

## CAPÍTULO VI

### INSTITUCIONES ALTERNATIVAS PARA LA DEFENSA CONSTITUCIONAL. EL *OMBUDSMAN*

39. Origen de la institución . . . . .	189
40. Finalidades del <i>ombudsman</i> . . . . .	190
41. La crisis del sistema que fracciona el poder . . . . .	191
42. El <i>ombudsman</i> ante los derechos humanos. . . . .	192
43. Funciones del <i>ombudsman</i> . . . . .	193
44. Las transformaciones de fines de siglo . . . . .	194
45. Conclusiones. . . . .	195

## CAPÍTULO VI

### INSTITUCIONES ALTERNATIVAS PARA LA DEFENSA CONSTITUCIONAL. EL *OMBUDSMAN*

#### 39. *Origen de la institución*

Durante el siglo XVIII el rey Carlos VII, monarca de Suecia, afrontaba una prolongada guerra contra Rusia (del Zar Pedro I) que originó su reiterada ausencia del reino para encabezar la batalla.

Por este motivo, encomendó a un colaborador las funciones de representación monárquica, a quien autorizó a vigilar la observancia de leyes y reglamentos, de preservar la fidelidad al imperio, y de fiscalizar el comportamiento de los servidores públicos.

En 1713, el funcionario pasó a integrar la oficina del Procurador Supremo, que en 1919, pasó a llamarse Canciller de Justicia (*Justitie-Kansler*).

En 1809, la nueva Constitución estableció una división de autoridad entre el rey y los estados que formaban el Imperio, con la finalidad de evitar que una sola de las partes tuviese todo el poder. De este modo, el cuerpo ejecutivo se mantuvo en el rey y el Consejo de Estados; la competencia legislativa se distribuyó entre éstos; y el Poder Judicial se discernió en magistrados independientes.

Estas reformas introdujeron además un nuevo cuerpo de control, el *Justitie-Ombudsman* (JO) que, en nombre de los estados (años más tarde sustituido por el *Riksdag* o Parlamento) fiscalizaría la gestión y comportamiento de los funcionarios del reino.

El Canciller conservó sus atribuciones y continuó a las órdenes del rey de quien se constituyó en principal consejero.

El JO debía controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios, y demandar ante la justicia competente a aquéllos que en el ejercicio de su cargo hubieren cometido ilegalidad o descuidado el correcto desempeño en los deberes propios de su función, sea por parcialidad, favor o cualquier otro motivo. Suecia fue así el primer país que origina una institución del tipo que abordamos.

Es más, la palabra *ombudsman* no tiene traducción en otro idioma;<sup>263</sup> quiere decir: representante, comisionado, protector, mandatario, comisionado o repre-

263 Significa en sueco “hombre que da trámite”.

sentante del Parlamento o Congreso; y, en consecuencia, resulta genéricamente asumido como protector de los derechos del individuo.

Su repercusión en otros ordenamientos jurídicos fue sorprendente, sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

En una aproximación superficial a este éxito, puede señalarse que los instrumentos tradicionales de tutela de los administrados frente a un Estado cada vez más absorbente y dinámico; pretendido “Estado social”, benefactor, distribuidor, *manager*, etcétera, reúnen ya cualidades de ineficacia para la debida protección de los derechos e intereses legítimos de los gobernados, pues ni aquellos medios más sencillos como las reclamaciones ante los representantes populares, ni las demás técnicas como los recursos administrativos, hasta llegar a los más sofisticados de la justicia administrativa, cuyo representante más conspicuo es el Consejo de Estado francés han logrado someter eficazmente y en forma estricta a esa administración tan poderosa a los ordenamientos jurídicos.<sup>264</sup>

Los antecedentes y sus proyecciones muestran cuál es el diseño propuesto para el *ombudsman*: ser protector de los derechos del hombre en sus relaciones con el Estado, y en especial, con la Administración Pública.

#### 40. Finalidades del *ombudsman*

A primera vista, la institución aparece como mecanismo de control, circunstancia que evidencia su rol únicamente operante en un sistema democrático de gobierno.

De resultar con este signado, cabe preguntarse si el *ombudsman* es una figura que tiende a robustecer los carriles participativos, o bien, proviene de la desconfianza que el sistema merece (en cuyo caso, la fuente que la inspira se toma en actitudes claramente autoritarias o dirigistas).

El primer interrogante cifra este contenido ¿es el Defensor del Pueblo un sofisma del despotismo dictatorial, o responde al espíritu del juego de pesos y contrapesos del poder en un Estado de derecho?

Si atendemos al origen del Comisionado, la deducción comparte el planteamiento inicial, porque el rey de Suecia pretendía mantener el poder monárquico a través de un representante que, más que ejecutar sus decisiones, controlaba y delataba las inconducencias de otros colaboradores.

Pero detenernos en esta simple constatación evita considerar la evolución de la figura claramente orientada a proteger la justicia del derecho en un Estado libre e igualitario.

<sup>264</sup> Gozafni, Osvaldo Alfredo, *El Defensor del Pueblo (ombudsman)*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 33.

Bien se aprecia que

Los pueblos sabios, avezados por las lecciones de la historia, que quieren asegurar su propia existencia como hombres libres en un Estado que hace justicia y no es discriminatorio, ponen todas las precauciones que están a su alcance para prevenir todos los procesos de entropía, es decir, de degeneración y desorden, que amenazan a cualquier obra humana.<sup>265</sup>

Tal sentido direcciona al *ombudsman* como mecanismo selectivo de control y participación en los problemas y asuntos que involucran al ciudadano en los actos de gobierno.

#### 41. *La crisis del sistema que fracciona el poder*

Las tendencias orientadas a frenar la ingerencia desmedida del poder de gestión sobre las libertades individuales y sobre el rol naturalmente predispuesto para los órganos parlamentarios y jurisdiccionales llevó a distribuir en otros organismos el control a la administración propiamente dicha.

Al mismo tiempo, las constituciones dan nacimiento a los derechos sociales, o derechos de las masas que, al decir de Cappelletti, están ejemplificados en el Preámbulo de la carta fundamental francesa de 1946, haciendo accesible a todos lo que antes sólo era proclamado teóricamente. Así, el Estado procura otorgar a los individuos (masa) nuevos derechos como consumidores, inquilinos, arrendatarios, trabajadores dependientes, y aun como simples ciudadanos.<sup>266</sup>

En la mitad del siglo XX se constata un fenómeno proyectado de los reconocimientos antedichos. El primer suceso alude a la mimetización cultural de los hechos trascendentes que tienden a socializarse para encaramarse como universales. La Declaración de 1948 sobre los Derechos del Hombre inicia un cuadro que abastecen derechos humanos inalienables e insustituibles.

El paso siguiente cursa la internacionalización de esos derechos, que supone el tránsito de lo puramente universal a lo interno de cada sistema jurídico. Cada Estado, cada nación, reconoce la necesidad superior de esos valores que, siendo derechos, son anteriores a cualquier reconocimiento positivo porque pertenecen a la condición humana, al hombre como tal.

<sup>265</sup> Giner de Grado, Carlos, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, Madrid, Popular, 1986, p. 10.

<sup>266</sup> Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*, Argentina, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, p. 64.

Se dan, entonces, como producciones sucesivas de una realidad cambiante, las tres características que han de atenderse para ver cómo opera y para qué sirve el *ombudsman* como defensor de los derechos humanos:

1) Ha sido claro y evidente el empuje sostenido de los órganos de administración y dirección de un Estado, priorizando sus funciones y avasallando, de alguna manera, el rol activo de los cuerpos jurisdiccionales y legislativos.

A tal punto llega la intromisión que la ciencia jurídica ha tenido que responder a los problemas aparentes de una presunta jurisdicción administrativa, como también de la posible creación del derecho desde el Ejecutivo.

2) Se advierte en la ciencia constitucional la evolución generacional de los derechos. Su incorporación histórica revela el comportamiento del mundo al conjunto de los valores supremos de todo tiempo. De este modo, los derechos políticos, sociales y culturales, son protegidos principalmente por los tribunales constitucionales; la promoción de los derechos solidarios, llamados de la tercera generación, también requieren protección. Se evidencia su debilidad cuando vemos que aún se conserva la idea de dar cabida en la justicia a los derechos individuales. Hoy día se impone cambiar este encuadre de la legitimación procesal; de otro modo, el Estado sería responsable de la denegación de la justicia.

3) El tercer tiempo lo ofrece la notable evolución de los derechos humanos.

#### 42. *El ombudsman ante los derechos humanos*

La actitud de comunicación e información es la que mejor concilia la unión entre el *ombudsman* y los derechos humanos.

Ocurre que la intromisión de estas fundadas nociones que reposan en la esencia vital de los derechos del hombre no siempre tienen una cálida recepción; existe un fenómeno de naturaleza sociocultural que los condiciona, y aun teniendo univocidad, los derechos se conciben dependientes de una sociedad determinada, concurrente e interactuante.

Precisamente, los derechos humanos tienen esa particularidad asociativa que lleva a considerarlos “siempre presentes”, pero ciertamente difusos a la hora de aplicarlos estrictamente.

La difusión, como dijimos, permite a través del *ombudsman* recobrar un espíritu común, un alcance correcto, un adecuado sentimiento de valorización y realización.

No podemos olvidar que aquéllos obran concertados con valores; y la axiología es una disciplina que hilvana su tejido con materiales muy variados, logrando productos de la misma diversidad. Es decir, los valores tienen o pueden tener una recepción e idea común, pero se interpretan respondiendo a sus propias circunstancias de aplicación.

### 43. *Funciones del ombudsman*

Resulta claro y dominante que las funciones pensadas para el *ombudsman* obran en estos sentidos:

a) Discutir, disentir, innovar, provocar la creatividad en el ámbito de la administración pública a través de la controversia y la discusión pública.

b) Investigar, publicar aquellos comportamientos administrativos que constituyan un ejercicio defectuoso de la administración pública.

c) Investigar las denuncias que lleguen a su conocimiento. Dado su carácter, el *ombudsman* no necesita que las denuncias que le sean formuladas reúnan requisitos formales de naturaleza alguna; hasta puede y debe investigar las denuncias anónimas que le lleguen, en tanto contengan visos mínimos de seriedad intrínseca.

d) Recomendar pública o privadamente a los funcionarios intervinientes, ya sea en informes privados o a través de su informe público anual, o por intermedio de partes o conferencias de prensa convocadas al efecto, qué acciones estima necesarias que la administración pública adopte, o qué comportamientos debe modificar, qué normas de procedimiento debe incorporar, etcétera.

e) Exhortar, argüir, influir sobre los funcionarios públicos que a su juicio actúen en forma inconveniente, incorrecta o inoportuna para que adopten las providencias que sean necesarias para la enmienda de los comportamientos administrativos objetados.

f) Criticar, censurar, amonestar en el sentido de represión de índole moral o política, pero sin implicar ejercicio de potestad disciplinaria *stricto sensu* sobre los funcionarios públicos. Tanto las sugerencias o recomendaciones como las censuras o represiones pueden, según los casos, formularse en forma privada o pública. Todo indica que el primero es el caso más aconsejable, y que sólo la reiteración de la conducta censurada, en caso de especial gravedad de la conducta, hará pública su crítica.

g) Iniciar acciones o recursos judiciales contra la administración pública en aquellos casos en que a su juicio los Tribunales por la índole del tema puedan brindar una solución idónea al fondo de la cuestión, pero que por problemas de falta de personalidad, de legitimación, de fondos o de tiempo pueda no haber un individuo legitimado o dispuesto a iniciar él mismo la acción.

h) Deducir acciones o recursos administrativos o ante Tribunales Administrativos donde éstos existan en las mismas situaciones que el caso anterior.

i) Efectuar un informe anual público sobre sus propias funciones, del cual resultan fracasos que ha tenido en sus intentos de influir en el mejoramiento de ésta y recomendaciones, en su caso, a los poderes públicos.<sup>267</sup>

267 Seguimos en este desarrollo a Gordillo, Agustín A., *Problemas del control ...*, cit, pp. 23 y ss.

#### 44. *Las transformaciones de fines de siglo*

Tratemos ahora de observar si al conjuro de los cambios sociales y políticos que experimenta Latinoamérica y Europa a fines de este siglo permiten afinar la relación entre *ombudsman* y derechos humanos.

Sintéticamente recordamos que las finalidades esenciales del Defensor del Pueblo son de control a la administración pública, protegiendo los derechos del ciudadano ante la burocracia exacerbada.

A veces, esa función se explica como “reaseguro contra las pequeñas injusticias”.

Lo ideal enmarca que en esa competencia fiscalizadora no se excluya órgano alguno, aún cuando en la práctica, y a la vista de otras legislaciones, se aparta al ejecutivo como órgano político. Pero el *ombudsman* practica control, por sí o urgido por la denuncia, en todo el régimen administrativo. Su actividad se extiende a la inspección, la sugerencia, el recordatorio, y si ninguna de estas actitudes tiene respuesta válida, tendrá que acudir a las vías jurisdiccionales que el ordenamiento le ofrezca.

Ahora bien, al menos en nuestro país existe un diseño político-económico que persigue acotar al máximo el intervencionismo estatal. Esta tendencia ocurre principalmente en la prestación de los servicios públicos.

Para lograrlo se echa mano de decisiones unilaterales que agreden la discusión natural que inspira todo esquema republicano de gobierno.

Si es lógico y prudente que el Estado se orqueste sobre la idea de pesos y contrapesos derivados de funciones propias: legislar, juzgar y ejecutar ¿por qué hacerlo sólo uno de los detentadores del poder?

Esta urgencia por actuar en lo inmediato, soslayando el debate abierto, se fomenta con el nacimiento de un derecho nuevo, o remozado: el derecho de la emergencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el caso “Peralta” (diciembre 27/990), tuvo oportunidad de establecer su tesis sobre el derecho de emergencia, sosteniendo entre otros argumentos que, el ejercicio del poder público sobre personas y bienes tiende a la protección no sólo de la seguridad, la moralidad y la salubridad, sino que se extiende al ámbito económico y social para procurar el bienestar general.

En momentos de perturbación social y económica —agregó— y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia de atender la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en periodos de sosiego y normalidad.

La “temporaneidad” que caracteriza a la emergencia, como resultado de las circunstancias mismas, no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses. “Todo lo que cabe afirmar razonablemente es que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado”.

El cuadro de situación que nos ocupa atiende una emergencia de naturaleza esencialmente económica. Pareciera decir que la política económica compromete su suerte si no va acompañada de una legislación que la interprete y de una justicia que no la desvirtúe.

Aparece así un extraño fenómeno, que se reduce a esta simple constatación: la emergencia pone en juego la autoconservación del Estado y para evitar su desmembramiento es posible superar los controles de poder naturales en un sistema democrático.

Sagües habla de una situación de necesidad que autoriza la dispensa de la Constitución, aun cuando sujeta a ciertas restricciones como la razonabilidad y el control hacia los fines y los medios.<sup>268</sup>

Nuestra pregunta se cifra a sólo un aspecto de esta problemática, ¿es posible justificar el abandono de funciones precisas en pos de asegurar la ejecución de una política económica?, o ¿es acaso que la emergencia económica puede solucionarse con el sacrificio de derechos?

Si es cierto que condiciones extraordinarias pueden exigir remedios extraordinarios, ellos no toleran un aumento de los poderes constitucionales, porque justamente la ley fundamental no es un oráculo que dé justificación a los excesos; todo lo contrario, les otorga una razón para existir en el ámbito de un desenvolvimiento legítimo. La extraordinariedad sólo pone en marcha un derecho genérico que podrá o no ser constitucional de acuerdo con el modo específico como se resuelva. Por ejemplo, el estado de sitio es un derecho basilar de la urgencia y necesidad de conservar el orden jurídico y político de un Estado; pero no sería de igual condición si la ley de emergencia escapase de las garantías diseñadas por la carta magna.

En este contexto, ¿puede ser útil el *ombudsman* para equilibrar la inestabilidad institucional?

#### 45. Conclusiones

Avancemos algo más en el interrogante que precede. Constituye una observación atinada decir que, cuando la economía ingresa en el derecho modificando estructuras habituales, también el mundo jurídico debe adaptarse con soluciones propias para ellas. Este pasaje hacia la transformación no tiene siempre la vía expedita; en efecto, la confrontación de intereses despeja los ideales propugnados dando paso al debate político o judicial. En uno el fenómeno se transporta en la resistencia; en la otra el móvil común para demostrar la antipatía es el proceso.

268 Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 165, p. 1058.

No viene al caso encontrar ahora cuáles son esas vías conducentes, formalmente apropiadas o admisibles; por lo general, estas manifestaciones se han replicado por el carril del amparo y justo es recordar que el tiempo histórico influye en el ánimo del juzgador dando pautas que sólo el momento registra y que no se transmiten en las lecturas históricas, porque el sentimiento acude volátil en el recorrido de la vida.

En todos los casos, la disconformidad queda bloqueada sin resonancia alguna, ni repercusión que favorezca su racionalidad, si el órgano jurisdiccional (Los Tribunales Superiores de un Estado) no acompañan ese grito de libertad.

Cuando una Nación quiebra o digita la independencia judicial torna su legitimidad democrática auspiciando un gobierno sin límites.

Gobernar supone legitimidad para mantener a los descontentos en la legalidad;<sup>269</sup> y ello solamente se logra permitiendo la participación libre y dando posibilidad efectiva de control a la arbitrariedad.

Si no hay referencia con el Estado de Derecho, el *ombudsman*, la jurisdicción, o el mismo ciudadano serán una máscara que esconde sin disimulo la ausencia de legitimidad del obrar administrativo.

Hablamos de la libertad existencial, no del liberalismo económico, ni de los giros idiomáticos que la atraviesan dándole modismos crematísticos.

La Constitución española cuenta con un acabado mecanismo que aligera la tensión. En efecto, el artículo 53 reza como precepto general que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos”; pero en los párrafos que siguen continúa la misma senda preventiva que es común advertir en el diseño hasta aquí denunciado.

De allí se comprueba que el ciudadano tiene protección jurisdiccional en sus derechos personales, cívicos y políticos; no así en los derechos económicos, sociales y culturales, porque estos quedan sujetos a la reglamentación pertinente.

Estimamos que el diagnóstico es aplicable a todos, particularmente en América Latina. Por ello, el Defensor del Pueblo podrá unirse como remedio contra esas injusticias del absolutismo moderno.

Queremos concluir reproduciendo un párrafo de Ginés de Grado<sup>270</sup> quien a su vez recuerda al autor inglés Ronal Duworkin:

...sólo aquellos que valoren en todas sus dimensiones el significado de los derechos humanos y se los tomen en serio, serán capaces de comprender y justificar esta institución del Defensor del Pueblo. Y quienes se tomen en broma esta institución, hay que sospechar que también se toman a risa y desprecian los derechos humanos, y en definitiva, al mismo hombre.

<sup>269</sup> Frías, Pedro J., “Entre la emergencia y el Estado de derecho”, *La Ley Actualidad*, 18 de noviembre de 1991, p. 1

<sup>270</sup> Ginés de Grado, Carlos, *op. cit.*, nota 264, p. 22.