Gran Bretaña para la creación de un *ombudsman* para supervisar a los tribunales y a los abogados y esa legislación fue el producto del desacuerdo del *Lord Chancellor* con el *ombudsman* parlamentario sobre la facultad de este último para supervisar a la administración judicial¹⁶ y digo que fue un gran triunfo porque los jueces ingleses gozan de gran prestigio por su preparación e independencia.

Debe quedar claro que cuando hablo del *ombudsman judicial* me refiero a la supervisión procesal y de actos administrativos y a nada más. No considero correcto que pueda abarcar otros aspectos como en Suecia en donde inclusive se puede procesar al juez que no tomó en cuenta la opinión del *ombudsman*, aunque en la realidad, hasta donde conozco, últimamente no se ha utilizado esta facultad.

Al respecto del *ombudsman judicial* es aleccionadora la opinión de un juez sueco quien manifestó: “Hemos crecido dentro de este sistema. Ninguno de nosotros ha conocido uno diferente y estamos acostumbrados a él. Si nos lo encontráramos por primera vez, quizás nos sentiríamos incómodos. Pero tal y como las cosas son, no creo que ningún juez sueco

¹⁵ Rowat, Donald C., “¿Por qué un *ombudsman* para supervisar los tribunales?” en *Informe del Primer Congreso de Ombudsman de San Juan. El ombudsman judicial*, San Juan, Puerto Rico, Oficina del Procurador del Ciudadano, 1991, p. 29.

¹⁶ Rowat, Donald C., Óp. Cit., p. 30.

sienta ninguna pérdida de independencia cuando el *ombudsman* mira el trabajo que está realizando”.¹⁷

Qué diferencia tan enorme existe entre esta opinión y aquellos países en los cuales los jueces se niegan inclusive a proporcionar información al *ombudsman*, no para que éste valore sus actos administrativos y procesales sino los de los funcionarios de la administración pública.

Los jueces honestos y eficientes no tienen por qué temer la actuación del *ombudsman*.

El funcionario que realmente merece el nombre de tal se crece ante la crítica para desempeñar mejor sus labores. Se ejerce el cargo no para satisfacción personal, sino en razón de espíritu de servicio y para ser útil a la sociedad desde aquél.

La reiteración de criterios por parte del *ombudsman* en sus recomendaciones, escritos e informes, va creando una especie de jurisprudencia que debe auxiliar a todos los funcionarios públicos en sus labores. La jurisprudencia del *ombudsman* debe hacer más fácil la labor de gobernar y debe ayudar a fortalecer el sistema democrático.

17. Una de las funciones más importantes, quizá la más importante del *ombudsman*¹⁸ consiste en educar. Por ello debe saber divulgar su obra, que ésta llegue realmente a la sociedad para que conozca mejor sus derechos y sepa cómo defenderlos, y para que los funcionarios públicos sepan cómo cumplir mejor con sus obligaciones. En muchas ocasiones, el *ombudsman* tendrá que repetir sus sugerencias, consejos

¹⁷ Geilhorn, Walter, Óp. Cit., p. 238.

¹⁸ Reid, Colin T., Óp. Cit., p. 256.

y recomendaciones. No importa. Las deberá repetir cuantas veces sea necesario y nunca perder la paciencia. Esta labor educativa es la que realmente perdurará.

III. TRES ASPECTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sobre derechos humanos se han escritos cientos de volúmenes y aún se escribirán muchos más porque es uno de los temas más importantes para el hombre. Es el que se refiere a su dignidad y es una cuestión compleja que puede ser examinada desde múltiples perspectivas y por las más diversas disciplinas. Es esta ponencia sólo me referiré a tres aspectos de ellos: su internacionalización, su progresividad y quién los puede violar.

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial, el tema de los derechos humanos se internacionalizó. La anterior afirmación no quiere decir que antes no hubiera antecedentes. Claro que los hubo. Pero el gran movimiento internacional comenzó después de aquel fatídico evento con declaraciones universales y regionales, la creación de comisiones y cortes regionales, pactos y protocolos sobre esa materia.

Así, encontramos que:

a) Cada día más estados aceptan la competencia de las comisiones y cortes, como ha acontecido en Europa occidental y como ya está sucediendo en América, aunque en este continente el proceso sea más lento y con más reticencias.

b) Cada día más los individuos pueden recurrir directamente a las instancias internacionales, siempre y cuando ha-

yan previamente agotado las internas. Realmente este principio rompió con una de las bases del derecho internacional clásico, en donde generalmente sus sujetos eran los estados.

La internacionalización de los derechos humanos y la creación de esas comisiones y cortes internacionales y regionales plantean un problema respecto a la idea clásica de soberanía. Esta cuestión es un tema apasionante, que implica una revisión de las teorías tradicionales de la soberanía y sobre la cual aún no existen todas las precisiones que necesariamente tendrán que darse en la doctrina y en la realidad.

Por ahora, sólo asentemos que en la realidad los países han delegado o subordinado, en muy diversos grados, algunos aspectos de su soberanía, mediante todas o algunas de las siguientes condiciones: a) ha sido por voluntad propia, b) la participación en el organismo supranacional es un plan de igualdad con los otros estados; c) se trata de alcanzar fines o desarrollar actividades que se realicen mejor por estados asociados que solos; d) se aceptan instancias jurisdiccionales supranacionales, porque se reconoce que los asuntos en cuestión no son de interés de la comunidad internacional o regional. Así la idea de soberanía presupone la libertad y la igualdad de los países y, a partir de ella, se aceptan las nuevas realidades que los propios países van creando.

Los aspectos antes mencionados han permitido que diversos países realicen delegaciones reales de soberanía a órganos y organizaciones regionales, así como la aceptación, en algunos de esos países, de la primacía del derecho internacional o del comunitario sobre el nacional.

Empero, no puede desconocerse que la base de estos desarrollos implica la igualdad jurídica de los estados, el

apego al derecho internacional, con todo lo que ello significa, y que la idea de soberanía continúe siendo la defensa de los países pequeños y débiles frente a los grandes y poderosos.¹⁹

Basados en esos pensamientos, claro es que la internacionalización de los derechos humanos no es un nuevo imperialismo, en el cual un Estado fuerte y poderoso se inmiscuya en los asuntos internos de otro Estado y lo quiera juzgar por presuntas violaciones derechos humanos, o que con ese pretexto pretenda dictar y determinar las políticas nacionales. Desde luego que no. La internacionalización de los derechos humanos es y debe ser, primordialmente, la aceptación de órganos jurisdiccionales, internacionales y regionales, integrados por jueces independientes y probos, que apliquen el derecho internacional sin presión de ningún Estado.

Aún no se precisa con claridad cuál es el equilibrio o el justo medio entre el derecho internacional de los derechos humanos y el orden interno de los mismos. Aún deberá de contestarse y precisarse la pregunta: ¿cuándo y cumpliendo qué requisitos se puede intervenir legítimamente en un Estado que está violando los derechos humanos de sus habitantes?

Los derechos humanos poseen una tendencia progresiva. Por ella se entiende que su concepción y protección nacional, regional e internacional, se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que toca al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control. Esta es la misma idea que

¹⁹ Carpizo, Jorge, «Desafíos contemporáneos del derecho constitucional», en *Edición Conmemorativa del Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 1991, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 264 y 265, y Carpizo, Jorge, *Tendencias actuales del Derecho: Los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 5-6.

René Cassin expresó como la impresionante expansión del concepto de su contenido.²⁰

Lo anterior se ha favorecido a través de las convenciones sobre derechos humanos, las cuales poseen una gran flexibilidad que ha permitido que, a partir de las obligaciones centrales, los órganos que las aplican vayan ampliando su contenido y los estados lo acepten explícita o implícitamente.

Existen derechos que se van reconociendo y definiendo progresivamente. Tal es el caso de los económicos y sociales, en los cuales es necesario que existan los recursos materiales para poder satisfacerlos, como sería el derecho al trabajo y el derecho a la vivienda.

Desde luego, en esta clase de derechos los hay de exigibilidad inmediata, como son los derechos de sindicación y de huelga.

En esta progresividad ha sido y continuará siendo muy importante el derecho internacional consuetudinario, a través del cual los órganos internacionales de protección flexibilizan las normas procesales en beneficio de una mejor aplicación del sistema y de la justicia. A este respecto hay que tener presente que esta evolución no ha sido producto sólo de la voluntad política de los estados -dado que los órganos internacionales han tenido que actuar en contra de los intereses o posiciones de muchos estados- sino que aquí ha sido determinante, y deberá continuar siéndolo, la presión de la opinión pública internacional, a lo cual indudablemente han contribuido los nuevos medios masivos de comunicación, que con

²⁰ Cassin, René, "Les droits de l'homme" en *Recueil des Cours*, Holanda, Academie de Droit International, 1974. vol. 140, p. 326.

facilidad y rapidez informan actualmente a grandes sectores de la población del mundo.

Varias de las declaraciones de derechos humanos, principalmente las primeras en el tiempo, se formularon con limitaciones a los funcionarios públicos, precisándoles lo que no pueden realizar. Esta fue primordialmente la idea de las declaraciones norteamericanas e inglesas. Los derechos humanos definen aquella área que es propia a la dignidad de las personas y que debe ser respetada por las autoridades. En las relaciones entre particulares, los conflictos y los actos antijurídicos deben resolverse aplicando la ley, y se supone que es una relación entre iguales o que la ley trata de igualar las desigualdades sociales o económicas. Empero, en las relaciones entre un funcionario público que tiene poder del Estado y un particular, la relación no es de igualdad, y el derecho protege al particular: que todos sus derechos sean preservados al tener que actuar el funcionario de acuerdo con el principio de legalidad; lo anterior adquiere una importancia muy especial cuando se trata de los derechos inherentes a la naturaleza humana.

Luego, los derechos humanos se precisaron y se garantizaron frente a la autoridad. Por ello es que, para que exista violación a un derecho humano, es necesaria la intervención de un funcionario público.

El anterior concepto ha ido evolucionando y hoy en día, en mucho países y en amplios sectores de la doctrina, se admite que a veces la violación no la realiza directamente el funcionario público, sino algún otro agente social que cuenta con la anuencia, la tolerancia o el apoyo de un servidor público, y que en estos casos debe considerarse que sí existe violación a un derecho humano. Desde luego que así debe de ser,

porque en estas situaciones el individuo también está sufriendo una arbitrariedad, cometida por alguien que está respaldado por el poder del Estado.

El mundo moderno se ha vuelto muy complejo y el individuo actualmente se enfrenta a organizaciones y poderes fuertes que, en su actuación, pueden lesionar sus derechos al encontrarse en una situación de superioridad, como acontece en su relación con el Estado. Estas organizaciones pueden ser sindicatos, organismos profesionales o medios masivos de comunicación.

En estos casos, ¿si los directivos de esas organizaciones violan derechos, puede considerarse que también están violando derechos humanos? La contestación no responde a una necesidad teórica, sino a una muy práctica, ya que para el resarcimiento de los derechos humanos, los órdenes jurídicos cuentan generalmente con recursos más rápidos, ágiles, diversos y efectivos que cuando se trata de otra clase de violaciones.

Poco a poco las legislaciones nacionales irán considerando que organizaciones o agrupaciones de particulares sí pueden violar los derechos humanos por la fuerza que poseen y que colocan al individuo frente a ellos en un plano de desigualdad. Para el individuo, enfrentarse a esas organizaciones es muy parecido al poder de Estado. En su evolución, creo que deben considerarse que sí pueden violar los derechos humanos, se encuentran los medios masivos de comunicación y los sindicatos.

IV. EL OMBUDSMAN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, entonces, como ya afirmé, son un tema extraordinariamente importante. En los últimos 45 años su defensa se ha internacionalizado y su carácter progresivo se ha ampliado en forma considerable. Sin embargo, lo que aún queda por hacer para su protección real, en la inmensa mayoría de los países, es tan grande que a veces se puede sentir desánimo cuando, por el contrario, hay que verlos como un formidable reto que se tiene que enfrentar y superar.

En los próximos años y décadas tres temas serán recurrentes por su singular importancia: derechos humanos, justicia social y ecología. La justicia social y la ecología son parte de los derechos humanos pero por sí tienen tal peso que deben enunciarse en forma separada.

La institución del *ombudsman* ha sido y es exitosa como instrumento flexible y antiburocrático para combatir la arbitrariedad y la impunidad, y en muchos países se ha convertido en una de las mejores armas para la protección de los derechos humanos.

Con fundamento en lo expresado en esta ponencia, afirmo que el futuro del *ombudsman* está cada día más en ser uno de los instrumentos que otorga el orden jurídico para la mejor defensa de los derechos humanos. Desde luego, deberá seguirse ocupando de arbitrariedades o faltas menores, ello no se discute, pero su importancia real y trascendente está precisamente en la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, la afirmación anterior puede ser contemplada desde dos ángulos.

Desde uno, mi afirmación es ya una tendencia en muchos países porque en la gran mayoría de ellos la protección real de los derechos humanos es una de las demandas sociales más fuertes y sentidas. Y esta tendencia se percibe desde el nombre que comienza a recibir los *ombudsmen* en el mundo: Procuraduría de los Derechos Humanos en Costa Rica y en Guatemala; Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México, Comisionado para la Protección de los Derechos Civiles en Polonia. Inclusive la denominación española de Defensor del Pueblo tiene este significado.

Desde el segundo ángulo, aquellos países que opinan que los derechos humanos no tienen por qué tener un énfasis especial en la protección que realiza el *ombudsman*, que son sólo uno de los temas de su competencia. Lo anterior se ilustra con el último informe presentado por el *ombudsman* nacional holandés en el cual manifiesta que pone especial cuidado en la necesidad de que exista certeza y seguridad (*certainty*) en las relaciones entre el gobierno y los gobernados y que esa institución en Holanda no fue creada como un árbitro para la defensa de los derechos humanos, aunque se ocupe, entre otros aspectos, de arbitrariedades realizadas por los policías.²¹ La idea que creemos descubrir en la anterior afirmación es que el *ombudsman* holandés no se ocupa primordialmente de la protección de los derechos humanos porque en ese país no es necesario dada la realidad de su respeto.

Este segundo ángulo, de ser cierto, sólo lo sería quizás y a lo más en unos siete u ocho países de la tierra, y aun en ellos es discutible, pues si bien no existen violaciones graves sí afectaciones a los propios derechos humanos como lo ha

²¹ *De Nationale Ombudsman, Main points of the 1991 Annual Report of the National Ombudsman*, La Haya, National Ombudsman Office, 1992, p. 17.

puesto de relieve la jurisprudencia de la corte europea de los derechos humanos.

En consecuencia, se puede afirmar que democracia, derechos humanos y *ombudsman* son conceptos que se implican entre sí. Uno se apoya mutuamente en el otro.

Y desde este planteamiento considero que las competencias del *ombudsman* deberán aumentar. Únicamente numero algunos de los temas que deben discutirse y analizarse más:

a) El *ombudsman* y los derechos sociales. Creo que los aspectos administrativos de ellos y los de ejecución inmediata como la sindicación, deben ya ser de su competencia.

b) Respecto a los otros aspectos de los derechos sociales, tiene que actuar con prudencia y poco a poco porque esos se irán resolviendo y defendiendo mejor en cuanto un país tengo los recursos económicos para ello. Pero, dentro de la prudencia del *ombudsman* y de acuerdo con las circunstancias de cada país, debe ir interviniendo para ser sólo un auxiliar, pero un auxiliar valioso, en que esos derechos sean una realidad y tengan una buena protección.

c) También su competencia debe irse ampliando para conocer algunos de los derechos humanos en la tercera generación. El caso más claro es respecto a los asuntos ecológicos.

Con lo anterior no supongo que un solo *ombudsman* se ocupe de todos estos temas. Ello depende de las características de cada país. Podrán ser sólo uno o varios *ombudsmen*, pero si es uno, necesariamente tendrá que tener departamentos

especializados. Existen numerosos ombudsmen especializados al lado de los generales, en muchos ordenamientos.

d) Uno de los retos del *ombudsman* es ampliar y reforzar su capacidad técnica para realizar investigaciones.

e) Un aspecto de importancia en el cual el *ombudsman* tiene un papel relevante que jugar es respecto al incremento de la cultura y la educación de los derechos humanos en su país, desde sus informes anuales y especiales hasta la realización de cursos de capacitación, programas de radio y televisión, publicaciones, propuestas de temas de derechos humanos tanto para las escuelas primarias, secundarias y bachilleratos como para las universidades.

f) Y ciertamente, hay derechos humanos de los cuales no puede ocuparse como son los electorales porque no debe intervenir en las contiendas políticas y partidistas del país, donde tendrá poco que aportar y mucho que perder: nada menos que su autoridad moral. Es decir, el *ombudsman*, por su propia naturaleza, no debe tener competencia en ciertas materias.

Así, el *ombudsman* debe ser y es uno, desde luego sólo uno, de los varios instrumentos procesales que el orden jurídico crea para una mejor defensa y protección de los derechos humanos y en esta concepción amplia de sus facultades que sostenga, siempre hay que tener presente que un *ombudsman* debe actuar con prudencia y más prudencia pero, al mismo tiempo, con una gran firmeza, energía y convicción.