

Capítulo II

Antecedentes históricos del Defensor del Pueblo en el derecho comparado

1. Derecho comparado. Leyes de los reinos de Indias

Sin el ánimo de pretender encontrar un antecedente histórico en América, resultaría sin embargo incompleto el objetivo de esta tesis pasar por alto la mención de alguna figura afín en el continente, y con más razón todavía en el Ecuador, que nos brinde un punto de referencia y permita objetivar la trascendencia de la figura jurídica a la que se refiere este trabajo.

La conquista española de América fue un proceso que al enfrentar a dos sociedades completamente distintas dio como resultado un elemento diferente, dinámico y generador de una nueva relación de un grupo hegemónico colonizador que funcionó en dos niveles —“lo que España representaba para la colonia, ésta lo representaba para las comunidades indígenas: una metrópoli colonial”— y que se impuso con sus leyes, normas, gobierno, economía, tecnología y, sobre todo, con sus propios patrones culturales.¹ La reacción de las comunidades indígenas a la imposición colonial fue variada, desde la traición, alianza y colaboración de ciertos señores étnicos,² hasta el suicidio, la huida, la confrontación armada y las sublevaciones.³ De igual manera, las medidas de control y represión coloniales también fueron variadas, ya que respondieron a varios factores, tanto de organización política como de interés económico. Sin embargo, lo que sí queda claro es el afán de la corona española por difundir e interiorizar en la colonia el sistema jurídico colonial, que aparte de servirles como un sistema estratégico y flexible para resolver los problemas y tensiones que podían llegar a extremos subversivos, también podía ser usado por los nativos en la defensa de sus intereses.

1 Rodolfo Stravenhagen: *Las clases sociales en las sociedades agrarias*, 1975, p. 244-245.

2 Waldemar Espinosa Soriano: *La destrucción del imperio de los incas: la rivalidad política y señorial de los curacazgos andinos*, Lima, 1973. Como principales aliados de los españoles, a quienes consideraban sus libertadores, figuran los huancas, cañares y chachapoyas.

3 Segundo Moreno Yáñez: *Sublevaciones indígenas en la Audiencia de Quito desde comienzos del siglo XVIII hasta finales de la Colonia*, Quito, 1978. Las características de las sublevaciones le permiten determinar cronológicamente el tema.

1.1. *El protector de los Naturales*

Como resultado de la gestión de Las Casas, Protector Universal de las Indias, enviado a América en 1516, y de la promulgación de las Leyes Nuevas de 1542, la corona implementó una política de defensa del indígena ampliando en las colonias el aparato administrativo; una de las instituciones que creó con ese fin fue justamente el *Protector de Naturales*. La *Recopilación de las leyes de los reinos de Indias* y otros estudios específicos sobre el derecho indiano⁴ nos permiten conocer los procedimientos jurídicos y las instituciones que procesaban los litigios entre indígenas y de éstos con otros grupos sociales de la Colonia.

El antecedente para la creación de esta institución de segundo orden deviene de la obligación real con respecto a los indigentes (ancianos, huérfanos, viudas, menesterosos) y de la concepción paternalista heredada de la tradición grecorromana. En Castilla, durante los siglos XV y XVI, existieron los abogados de pobres, cargo que fue ejercido gratuitamente por los funcionarios del Estado. El procedimiento de éstos era especial; considerados sus casos como de primera instancia, se dilucidaban mediante una audiencia sumaria.

Esta tradición de la metrópoli que se trasladó a América incluyó a otros grupos sociales considerados también como “miserables”,⁵ entre los cuales estaban los indios, que pertenecían a un rango subordinado, a una clase inferior,⁶ tenidos por “incapacitado[s] y, por lo tanto, necesitado[s] de tutela. Esta circunstancia los convirtió legalmente en menores de edad, en pupilos de la corona, quienes no podían participar en un contrato legal sin la aprobación de su guardián, que era en última instancia la corona”.⁷

1.2. *El funcionamiento del Protectorado*

Diana Bonnett⁸ distingue tres períodos en el funcionamiento del Protectorado de Naturales en la Audiencia de Quito. En el siglo XVI, la Iglesia, que ha-

- 4 Al respecto se pueden consultar varias obras como la de Carlos Sempat Assadourian: *Obispo Fray Bartolomé de las Casas. La condición miserable de las naciones indias y el derecho de la Iglesia* (un escrito de 1545); Constantino Bayle: *El protector de indios*; Woodrow Borah: *Juzgado General de Indios del Perú o Juzgado Particular de Indios del Cercado de Lima y Juzgado General de Indios en la Nueva España*; y Bernard Lavallé: *Presión colonial y reivindicación indígena en Cajamarca (1785-1820)* según el Archivo del Protector de Naturales.
- 5 Juan de Solórzano y Pereyra: *Política india (4 t.)*, Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, 1972, tomo I, pp. 417-429.
- 6 Federico González Suárez: *Historia general de la República del Ecuador*, vol. III, Quito, 1969-1970, pp. 1340-1344. La caracterización de la jerarquía de la sociedad en la época colonial se concebía en tres estratos: el primero lo integraban blancos, nobles, ricos propietarios que vivían de sus heredades, incluidas las órdenes religiosas; el segundo estaba constituido por mestizos, clase intermedia entre indios y blancos, en su mayoría pobres que vivían de sus oficios; finalmente la clase inferior, los indígenas, despojados de sus propiedades, vivían en su mayoría del jornal que recibían de sus patrones.
- 7 Karen Spalding: *De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú Colonial*, Lima, 1974, pp. 155-156. Su condición fue peculiar: obligados a pagar tributos y prestar servicios, reconocían la calidad de subditos de la corona con la obligación de retribuir los beneficios de la civilización y evangelización.
- 8 Diana Bonnett: *El Protector de Naturales en la Audiencia de Quito, siglos XVII y XVIII*, Serie Tesis, FLACSO, Sede Ecuador, Cayambe, 1992.

bía tomado parte activa en el proceso colonizador, participó en principio de algunos cargos administrativos como el de Protector, conferido a los obispos. Al instituirse el Obispado de Quito en 1546, el título le fue conferido a un dominico, fray Francisco de San Miguel. Los conflictos que se dieron por las pugnas y superposición de poderes civiles y eclesiásticos terminó en la renuncia de éstos al cargo. En 1554, la corona ordenó que se transfiera el título a los fiscales de las Audiencias; la cédula real llegó tardíamente a Quito en 1582 y la reacción de los funcionarios fue de queja por el exceso de trabajo y la falta de remuneración por las nuevas obligaciones. Luego de la visita del virrey Toledo, éste dio cuenta de varias irregularidades y extorsiones hacia los indígenas —solicitadores o defensores que cobraban grandes sumas de dinero—, por lo cual se crearon los Jueces de Naturales con el fin de agilitar la justicia. El requisito indispensable era que las demandas fueran hechas a través del Defensor; los casos más importantes debían dirigirse directamente a la Audiencia.

El segundo período se caracteriza por la creación del nombramiento de oficio de Fiscal Protector, debido al gran número de conflictos que debían atender; en un principio el nombramiento se entregaba a quien donaba una suma generosa para hacerse cargo del título. Los resultados poco efectivos de su gestión obligaron al rey a cambiar la forma de su elección, cediendo el cargo a quienes tuvieran el interés real de ejercer el protectorado. Por falta de fondos para devolverlos a quienes habían hecho sus donativos, los cargos permanecieron inmutables hasta 1666, cuando se creó el cargo de Protector General; pese a las diferencias entre las autoridades de la Audiencia de Quito con respecto al Virreinato del Perú, se nombró a un protector interino hasta 1683, año en que el rey lo nombró directamente. Así se sucedió el cargo desde 1642 a 1776, en el cual el protector también mantuvo el título de fiscal, con las mismas prerrogativas. Este período, considerado como de “estabilización”, da cuenta del real funcionamiento del Protectorado de la Audiencia y de cómo las causas fueron ampliándose.

Para 1776 se suprime y a la vez se unifica el cargo de Protector General con el de Fiscal del Crimen de la Audiencia. Los agentes, que obligatoriamente debían ser abogados, fueron sustituidos por los agentes fiscales, pero al no poder desempeñar su función, tuvieron que ser restituídos a sus cargos los protectores legos. Los asuntos que trataron fueron de variada índole debido a la rápida transformación demográfica de que era objeto la Audiencia de Quito.⁹

9 Moreno Yáñez: o. cit., pp. 342-344. “En resumen y como un cálculo aproximativo, se podría afirmar que la población indígena, durante el enunciado período, osciló entre 200.000 y 250.000 dentro de la global de cerca de 500.000 habitantes. La dificultad para establecer un cálculo exacto [...] estriba en la falta de criterio claro y unánime por parte de la administración colonial sobre los límites [...], así como de la indeterminable movilidad demográfica de grupos indígenas fugitivos y especialmente ‘forasteros’. Hugo Burgos (1972, 486); Francisco José de Caldas (1933, 51); y Juan Romualdo Navarro (1950, 396-442)”.

1.3. Características, funciones, elección y destitución del Protector

Siendo el objetivo principal de la corona española el menguar los conflictos de la colonia mediante la acción administrativa y judicial oportuna, en las actas del Cabildo se pueden apreciar ya disposiciones de jurisprudencia procesal, las cuales dan razón de las características particulares que debían investir las personas que fungían en dicho cargo, que en muchos casos fue vitalicio o perduró hasta que el rey lo depusiera. Estos funcionarios debían ser “personas de edad competente y ejercer sus oficios con cristiandad, limpieza y puntualidad, según lo prescrito en las Reales Cédulas firmadas por Felipe II, en 1589 y en 9 de Abril de 1591 y por Felipe III en 17 de Octubre de 1614”¹⁰, el monarca pedía encarecidamente que fueran personas celosas del bien de los indios, doctas y de buena conciencia, a las cuales se les diera cierta instrucción para su servicio. Sin embargo, como todos los cargos administrativos, el de protectores también estaba reservado para quienes poseían determinada condición social: no podían ser mestizos y tenían que ser titulados como doctores, licenciados o bachilleres. Puesto que en la colonia no había muchos letrados, aun entre quienes accedían al cargo había rangos o categorías. Los protectores generales, que se confunden en ciertas épocas con los protectores partidarios que actuaban en las diversas jurisdicciones de la Audiencia, eran nombrados por los primeros y con los defensores y los agentes o solicitadores de menor rango. Los protectores generales eran abogados titulados.¹¹

Las funciones del Protector básicamente eran las siguientes:

- 1) Los protectores podían enviar en su reemplazo a un Comisionado que visitara las poblaciones de indios, previa aprobación del gobernador o justicia mayor de la provincia; 2) los protectores o sus comisarios sólo podrían sentenciar causas que tuvieran un monto máximo de cincuenta pesos de oro, y dar condenas hasta de diez días de cárcel; 3) podían hacer informaciones sobre el trato que los gobernadores y sus oficiales daban a los naturales y remitirlas a la audiencia más próxima para que éstas administraran justicia; 4) las causas criminales entre los indios no podían ser conocidas por el protector sin antes haber sido estudiadas por el gobernador u otra autoridad civil (*Publicaciones*

10 Alfonso María Mora: *La conquista española juzgada jurídica y sociológicamente*, Quito, 1943, p. 48.

11 Bonnett, o. cit., pp. 32-33: “que debía estar presente en todos los acuerdos y juntas que tuvieran relación con los pleitos indígenas, con la atribución de nombrar solicitadores que acudieran a las causas, y protectores de partido para todo el distrito de la Audiencia que resolvieran casos de menor importancia, pero con posibilidad de llevarlos a apelación ante la Audiencia (ANH/Q. FE. C.13. L. 35, Doc. 1282, 1742, fs. 186-187. Traslado del nombramiento de don Juan de Luján y Bedia). [...] Los defensores eran miembros de los cabildos de las distintas áreas geográficas de la Audiencia, donde por algún motivo el protector general no había designado un protector partidario. [...] los agentes o solicitadores comisionados por el protector para responder en los pleitos [...] actuaban también como procuradores de hechos y de negocios [...] su conocimiento era tan sólo basado en la experiencia, actuaban como agentes de rango inferior y sin lugar legal en los tribunales, [...] tenían la función de intérpretes y de tomarles la razón de las peticiones para instruir al protector, [...] eran costeados por los propios naturales, quienes les pagaban dos reales por asesorarles en sus pleitos (ANH/Q. Ced. 14, No. 84, 19-X-1777, f. 404. Sobre el nombramiento de agentes fiscales)”.

*del Archivo Municipal de Quito, T. II, Vol. 4, Libro del Cabildo 1548-1551: 161 a 163).*¹²

Cabe enfatizar la obligatoriedad que tenían los funcionarios de enviar un informe periódico a las autoridades bajo cuyo control permanecían, como es el caso del fiscal del Consejo de Indias, debiendo hacer que se observara “invariablemente” todo lo proveído en beneficio de los naturales, conforme lo estatuido en la ordenanza real de agosto 28 de 1596.¹³ De igual manera es importante recordar el carácter de gratuidad que estableció “Felipe II, en Toledo, a 25 de Mayo de 1526. No del peculio de ellos, sino de la contribución de las Comunidades, se extraían los salarios de protectores, procuradores y escribanos que intervenían en las causas de los indios, *por no haberseles de llevar ningunos derechos*”.¹⁴ Les correspondía al fiscal, al abogado y al procurador velar por que el escribano no les cobrara más de los dispuesto en el sistema de cobros, atendiendo en especial a aquellos que, comprobada su extrema pobreza, estaban exentos del pago.

1.4. Procedimiento que se seguía en un juicio de indios

Estos juicios se iniciaban con un memorial o petición que el indígena o el cacique hacía al protector partidario indicando claramente el motivo del litigio; éste debía estudiar el caso y considerar si existían o no pruebas para su defensa. El protector partidario reproducía la queja del indígena y conjuntamente con su memorial la presentaba ante el tribunal para que éste “diera lugar” al pleito. La queja se podía hacer directamente al protector general, si le correspondía, o por apelación a la Audiencia, en cuyo caso se entregaba también el auto. Las pruebas eran variadas, dependiendo del tipo de conflicto: escrituras, testamentos, declaraciones y testimonios en casos de pleitos por tierras; comprobantes, fe de bautismo, certificaciones médicas para las exoneraciones por tributos y de las mitas. Si el caso iba por apelación a la Audiencia, ésta podía pedir a las autoridades del Corregimiento una ampliación de pruebas documentales, observación o “vistas de ojos”. Los testigos debían primeramente contestar las preguntas generales de ley y luego el cuestionario que elaboraban los protectores en referencia al asunto del litigio. Una vez reunidas todas las pruebas, antes de emitir sentencia, la Real

12 Ibídem. p. 22.

13 Archivo Municipal de Quito, *Colección de Cédulas Reales 1563-1645*, t. I, vol. IX, Publicaciones del Archivo Municipal, Quito, 1935, p. 525. “[...] mi fiscal en mi Real Consejo de Indias, acudiendo a procurar el bien de los Indios, conforme a su obligación, [...] envíen relación muy particular de como se guarda lo proveido en el beneficio de los dichos indios y en que partes van en aumento y donde en disminución, el tratamiento que se les hace, si reciben molestias, agravios y vexaciones, de quien y en que cosas, si les falta doctrina a cuales y en que partes”.

14 Mora, o. cit., p. 48. Cf. (ANH/Q. FE. C. 54, L. 146, Doc. 4370; 1779, f. 129. Cobros por pleitos).

Audiencia pedía al fiscal, como representante directo de la corona, que emitiera su criterio proponiendo el fallo.

El procedimiento finalizaba con la sentencia, a la cual se podía también apelar en caso de inconformidad. La primera sentencia podía ser revocada o mantenerse la determinación del primer auto, con lo cual el asunto quedaba como “sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”. Una segunda apelación sólo existía en casos de suma gravedad. En algunos casos se daban diligencias finales realizadas por el protector para cerrar el caso, como por ejemplo, la reposición o entrega de los bienes en litigio. A pesar de la disposición expresa de que estos casos se resolvieran por vía sumaria, su duración tenía relación con la gravedad del conflicto,¹⁵ la cual muchas veces dependía de la rivalidad y superposición de poderes judiciales, administrativos y eclesiásticos que no tenían bien delimitada su jurisdicción, así como también de casos de corrupción.

Sin pretender que el Protector de Naturales sea un antecedente histórico directo¹⁶ del actual Defensor del Pueblo, la importancia de estudiarlo radica justamente en las similitudes que ambas instituciones presentan en su aplicación. Así por ejemplo, las demandas o memoriales podían ser presentados por los indios en particular, sus caciques o las comunidades. Se pretendía que el procedimiento fuera gratuito y sumario. En las ventajas, aunque limitadas a imponer la ley y el orden, llegaron en ciertos casos a denunciar desmanes, cuestionar la forma de dominación y pedir reformas. Las dificultades de su funcionamiento respondieron en su mayoría a conflictos de interés personal o de poder de los funcionarios que no podían ser controlados directamente por la corona. Cabe recordar que este título fue en una época adquirido por el mejor “donante”, lo cual no deja a salvo el presumir que, por sobre el interés de servicio que debía de caracterizar a este funcionario, estaba el de recuperar a cambio el dinero invertido en un cargo considerado de baja categoría y poca remuneración.

Ciertamente, la tarea fundamental de este funcionario fue la representación legal de la población indígena en los problemas de orden legal; de allí su nombre de *protector*. Con este supuesto, pero no con las garantías necesarias.

¹⁵ Bonnett: o. cit., pp. 70-73. Un estudio detallado y diacrónico acerca de las causas: regiones, condiciones sociales, asentamientos poblacionales, merma de la población e inclusive concientización de ésta, son algunos de los factores que incidieron en los tipos de conflictos “agrupados a fin de presentar un diagnóstico de la situación de los indígenas en la Audiencia: 1) los pleitos concernientes a la propiedad y posesión de la tierra; 2) los reclamos por abusos de las autoridades, tanto coloniales como nativas; 3) los conflictos por altas imposiciones fiscales con que se grava a los naturales”.

¹⁶ Serrano P.: o. cit. El autor opina que “sobre todo el hecho de que se lo haya identificado con el ineficiente paternalismo, originado en el desprecio que con el transcurso de los siglos sobrevino al concepto cristiano de la caridad, así como también el que la institución aparecía como una exigua compensación a las grandes tribulaciones que los indígenas parecieron en la Colonia”, seguramente “han hecho olvidar a los juristas americano-hispanos de que el derecho de origen romano-hispano-godo también conoció, bien que mal, la institución que en los países nórdicos han llamado ombudsman”, p. 189.

rias de inmunidad, la situación en la cual se vio envuelto para poder imponer sus decisiones fue generalmente de presiones de poder contrapuestas; por ello, de los documentos históricos que conocemos no surge con certeza que este personaje haya constituido un verdadero y único remedio de garantía para la defensa de los indígenas, ni tampoco para garantizar el orden y la continuidad del sistema. Lo que sí nos muestran las investigaciones es que, pese a estas contradicciones, la población indígena recurrió, y cada vez con mayor incidencia, llevando sus pleitos ante los tribunales, lo que de alguna forma constituyó una barrera frente al abuso de autoridades y otros grupos sociales dominantes.

Vale recordar que el 60% de los casos representados por los protectores fueron sentenciados a favor de los naturales. Estudios posteriores concluirán si los procesos de independencia y estabilización de las nuevas repúblicas, al eliminar la protección indígena que se tenía en la Colonia mediante el derecho a Casos de Corte y la extinción del cargo de los Protectores, no han sido las causas que elevaron el nivel de desarraigo que hoy viven las comunidades indígenas.¹⁷

2. Naturaleza y evolución en Europa

2.1. Países escandinavos

2.1.1. Suecia

Suecia es el país donde nació la figura del Ombudsman. En el siglo XVIII, los reyes suecos tenían dificultades para controlar las actividades de sus funcionarios y se veían obligados a transar con la nobleza, la Iglesia y la burguesía, que buscaban imponerse en la asamblea representativa conocida como *Riksdag*. Esta situación política conflictiva predominó por más de cuatrocientos años en Suecia, hasta 1709, cuando Carlos XII tuvo que exiliarse en Turquía luego de la ocupación rusa. En Turquía¹⁸ conoció la figura de un Procurador Judicial que debía hacer cumplir a los funcionarios las leyes del islam. A su regreso, en 1713, el rey creó la oficina del *Justitiiekansler* con la misma finalidad: hacer que los comisionados reales, cobradores de impuestos, jueces y otros funcionarios que actuaban en su nombre, cumplieran con sus obligaciones e hicieran cumplir la ley. La muerte de Carlos XII en 1718 significó el fin del absolutismo y el declinar de Suecia como una gran potencia.

17 Bonnett: o. cit, p. 138.

18 Al-Wahab, citado por G. E. Caiden (ed.), *International Handbook of the Ombudsman*, tomo I, Westport, Connecticut, 1983, p. 9.

En 1720,¹⁹ la nueva Constitución desplazó el poder político del gobierno y dio lugar a un gobierno parlamentario basado en la libertad y la democracia. En 1739, el Riksdag obligó al Canciller de Justicia a reportarse ante él; éste debía asegurar que los actos de la administración fueran legales, proteger a los ciudadanos para que no fueran objeto de los excesos de los funcionarios, investigar con celo las quejas de los abusos de poder de la administración y, si era necesario, iniciar acciones en su contra cuando el funcionario hubiera cometido actos de negligencia. Este procedimiento duró hasta que la cúpula del gobierno restauró la monarquía absolutista y dio fin a esta *Era of Liberty*.

La Constitución Sueca de 1809 reconocía el poder ejecutivo del rey y el control del Riksdag. Como una contraparte del Justitiekansler, que seguía dependiendo del rey, el Parlamento incorporó un *Justitiemöbudsman*. El Ombudsman²⁰ de la Justicia debía ser un individuo imparcial, letrado en derecho y con experiencia como juez. Era elegido a través de una comisión especial por el Riksdag con el fin de supervisar a los funcionarios de la administración pública como parte de la rama legislativa, no como el Canciller de Justicia, que pertenecía a la rama del Ejecutivo; por tanto, informaba sobre su labor al Parlamento y no al monarca.

Para comprender el papel que desempeña en la actualidad el Ombudsman en Suecia es importante que conozcamos cómo está organizada la estructura de gobierno, que se asemeja a la de cualquier otra monarquía constitucional de nuestro siglo. El rey no ejerce el poder político; sin embargo, toma decisiones importantes para el gobierno. Estas decisiones que él aparentemente toma son las de los consejeros de Estado o ministros del Gabinete, que son electos únicamente por el primer ministro. Éstos no tienen que ser necesariamente miembros del Parlamento, pero sí estar bajo su mandato. Los ministros no dirigen grandes cuerpos administrativos, de cuyo funcionamiento en última instancia sobrellevan la responsabilidad. La función que desempeñan es la de planificar más que de administrar; preparar proyectos de ley del gobierno o regulaciones que específicamente les encarga el Parlamento, promulgar directrices que guíen a los administradores, distribuir el presupuesto y, en muchos casos, afrontar materias de carácter administrativo que deben ser resueltas por el rey en el Consejo. Con excepción del Ministerio de Asuntos Exteriores, no son responsables de la administración que otros ejecutan, pero sí aseguran su influencia administrativa cuando deciden sobre las apelaciones. Los ministros están controlados directamente por el Parlamento, que incluso puede cuestionarlos

19 Alberto Pérez Calvo: "Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo", *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº 4, otoño de 1979, p. 79.

20 El significado de la palabra en sueco se refiere a una persona que actúa como vocero o representante; aquel que cuida de los intereses de otro.

políticamente por actos administrativos de cuerpos que estructuralmente están subordinados a ellos porque sus presupuestos pasan a través de sus ministerios.²¹

La Constitución prohíbe al Parlamento investigar la conducta individual o general de la administración pública,²² lo que está permitido es discutir sobre los principios generales, para lo cual solicita al ministro —o éste lo hace por iniciativa propia— que cree una comisión investigadora de los problemas que requieran una nueva legislación. El informe de esta comisión de especialistas, que trabajan conjuntamente con el secretario nombrado por el propio ministro, puede tardar varios años, puesto que requiere del comentario y la deliberación de todos a quienes concierne. Finalmente, una vez aprobado, este informe dará forma a un nuevo proyecto de ley gubernamental.

Visto de esta forma, aparentemente ni el Parlamento ni los ministros ejercen un poder de supervisión de la administración pública. La mayor parte de la responsabilidad de llevar a cabo las políticas del gabinete, así como del cumplimiento de las leyes, recae en los Consejos Centrales de Administración, a los cuales les corresponde tratar sobre asuntos específicos; por ejemplo: prisiones, salud, seguridad social, agricultura o bienestar social. Cada consejo está dirigido por un director general nombrado por el gabinete; su cargo es indefinido o inclusive vitalicio; los miembros son los más antiguos funcionarios, que trabajan a tiempo completo, conjuntamente con representantes de sectores interesados, que lo hacen a medio tiempo. Los Consejos, sin embargo, no tienen acceso directo al Parlamento; tanto su presupuesto como las sugerencias de reformas legales vienen a través del ministro pertinente.

Teóricamente existe consenso y uniformidad en su labor, pero el consenso deviene de la recta aplicación de la ley, mientras la uniformidad de criterios responde sin duda al control político que ejerce el ministro. Los funcionarios suecos están obligados a aplicar la ley bajo su criterio y discrecionalidad; únicamente en casos concretos el Parlamento solicita a los ministros interpretar la aplicación de la ley. La administración civil, la judicial y aun los fiscales aplican la ley en igual forma; cada uno es responsable por la rectitud de sus juicios. Como es lógico, este sistema prácticamente individualista de ejercer la administración pública corresponde a una realidad diferente, en la que los servidores públicos y la sociedad en general están educados y conscientes para ejercer sus actividades con la más alta moral, haciendo honor al apelativo de la tenaz Suecia, *the stubborn Swede*, como se la conoce.

21 "El Ombudsman está obligado a iniciar y continuar el proceso que haya decidido el Comité Constitucional contra un miembro del Gobierno [...]" (artículo 10 de la Instrucción del Ombudsman).

22 Constitución sueca, artículo 90: "*matters relating to the appointment and removal of officials, the decisions, resolutions, and judgments of the executive or judicial authorities [...] shall in no case or manner be subject to consideration or investigation by the Riksdag, its chambers or committees, except as literally prescribed in the fundamental laws*".

Es común que los funcionarios busquen el consenso y no la discordia. Sus archivos, salvo raras excepciones, están siempre a disposición del público y de la prensa; aun los documentos que están en discusión pueden ser revisados por quien lo requiera. Puesto que cada funcionario aplica la ley a su parecer, los antecedentes y discusiones legislativas de cada proyecto de ley son cuidadosamente compilados, de manera que se reduzcan las posibilidades de duda. Inclusive hay ocasiones en las que las leyes disminuyen el alcance de decisión de los funcionarios dando instrucciones generales explícitas; esta virtud, que incrementa la rigidez administrativa, es a veces denunciada como “inflexibilidad burocrática”. Por último, los fallos administrativos están sujetos a la revisión del establecimiento oficial, como el Consejo Administrativo Central, o por apelación al rey en la figura del ministro.

Recién en 1909 Suecia creó la Corte Suprema Administrativa para atender efectivamente el incremento de las apelaciones, en su mayoría concernientes a pago de impuestos. Otra Corte Suprema para el Seguro Social también fue creada con el mismo fin. Mientras la decisión de estos altos órganos administrativos influye únicamente sobre el caso tratado, sus decisiones son altamente respetadas por la administración y reconocidas como doctrina.

Tanto las Cortes Ordinarias como las Cortes Supremas pueden aplicar el poder de la ley penal ordinaria a los funcionarios públicos, inclusive pedir su remoción luego de seguirse normalmente un juicio penal; pero en ningún caso pueden ordenar a un funcionario que rectifique sus actos cuando éstos constituyen interpretaciones autorizadas de aplicación de la ley; solamente pueden juzgarlo por haber violado la ley. Esta capacidad es más amplia de lo que aparenta, puesto que, cuando un funcionario es juzgado por un crimen de violación de sus obligaciones, negligencia, incompetencia, imprudencia o inexperiencia, está incumpliendo con un reglamento y con la naturaleza misma de su oficio.²³ Al ser encontrado culpable será castigado con la prisión, la suspensión o la dimisión, además del pago de daños y perjuicios. Este proceso puede iniciarse de forma particular, excepto cuando es en contra de un servidor de alto rango o un juez, en cuyo caso previamente el fiscal tendrá que emitir su criterio favorable para dar lugar a la demanda.

Los servidores públicos de bajo rango son procesados en las cortes de primera instancia, mientras que jueces y servidores públicos de nivel superior, como los directores de las administraciones centrales, gozan de fuero de corte y deben ser enjuiciados ante la Corte de Apelaciones. Los jueces de las Cortes de Apelaciones y los directores de ciertos Consejos de Administración Central son juzgados ante la Corte Suprema. Los ministros y los

23 Código Penal sueco, capítulo 20, sección 4.

miembros de la Corte Suprema son enjuiciados únicamente ante una Corte Especial de Demandas para altos funcionarios del Estado.

En este sistema de responsabilidad individual antes que institucional, la figura del Ombudsman es técnicamente perfecta. Actúa como un demandante contra las omisiones y errores cometidos por los funcionarios ante los tribunales. Sin lugar a dudas, está investido de un poder que le permite corregir cada error y dar una respuesta correcta a las dificultades que plantea el Estado moderno. La Constitución sueca²⁴ dice que, como un representante del Parlamento y estando a su servicio, él debe supervisar que se observen las leyes y los estatutos que deben ser aplicados por las cortes, los funcionarios y empleados públicos. La supervisión no implica impartir órdenes, ni rever decisiones o reabrir casos. Su función de supervisión está fundamentada en las atribuciones especiales que le concede la ley orgánica.

Durante la Primera Guerra Mundial,²⁵ Suecia decidió separar las funciones de supervisión de las autoridades militares y encargarlas a un Ombudsman militar, *Militieombudsman*, que desempeñó las funciones especializadas por separado hasta 1968, cuando ambas autoridades fueron nuevamente fusionadas y a cambio se crearon tres Ombudsman en la oficina del *Justitieombudsman* que debían distribuir sus competencias. Otra innovación que hizo el Parlamento fue nombrar a dos Ombudsman suplentes o de “reserva” para asistir a los tres funcionarios, sin estar encargados formalmente de atender a un sector específico del gobierno; éstos podían combinar sus funciones presidiendo como jueces en una de las cortes administrativas. Tal situación trajo consigo varios problemas administrativos. En primer lugar, los Ombudsman interinos no estaban plenamente comprometidos con la tarea. En segundo lugar, todos los Ombudsman tenían el mismo rango y, por lo tanto, debían coordinar entre ellos sus actividades de mediadores o coordinadores. Sumado a ello, también estaba el creciente número de casos que debían receptar, lo cual obligaba a una reorganización de la oficina del Ombudsman.

En 1972, el Parlamento nombró un comité para estudiar el problema, el cual recomendó una nueva organización y varias reformas a la Ley Orgánica del Ombudsman. El Parlamento²⁶ aprobó estas enmiendas en noviembre de

24 Constitución sueca, artículo 90: “supervise the observance of laws and statutes [...] by the courts and by public officials and employees”.

25 Víctor Fairén Guillén: *El Defensor del Pueblo, Ombudsman*, 1982, p. 119: “Ley de 19 de mayo de 1915”.

26 Boletín de Legislación Extranjera de las Cortes Españolas, nº 178, IV-VI, de 1969. El capítulo 12, artículo 6 del Instrumento de Gobierno de 1975 establece: “el Parlamento elegirá uno o varios *ombudsman* para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento observe, ejerzan su presión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El *ombudsman* podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instituciones especifiquen.”

“El *ombudsman* podrá asistir a las deliberaciones de tribunales y autoridades. Los tribunales o autoridades administrativas, así como los funcionarios del Estado o de los municipios, deberán ayudar al *ombudsman* dándole los datos y los informes que necesite, y la misma obligación incumbe a las demás personas que se hallan bajo la supervisión del *ombudsman*. Los acusadores públicos deberán además prestar asistencia al *ombudsman* si éste la solicita.”

“El Reglamento de la Cámara establecerá normas suplementarias sobre el *ombudsman*.”

1975 (*Riksdag Act*, capítulo 8°, artículo 10) y entraron en vigencia para la primavera de 1976. La elección se lleva a cabo en el Pleno del Riksdag luego de un proceso de “filtro”;²⁷ la Comisión de la Constitución, la que fundamentalmente propone a los Ombudsman, en el plazo de 30 días luego de su nombramiento designa una Delegación para el Ombudsman Parlamentario, la cual debe consultar con la Conferencia de Presidentes, previamente elegida por todos los partidos políticos.

En el nuevo esquema existen cuatro Ombudsman. Uno de ellos hace de jefe y director administrativo, coordina el trabajo de los demás y designa qué áreas de trabajo le corresponden a cada uno de ellos. Todos comparten la responsabilidad de cubrir las agencias de gobierno, tanto locales como centrales. Al jefe y director administrativo de la Oficina de Ombudsman le corresponden personalmente tareas tan delicadas como la de velar por la ley que asegura el acceso del público a los documentos oficiales en todo nivel del gobierno; también está encargado de los problemas causados por el procesamiento de datos, asuntos del personal del gobierno central y de los locales, y con casos de especial importancia. A los otros Ombudsman les corresponde supervisar las cortes de justicia, a los fiscales, la policía y las prisiones; otro se encarga de todo lo referente a impuestos y seguridad social y, el último, de supervisar a las fuerzas armadas y las áreas de la administración civil que no cubren los otros.

Dos son las facultades principales del Ombudsman: la de vigilar la correcta interpretación de la ley acorde a la justicia o a la legitimidad por parte de los funcionarios y la de acusar ante los tribunales las contravenciones o la falla discrecional que recepte y que atente contra lo que establece la norma. Estas facultades no le atribuyen el poder derogar decisiones administrativas ni judiciales, pero como acusador puede, ajustado a la legislación penal sueca, pedir que se adopten medidas disciplinarias como el cese o suspensión de empleo,²⁸ facultad ésta que se usa en los casos de mayor gravedad. La nueva legislación adoptada en 1975 limita la capacidad del Ombudsman de enjuiciar a los funcionarios, pero hace mayor hincapié en el derecho a establecer procedimientos disciplinarios. El método más recurrido es la amonestación o la crítica hecha pública, que tiene mayor proyección social.²⁹

Entre las tareas que está excluido de realizar se cuenta el investigar sobre las decisiones que toman las autoridades electas; éstas son los miembros

27 Fairén Guillén: o. cit., pp. 120-121.

28 Carlos Gallego Huéscar y Carlos García Solé: *El Defensor del Pueblo (competencias, procedimiento y derecho comparado)*, “Instrucción para el Ombudsman sueco”, artículo 6, párrs. 3º y 4º, 1982, p. 133.

29 Nicole Questiaux, en Donald Rowat: *El Ombudsman, defensor de los ciudadanos*, México, 1973, p. 292: “Esto le da un toque muy moderno a la oficina, en los días en que la democracia reside en un contacto apropiado entre el individuo y el Estado, a través del Parlamento y a través de los medios de expresión masiva”.

del Parlamento, además de los cancilleres y los ministros, las autoridades gubernativas centrales y locales. Tampoco pueden considerar las acciones que toman los ministros de la Cámara. La razón por la cual les está vedada esta actividad es que la mayoría de las áreas del Gobierno Central sueco están administradas por un Consejo Administrativo y no se encuentran bajo el control directo de los ministros, como ya se dijo. Bajo el control del Ombudsman están el resto de los funcionarios ministeriales y, a partir de 1957, los funcionarios municipales —en este caso, sólo cuando se agote el control de las propias autoridades municipales.

También están bajo el control del Ombudsman el posible abuso de facultades que pueden ejercer los jueces, como las demoras en las resoluciones y sentencias, pero generalmente lo que éste investiga es el comportamiento del juez frente a un caso que está siendo investigado; no cuestiona los procedimientos, pero a veces sí investiga la sentencia. Cuando el Ombudsman enjuicia a un juez, lo hará ante la Corte Superior que él preside. Un particular interés surge de la capacidad que tiene el Ombudsman sueco para enjuiciar a altos funcionarios y jueces de las Cortes Supremas de Justicia y de la Suprema Corte Administrativa que han sido amonestados. Aunque estos casos son extremos, la ley permite que el Ombudsman los juzgue; puesto que no hay una corte superior a ella, él tendría que agotar los recursos de impugnación del juez.³⁰ Además entran también en su ámbito de control todas las personas que tengan que ver con nombramientos vinculados al ejercicio de una autoridad pública o con concesiones de servicios públicos. Finalmente, como novedoso, el *Justitieombudsman* controla la actividad de la Iglesia anglicana, religión oficial considerada también como un servicio público.

La ley le permite estar presente en las deliberaciones de las autoridades administrativas y de los tribunales; sin embargo, no se le permite que exprese su opinión ni que haga sugerencias.

El primer requisito que la Constitución sueca exige para ocupar el cargo del Ombudsman es de que sea una persona que tenga “habilidad legal conocida y una integridad notable”;³¹ a pesar de que desde el principio de la elección del Ombudsman generalmente se los escogió de entre los funcionarios judiciales, con toda la responsabilidad que tiene el Ombudsman sueco, la ley requiere que éste sea un abogado. La mayoría de ellos también han sido jueces, puesto que son funcionarios de carrera; en los términos de su for-

³⁰ La mayoría de legislaciones, quizás excepto la de Finlandia, no dan esta potestad al Ombudsman, quien se limita a emitir un informe o llamar la atención al funcionario, pero pocos tienen la capacidad de tomar acciones disciplinarias contra los servidores públicos.

³¹ *The Constitution of Sweden*, an official English translation by Sarah V. Thorelli, 1954, artículo 96.

mación, tanto académica como de servidor público, esto significa que los temas y procedimientos de la administración pública no le son desconocidos.³² Es electo por los miembros de ambas cámaras, quienes tienen quince días para deliberar sobre su elección.

El sistema sueco ha tratado en lo posible de inmunizar al Ombudsman ante las presiones políticas. No tiene absolutamente ninguna relación con el Gobierno o el gabinete ministerial. Sus informes los tiene que presentar anualmente al Parlamento, con el que mantiene relación a través de la Primera Comisión de asuntos Legales, la cual está bajo la dirección de un miembro de la oposición. Los reclamos con respecto a su trabajo también son receptados a través de dicha Comisión.

La elección del Ombudsman es por un término de cuatro años y puede ser reelecto hasta por dos períodos más (doce años en total), lo cual es normal pero de ninguna manera significa que su elección sea vitalicia. Su salario es igual al que percibe un juez de la Corte Suprema. La experiencia y el prestigio recogidos son reconocidos de tal forma, que la mayoría de funcionarios que han ocupado este cargo pasan a ser luego jueces de la Corte Suprema o consejeros legales en el Parlamento.³³

Las reglas de la Ley de Instrucciones del Ombudsman sueco, en la sección 13, respecto a la organización, prevé que “sus empleados deben ser: secretario, directores de Divisiones de Investigación y otros funcionarios, de acuerdo con la lista de la plana mayor (*staff list; personalförteking*). Si es necesario y los recursos financieros lo permiten, los ombudsman pueden nombrar otros miembros, así como peritos y consejeros; [...] además tiene[n] derecho a decidir que el cargo de jefe de Sección o de Subdivisión sean provistos sin que previamente se anuncie en público que están desiertos”.³⁴ Sin embargo, el incremento del volumen de quejas³⁵ que se receptan, comparado

32 Este requisito para ejercer el cargo de Ombudsman es fundamental, puesto que permite asegurar en cierta forma la probidad y la capacidad que tiene dicho funcionario para ejercer el cargo. La diferencia es que en otros países, en primer lugar, la formación de abogado no incluye obligatoriamente la práctica dentro de las oficinas de la administración pública; en segundo lugar, el *pensum* académico tampoco incluye materias relacionadas con las ciencias sociales; y, finalmente, se considera obvio que sólo una persona que tenga la práctica y adquiera la experiencia dentro de la carrera administrativa sea quien pueda de mejor forma acercarse a los problemas y la realidad que de ésta emergen.

33 Frank Stacey: *Ombudsmen Compared*, Oxford, 1978, pp. 3-4. Como un ejemplo de la calidad de funcionario que ocupa el puesto de Jefe y Director Administrativo de la Oficina de los Ombudsman, el autor cita al señor Ulf Lundvik: “*It was, in effect, a de jure recognition of a de facto leadership [...] which he had long possessed. His experience is unrivalled. [...] he was a Judge of the Supreme Court*” (fue en efecto un reconocimiento justo a un liderazgo de hecho [...] que él tenía. Su experiencia sin rivales [...] él fue un Juez de la Corte Suprema).

34 Fairén Guillén: o. cit., pp. 122-123; Stacey: o. cit., p. 12: “Cada uno de los Ombudsmen trabajan con un equipo de cincuenta personas de las cuales veintitrés son abogados y veintidós son secretarias y demás personal administrativo. Los abogados son profesionales calificados; cerca del cuarenta por ciento de ellos tienen experiencia en las cortes y el sesenta por ciento vienen de otras agencias y departamentos de gobierno”.

35 Cabe anotar que en las cifras estadísticas que arroja el Informe Anual del Ombudsman al Parlamento, para el año 1975, el Ombudsman sueco realizó 2.293 investigaciones en un país donde la población era de alrededor de ocho millones de habitantes. Esto, junto con otras cifras en relación con el número de casos recibidos y solucionados, justifican sobremodo la existencia de un equipo de 50 burócratas que sí realizan su trabajo.

con el tamaño del equipo de trabajo, cada vez acarrea mayores problemas en cuanto a la eficacia con la cual aquellas deben ser atendidas.

La queja, *Klegomal*, tiene como únicos requisitos formales ser presentada por escrito, señalando el nombre de la autoridad a que se refiere, la actuación o resolución contra la que se reclama y la fecha, así como el nombre y la dirección del reclamante. De esta forma se asegura la facilidad de acceso y su economía.³⁶ El Ombudsman determina si la queja es justificada; el único criterio que utiliza es la lógica propia de la cuestión que se plantea, puesto que la legislación no exige el interés legítimo del reclamante. Muchas veces las quejas piden una explicación de las razones de una determinada decisión o una simple información que el Ombudsman proporciona sin necesidad de solicitarla a la autoridad contra la que se reclama.³⁷ Si la información que solicita le es denegada, puede imponer multas por negligencia.³⁸ El Ombudsman tiene acceso a los documentos y actas de las autoridades administrativas; con el mismo fin, los acusadores públicos deben prestarle asistencia incondicional.³⁹

Una de las facultades más extensas que tienen los Ombudsman es la tarea investigadora, sea por cuenta propia o bien como consecuencia de las quejas que recepta. Frecuentemente estas investigaciones surgen de los reportajes de prensa o de las denuncias que acogen los medios de comunicación. Su capacidad de investigación es ilimitada; el tiempo que debe emplear en la investigación, luego de la reforma de 1975, es ilimitado. Gracias a la extensa jurisdicción que posee para cubrir casi todas las áreas de los servicios de gobierno, su acceso a ellos y a la investigación de documentos importantes no puede ser denegada. También está dentro de sus posibilidades la de investigar en inspecciones periódicas⁴⁰ a las cortes, las oficinas de la administración, los hospitales, las prisiones, los cuarteles militares, los correos, etc., de las cuales también se derivan las investigaciones especiales que puede iniciar respecto a "promover prácticas adecuadas y uniformes en la aplicación de la legislación",⁴¹ o inclusive hacer proposiciones concretas al Gobierno de cambios en la ley.

El procedimiento que el Ombudsman sigue para dichas investigaciones es claro; la mayoría de las veces se basa en material documentado y no necesita interrogar directamente a los servidores públicos. Para ello cuenta entre su personal con un agente de policía especializado; además tiene la ventaja del acceso a cualquier documento público y oficial, con la única limi-

36 Instrucción para el Ombudsman sueco, artículo 17, Párr. 2.

37 Bexelius, en Rowat: o. cit., p. 64.

38 Instrucción para el Ombudsman sueco, artículo 21.

39 Instrumento de gobierno, artículo 6.

40 Instrucción para el Ombudsman sueco, artículo 5.

41 Ibídem, artículo 6.

tación de que en sus reportes no puede hacer referencia a aquellos que conciernen la seguridad estatal. No necesita, además, proceder según el criterio de la persona que hace la denuncia: él debe investigar exhaustivamente lo que crea pertinente; luego, si el denunciante decide llevar el caso a la Corte, puede inclusive hacer uso del informe que emita el Ombudsman para iniciar el proceso.

La relación que mantiene con la prensa es fundamental para su trabajo. Los periodistas tienen acceso directo a los archivos del Ombudsman, así como a las denuncias diarias que se receptan. Indudablemente esta muestra de libertad y apertura también contribuye a crear la confianza del público, a pesar de que la prensa siempre tiende a dar mayor cobertura a las denuncias que a los informes.

Uno de los reparos más grandes que se hizo en un principio al Ombudsman es el hecho de que únicamente las personas con un nivel de educación superior tienen acceso a él;⁴² sin embargo, las evidencias que existen —para un país con un índice de analfabetos muy bajo— demuestran lo contrario. El Ombudsman sueco recibe la mayoría de las denuncias a través del correo; son pocos los casos en los cuales se las hacen personalmente. De estas denuncias, según informe del año 1971, también la mayoría son manuscritas y solamente unas pocas tienen la asistencia de un abogado. Por otra parte, una gran proporción de dichas denuncias proviene de sectores sociales medios; así por ejemplo, numerosas denuncias receptoras provienen de las quejas de convictos.

Los aportes que el Ombudsman sueco ha dejado con su experiencia también son muchos; de los propios diagnósticos que contienen sus informes anuales podemos deducir que el gran incremento de denuncias se debe a una creciente concientización de la sociedad sueca. No es motivo de asombro que en una “sociedad activa” donde existan grupos de presión, así como individuos comprometidos, se trate de buscar el progreso y el bienestar social. En la actualidad, el Ombudsman de la Justicia es más que un defensor de los ciudadanos; le compete resolver quejas públicas contra la burocracia antes que ver solamente los casos aislados de quejas contra los funcionarios. A través de las cartas recibidas, el Ombudsman ha acogido la problemática que resulta ser su preocupación actual: buscar las deficiencias que existen el

42 W. B. Gwyn: “The British P.C.A.: Ombudsman or Ombudsmouse?”, *Journal of Politics*, nº 35, 1973, p. 69. El autor hace referencia al caso de Inglaterra y a los datos que se obtuvieron en una encuesta pública en la cual solamente el ocho por ciento de la población sabía de la existencia del Comisionado del Parlamento, por lo cual argumenta en dicho artículo: “*The benefits of an ombudsman reached only on the initiative of a complainant are bound to be enjoyed disproportionately by the affluent and well-educated as compared to the poor and ignorant!*” (Los beneficios que logra el Ombudsman con la iniciativa de denuncia está ligado y beneficia desproporcionadamente sólo a los influyentes y bien educados a diferencia de los pobres e ignorantes). El sistema de acceso a las denuncias en Inglaterra difiere grandemente con respecto al de Suecia, lo cual hace comprensible el criterio negativo que se merece.

sistema administrativo para poder mejorarlo a través de recomendaciones y sugerencias.

Finalmente, en Suecia, también un ciudadano puede quejarse acerca del trabajo del Ombudsman; para ello existe un Comité Parlamentario Especializado en Derecho Constitucional, encargado de vigilar su labor y de proponer su destitución. La destitución de su cargo, en casos excepcionales,⁴³ debido a la pérdida de confianza del Parlamento es la sanción que la Constitución prevé para estos casos.⁴⁴

2.1.2. Finlandia

Hasta 1809 Finlandia estuvo bajo el dominio de Suecia; solamente luego de la Primera Guerra Mundial se convirtió en un estado soberano. Suecia retomó la figura del Canciller de Justicia, que data de 1812 y que durante la época de dominio ruso tuvo el nombre de *Prokurador*,⁴⁵ este funcionario organizativamente estaba ligado al Ejecutivo como la máxima autoridad para vigilar que no se cometieran actos ilegales o inconstitucionales. La Constitución de 1919⁴⁶ estableció el Ombudsman de acuerdo con el modelo sueco; en 1933, el Ombudsman tuvo la responsabilidad absoluta de investigar las quejas militares y de las prisiones para aliviar las funciones del Canciller de Justicia. La labor del Ombudsman en esta época fue de simple inspección, con lo cual las funciones de las dos autoridades se superpusieron; sin embargo, el Parlamento (*Eduskunnan*), que es el que lo elige, decidió mantener al Ombudsman (*Eduskunnan Oikeussiamies*) como una figura distinta e independiente del Ejecutivo, del Poder Judicial y del sistema de control administrativo, con el fin de investigar las quejas, arbitrariedades y errores de los funcionarios a quienes puede acusar ante los tribunales.

El plazo de desempeño del cargo es de cuatro años; el Parlamento no puede destituirlo sino simplemente no reelegirlo. De acuerdo con el mismo procedimiento y por el mismo plazo debe ser elegido un Ombudsman asistente, el cual deberá sustituirlo si fuese necesario, y un diputado que, también si fuese necesario, asuma las funciones del *Assistant Ombudsman*.⁴⁷ A di-

43 Fairén Guillén: o. cit., p. 121; artículo 10, cap. 8 de la Ley del Riksdag.

44 En el sistema sueco no existe el control por parte del Parlamento, como lo hay en el caso de Inglaterra con respecto a las actividades del Parliamentary Commissioner. El Parlamento sueco confía en los informes anuales y en los resultados efectivos que percibe de su labor; al contrario, se piensa que este tipo de control puede acarrear conflictos e intereses de tipo político.

45 Kästari, en Rowat: o. cit., p. 59.

46 El artículo 49 de la Constitución establece que luego de cada periodo electoral, al igual que la elección de presidente del Parlamento, se debe elegir en la persona de un conocedor de las leyes y de conocida trayectoria al Ombudsman. Sus atribuciones, recogidas en la Ley Orgánica del Parlamento, artículo 59, son las de un órgano de control, encargado de vigilar la función judicial y ejecutivo-administrativa, así como de velar por los derechos básicos; esta capacidad es sobre todo relevante para los finlandeses, puesto que en la legislación no existe un órgano legislativo que directamente recibe las quejas ciudadanas, como es el caso de una Comisión de Peticiones.

47 Instrucciones para el Ombudsman Parlamentario y regulaciones de trabajo de la Oficina del Ombudsman finés.

ferencia de la regulación sueca, entre los funcionarios sometidos a su control están también los ministros, a los cuales sólo puede acusar una vez que el Parlamento lo autorice.⁴⁸ En igual forma, entre las atribuciones del Ombudsman finés está la capacidad de controlar a los jueces, miembros del Tribunal Supremo y del Tribunal Administrativo,⁴⁹ tanto en el cumplimiento de sus obligaciones legales como administrativas, puesto que él es la autoridad competente para ultimar los procedimientos.

En Finlandia, al igual que en Suecia, el Ombudsman tiene derecho a asistir a la reuniones y acceder a las actas del Consejo de Ministros y de los Tribunales y demás dependencias administrativas y entidades oficiales, pero en Finlandia, además, el Ombudsman puede opinar y hacer sugerencias, lo cual supone lo que podríamos llamar *prevención de la ilegalidad o del error*⁵⁰ de estas autoridades. Al igual que en Suecia, puede presentar al Gobierno observaciones y solicitar cambios sobre la legislación.⁵¹ Los medios de control y las inspecciones periódicas son iguales, pero obtiene asimismo estadísticas de casos referentes a los funcionarios y veredictos de los tribunales. Tiene la facultad de pedir a la Corte Suprema o a la Suprema Administrativa la anulación de decisiones legalmente obligatorias.⁵² Sin embargo, el Ombudsman en Finlandia presenta la misma tendencia que en Suecia: antes de hacer uso de sus funciones acusatorias, hace mayor uso de la publicidad para formular recriminaciones públicas.

Finlandia ha desarrollado altamente el sentido de corregir aquellas decisiones equivocadas que no están del todo extintas en la sociedad. Los miembros de la Corte Suprema Administrativa tienen la independencia y la capacidad que les confiere el poder de revisión, al igual que las Cortes Ordinarias tienen la capacidad de tratar los errores administrativos de toda índole. Para asegurar que esto ocurra, la Constitución finlandesa⁵³ estipula algo inusual: autoriza a iniciar una acción penal privada en contra de un funcionario público independientemente de la oficina del fiscal. Los funcionarios son personalmente responsables de sus errores, pero los afectados tienen la opción de demandar al Estado, el que tiene la capacidad económica de pagar los daños y perjuicios causados. Si el demandante no está satisfecho con el reembolso, puede demandar nuevamente el pago total, pero si ha recibido más de lo debido, el que tiene que rembolsar la diferencia al tesoro público es

48 Reglamento de Servicio del Ombudsman, artículo 4: “El Ombudsman tiene derecho a dirigir una advertencia al Gobierno si este mismo o alguno de sus miembros en sus funciones oficiales ha procedido de manera contraria a la Ley [...] Si su advertencia no es tomada en cuenta, puede informar al Parlamento sobre el asunto. Cuando el Parlamento decide levantar la inmunidad de un miembro del Gobierno, el Omdusman puede acusarle”.

49 Reglamento de Servicio del Ombudsman finés, artículo 5.

50 Kästari, en Rowat: o. cit., p. 102.

51 Reglamento de Servicio del Ombudsman finés, artículo 8.

52 Kästari, en Rowat: o. cit., p. 113.

53 Finland Constitution, artículo 93.2.

el funcionario demandado. Los juristas piensan que de esta forma se refuerza la responsabilidad personal de cada funcionario. La pregunta que surge inevitablemente es si la figura del Ombudsman y del Canciller son necesarias habiendo tanta garantía legal, y es que en la conciencia del ciudadano la mera existencia de estas figuras es una confirmación del ejercicio pleno de la democracia.

2.1.3. Dinamarca

El Ombudsman General (*Folketingets Ombudsmand*) o Delegado General del Parlamento en Dinamarca data de la Constitución de 1853. Luego de la Segunda Guerra Mundial, la reforma de la Constitución de 1948⁵⁴ estableció por ley que el Parlamento (*Folketing*) debía designar a una persona que no fuera miembro del Parlamento para supervisar el sistema administrativo y de las fuerzas armadas. A pesar de que los argumentos para su creación fueron que la expansión excesiva de la administración lo requería, así como que era necesario un mayor control de la administración civil y militar del Estado, y sobre todo debido al hecho de que los tribunales ordinarios —ya que no existen los administrativos— no podían examinar el campo de la “potestad discrecional”⁵⁵ de las administraciones, la idea tuvo oposición de los políticos de los gobiernos locales y de los altos funcionarios, así como de ciertos grupos civiles que veían en ella únicamente un incremento innecesario de la burocracia.

El modelo implementado en Dinamarca se basó en el modelo sueco; los requisitos que la ley prevé para ocupar el cargo del Ombudsman son que éste tiene que tener formación legal, pero no necesariamente haber tenido práctica como juez. La elección del Ombudsman está a cargo del Parlamento y se realiza luego de cada período electoral. La reelección es factible y, más aún, es lo que se espera de quien ocupa el cargo. Su jurisdicción es casi tan amplia como la de sus antecesores, pero con ciertos ajustes. No tiene facultad de acusador especial ni resolutiva como en Suecia y Finlandia: cuando encuentra una falta de responsabilidad administrativa puede ordenar a las autoridades correspondientes que inicien un procedimiento disciplinario y cuando encuentra responsabilidad criminal puede ordenar al fiscal que investigue o acuse.⁵⁶ Otra excepción es que no puede investigar las Cortes, porque se cree necesario que ellas mantengan la independencia, siguiendo el principio de la independencia de poderes. Puede sin embargo investigar a

54 Constitución danesa, artículo 55, desarrollada por la Ombudsman Act. de 11 de septiembre de 1954.

55 Pedersen, en Rowat: o. cit., p. 76.

56 Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 9.

los ministros en sus funciones de jefes departamentales, sin perjuicio de que, cuando encuentra responsabilidad penal o civil, pueda recomendar al Parlamento su enjuiciamiento dentro de la responsabilidad política de la cual es directamente responsable. Esta diferenciación se debe al tipo de sistema gubernamental centralizado, diferente del sueco en el cual las decisiones las toman los Consejos Administrativos.⁵⁷ A pesar de la oposición, desde 1962 el Ombudsman adquirió poder para investigar algunas de las actividades de las autoridades locales que no tienen relación con el Gobierno central; puede investigar las decisiones de los funcionarios o las quejas sobre el poder de planificación de las autoridades locales y cuenta con un poder limitado para investigar las decisiones que toman los Consejos Municipales.

Gracias a una ley reformatoria de 1959, su poder también está limitado a investigar una queja, hasta cuando la persona perjudicada no haya agotado todos los medios legales disponibles y hayaapelado ante las autoridades superiores, o cuando exista recurso ante una autoridad administrativa superior.⁵⁸ Por supuesto, esta decisión redujo el número de casos que podía receptionar, pero el hecho de que deba excusarse de hacerlo no significa que desconozca de ellos y pueda investigarlos de oficio.⁵⁹ Él está en la obligación de indicar el procedimiento y la dirección que debe seguir la persona perjudicada. La queja no exige ninguna formalidad, pero sólo puede interponerse dentro del año siguiente de su motivación; el reclamante no necesita legitimación propia. Otra gran limitación es la falta de acceso que tiene para solicitar documentos oficiales, sobre todo de orden interno. En el momento de criticar las decisiones de las autoridades administrativas que considera irrationales, debe actuar con discreción;⁶⁰ solamente puede hacerlo citando los conocimientos de expertos en la materia que lo apoyen o en caso de que exista suficiente material documentado. Si considera que una decisión es objeto de duda en materia legal, debe recomendar que vaya a la Corte o que se le proporcione asistencia legal. Mayor libertad tiene para opinar sobre fallas en el procedimiento administrativo, donde recomienda qué cambios deben hacerse.

Los métodos de investigación que utiliza se asemejan a los del Ombudsman sueco. Cuando el caso es una falla en el comportamiento administrativo, el Ombudsman inicia su acción basándose en un documento; así por ejemplo, cuando recibe el original de una carta de demanda a un determinado departamento o funcionario, lo que hace es escribir directamente y solici-

57 Véase derecho comparado: Suecia, sistema de gobierno. Además el territorio de Dinamarca comprende cerca de quinientas islas de las cuales aproximadamente cien están inhabitadas. Existen más o menos mil cuatrocientos gobiernos locales financiados por el gobierno central, que provee directamente de cortes, policía y red vial. Los fondos públicos, así como la administración, dependen directamente del Ministerio del Interior.

58 Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 6, Párr. 3°.

59 Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 6.

60 Véase Derecho Comparado: Inglaterra: Comisión Whyatt.

tar el documento o mayor información si así lo requiere el caso. El procedimiento, por lo general, es llevado a través del correo y del intercambio de documentos, pero hay casos en los cuales es necesario un careo. Esto ocurre cuando las demandas conciernen a decisiones tomadas por un ministro sobre leyes o regulaciones; entonces es importante una discusión personal entre los funcionarios y sus representantes. El Ombudsman tiene amplia libertad para investigar los casos que crea necesarios por su propia iniciativa o usando las mismas fuentes de referencia de su par sueco, como artículos de prensa y denuncias de otros medios. Puede investigar también a las instituciones estatales —hospitales, prisiones, orfanatos y otras casas de asistencia.

El personal que trabaja con el Ombudsman es limitado y comprende dos secciones: investigadores calificados con formación legal y un equipo de secretarios de los cuales algunos inclusive trabajan a medio tiempo.⁶¹

La prensa está siempre en contacto con la oficina del Ombudsman; tiene acceso directo a los documentos y los casos de interés que surgen cada semana. Desde 1970 una nueva ley permite a la prensa y al público en general tener acceso directo a los documentos oficiales; sin embargo, dicha disposición no se aplica para el Ombudsman, quien no puede proporcionar los nombres de las personas implicadas. Esta prohibición inclusive la debe guardar en los informes anuales, como también en los especiales. Estos informes son de particular importancia para el Comité Especial del Parlamento, el cual hace una evaluación de su trabajo e informa a la vez al Parlamento, sobre todo cuando el Ombudsman recomienda cambios legislativos. El promedio de informes especiales que el Ombudsman hace por año es de ocho. Puesto que tiene prohibido publicar los nombres de los implicados,⁶² éste espera que la prensa no los revele cuando publica el material que recoge de su oficina. La prensa lógicamente respeta esta disposición, hasta cuando los casos se vuelven de interés nacional y se conoce a los implicados. Los informes finales que el Ombudsman emite y comunica a los demandantes también pueden ser difundidos si éstos así lo disponen.

Los informes que el Ombudsman presenta son estudiados por una comisión especial del Parlamento que hace el seguimiento de las recomendaciones de aquél; de esta forma sabe si se han implementado sus sugerencias. Los informes también sirven muchas veces de base para las discusiones entre los comités especiales del Parlamento y los ministros. Sin embargo, de la ya larga tradición democrática del Folketing y del servicio regular de atención al público que éste mantiene una vez a la semana para consultas y preguntas sobre derechos constitucionales, no existe la tradición ciudadana de dirigir

61 Stacey: o. cit., p. 24. Estos datos estadísticos corresponden al año de 1977.

62 Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 8. A diferencia de Suecia, debe guardar secreto sobre las informaciones de la investigación.

las quejas al Gobierno a través de los parlamentarios. En esta medida, y a pesar de la limitación señalada con respecto a Suecia de cuestionar a los jueces y de agotar todas las instancias antes de recurrir a su ayuda, la institución ha tenido mayor aceptación y un desarrollo satisfactorio, sobre todo gracias a la publicidad de sus opiniones y la resonancia de éstas en el Parlamento.

2.1.4. Noruega

El primer Ombudsman que tuvo Noruega data de 1952; fue el Ombudsman de las Fuerzas Armadas.⁶³ Posteriormente, en la Constitución de 1962,⁶⁴ surgió el Ombudsman para la Administración, cuando un legislador consideró su creación basándose en el modelo danés. En la actualidad los caracterizan importantes diferencias surgidas de la práctica. El Parlamento (*Storting*) elige al Ombudsman luego de cada elección general por un período de cuatro años, después de los cuales puede ser reelecto.

Su independencia del Parlamento tiene una limitación, y es que éste puede obligarlo a investigar un asunto concreto sobre el cual deberá emitir un informe para su discusión.⁶⁵ El motivo de la investigación se sale de sus principios cuando responde a razones políticas y no estrictamente legales, además de que su criterio será sometido a deliberación. Los requisitos para el puesto son los mismos que debe reunir un juez de la Corte Suprema; aparte de su capacidad, es primordial que el postulante tenga una calificación con honores, la cual obtiene solamente el cuarenta por ciento de los estudiantes de leyes.

Su jurisdicción comprende la administración central, con excepción, al igual que el modelo danés, de las cortes. El Ombudsman noruego está capacitado para investigar el trabajo de los servicios de seguridad social, la policía y las industrias estatales como el ferrocarril; además puede investigar las decisiones de los ministros y las quejas contra los Tribunales Administrativos. Sobre todo cuando estas quejas se refieren a retrasos en los procedimientos, prosiguen inmediatamente sin necesidad de esperar el paso por otras instancias; pero cuando se refieren a quejas sobre el comportamiento personal de los funcionarios, un policía o un director de escuela, el Ombudsman tiene la obligación de rechazar el caso y de remitirlo en primer lugar a las autoridades superiores o a las competentes —al igual que el Ombudsman danés—, esperando que este tipo de quejas administrativas agoten todas las instancias posibles.

Inicialmente tampoco estaba capacitado para investigar las quejas con-

63 Véase el cap. III, Los Ombudsman sectoriales: el Ombudsman militar.

64 Enmendada por las del 22 de marzo de 1968 y del 8 de febrero de 1980.

65 Audvar Os, en Rowat: o. cit., p. 146.

tra las autoridades locales, pero desde la reforma de 1969 puede investigar ciertos servicios que prestan los gobiernos locales en las áreas de salud, planificación y educación, pero no puede opinar sobre las tasas o impuestos prediales.

Con respecto al criterio que puede emitir sobre las decisiones de los funcionarios, el Ombudsman noruego está habilitado a opinar en forma discreta y prudente cuando una decisión es considerada manifiestamente irracional; puede opinar acerca de si la autoridad ha considerado todos los factores para tomar dicha decisión, si dichos factores son los pertinentes, o si la decisión está tomada conforme a la ley y a los límites que ésta prescribe.

En el proceso de investigación de las denuncias, todos los documentos públicos, con excepción en ciertos casos de los memorandos internos,⁶⁶ deben ser puestos a disposición del Ombudsman. El procedimiento de investigación de la oficina, una vez que se ha establecido su competencia, es receptionar los documentos junto con la contestación del demandante a los comentarios previos hechos por la institución que los receptó en primer lugar. El Ombudsman los revisa y solicita a su equipo de trabajo realizar la tarea intermedia de tramitarlo; luego, con toda la información que recoge su equipo de trabajo, emite su informe final al denunciante para que éste lo considere.

Las denuncias, según disposición legal, deben ser presentadas por escrito y sólo la puede interponer el interesado dentro del plazo de un año desde que ocurrió el hecho que motiva la queja.⁶⁷ La oficina del Ombudsman tiene la obligación de asistir a todas las personas que necesiten su ayuda para redactar sus quejas por escrito cuando éstas lo solicitan, pero debido a la imposibilidad de llegar a ciertos lugares distantes se dispuso, en forma experimental en 1975 y definitiva en 1976, que los abogados deben ayudar gratuitamente a las personas que necesiten elevar una queja al Ombudsman.

Como en Suecia, Finlandia y Dinamarca, el Ombudsman noruego tiene plena libertad de iniciar cualquier investigación por su propia cuenta o como resultado de alguna noticia que ha recibido a través de los medios de comunicación. Sin embargo, no realiza inspecciones periódicas a las instituciones locales; cuando lo hace es únicamente porque lo requiere para alguna investigación que está llevando a cabo.

La Ley de Publicidad de la Administración, expedida en 1970, permite a todo ciudadano examinar los documentos públicos en las oficinas gubernamentales locales y centrales de información, con la excepción de ciertos datos

⁶⁶ Al respecto se pueden observar dos comportamientos opuestos; mientras el Departamento de Comunicaciones —que comprende correos, telégrafo, navegación y embarque interno y ferrocarriles— no duda en enviar todos los documentos, incluidos los memorandos internos, el Departamento de Justicia es el menos recíproco o el más estricto al momento de cooperar.

⁶⁷ Ley noruega del Ombudsman, artículo 6.

concernientes a impuestos, defensa, política exterior y memorandos internos. El Ombudsman está exento de esta ley y por lo tanto no se encuentra obligado a permitir el acceso de la prensa a sus archivos ni a revisar sus documentos. No obstante, por iniciativa personal del Ombudsman y con el objeto de publicitar su trabajo, desde 1971 éste comunica a los miembros de la prensa los resultados de los casos que ha conocido. Los periódicos pueden publicar la información, siempre respetando el deseo del Ombudsman de no公开 los nombres de los implicados.

El Ombudsman emite un informe anual al Parlamento. Además de una relación de sus actividades, también hace un resumen de cada uno de los casos resueltos en el año. En estos casos omite los nombres de los servidores públicos y de los denunciantes, pero sí identifica la oficina o el departamento de gobierno al cual se refiere la denuncia. La recepción y discusión del informe está a cargo de la Comisión Legal.

La oficina del Ombudsman está compuesta por un jefe de oficina, un asistente legal principal, abogados que procesan los documentos pero no llevan por sí solos los casos y un equipo de secretarios.⁶⁸

2.2. Resto de países de Europa y su difusión por el mundo

2.2.1. Inglaterra

Frank Stacey⁶⁹ señala que fueron dos las ideas básicas que dieron origen al *Parliamentary Commissioner* del sistema inglés. En primer lugar, en 1961 el Comité de Justicia⁷⁰ emitió el informe *The Citizen and the Administration. The Redress of Grievances*, que se conoce más bien como el informe Whyatt (*Whyatt Report*). En segundo lugar, surge la experiencia de trabajo de la oficina del Contralor y del Auditor General llevada a cabo dentro de la oficina del Comisionado del Parlamento. Un antecedente lo constituye el Comité Franks sobre Tribunales Administrativos e Indagaciones (*The Franks Committee on Administrative Tribunals and Enquiries*), que en su informe de 1957 ya preveía la necesidad de implementar un equipo para reparar el daño causado por la acción u omisión de las autoridades públicas cuando no existía una estipula-

68 Stacey: o. cit., p. 24. Estos datos estadísticos corresponden al año de 1977.

69 Ibídem, pp. 123-175. Los cuatro primeros años de funcionamiento del Parliamentary Commissioner for Administration fueron descritos en su libro *The British Ombudsman*, 1971. Un estudio posterior al que hace referencia también es el libro de Roy Gregory y Peter Hutchesson, *The Parliamentary Ombudsman. A Study in the Control of Administrative Action*, 1973.

70 Ibídem, p.123. El informe de este Comité fue aprobado y publicado por el Consejo de Justicia, que es un grupo de influencia conformado por abogados de varios partidos políticos que trabajaron en las reformas que promovieron los reglamentos legales y las libertades individuales. Sir John Whyatt fue el director de la investigación; el presidente del Comité fue Norman Marsh, que en ese tiempo era director del Instituto Británico de Derecho Comparado; sir Sydney Caine, director del Colegio de Economía de Londres y otros notables juristas también conforman la delegación inglesa a la Comisión Internacional de Juristas.

ción para apelar a los tribunales ordinarios o por no existir un Tribunal Administrativo.⁷¹

Este comité, encabezado por F. H. Lawson, profesor de Derecho Comparado de la Universidad de Oxford, ya había considerado la institución del Ombudsman como una alternativa válida. El Informe Whyatt, previniendo que durante un gobierno conservador cualquier propuesta radical habría sido denegada, diseñó una reforma “moderada”, con más posibilidades de ser aceptada. El resultado fue el Comisionado del Parlamento (*Parliamentary Commissioner*), quien se encargaría de investigar exclusivamente las quejas de los ciudadanos transmitidas a él a través de los miembros de la Cámara de los Comunes y de los Lores. No insistieron en facultarle la libertad de acceso a todos los documentos públicos, como en el caso del Ombudsman de Dinamarca, ni tampoco en concederle el poder del Ombudsman sueco de cuestionar las decisiones de las autoridades públicas; pero sí propusieron que concomitantemente se crearan tribunales de apelación en las más importantes esferas de actividad del gobierno. De no ser posible la creación de tribunales especializados, se debería contemplar un tribunal general que las cubriera. Por último, sugirieron que este sistema debía ser revisado luego de unos cinco años, con el fin de considerar el acceso directo del público.

Un año más tarde el Gobierno contestó rechazando el proyecto. Señaló que interferiría seriamente con el ágil y eficiente procedimiento de los asuntos públicos y que, de otra parte, extender el sistema de tribunales administrativos daría lugar a falta de flexibilidad y retrasos en la administración.⁷² Gracias a que en 1964 el Partido Laborista⁷³ adoptó como su manifiesto y plataforma de lucha para las elecciones generales la creación del Comisionado del Parlamento, la idea se mantuvo. Una vez en el Gobierno debió poner en acciones su propuesta, para lo cual se encargó al ministro del Gabinete redactar su ley orgánica. Un gran número de representantes de los ministerios se hicieron presentes para objetar su inclusión, y a pesar de que el Partido Laborista asumió su responsabilidad, la Ley finalmente incluyó varias excepciones⁷⁴ que fueron motivo de fuertes críticas cuando se debatió en el Parlamento.

El *Parliamentary Commissioner for Administration* inició sus funciones en

71 Marshal, en Rowat: o. cit., p. 174.

72 H. C. Deb: Vol. 666, Col. 1124, citado por Stacey: o. cit., p. 125.

73 Labour Party: *Let's Go with Labour for a New Britain. Manifesto for the 1964 General Election*, p. 3. “Labour has resolved to humanise the whole administration of the state and to set up the new office of Parliamentary Commissioner with the right of duty to investigate and expose any misuse of government power as it effects the citizen”.

74 La Ley Orgánica del Comisionado del Parlamento Británico de 1967 incluye una lista de casi todos los departamentos del Gobierno Central y otras autoridades que no están dentro de su jurisdicción; y, por su fuerza poco, adjunta otra lista de materias y asuntos que tampoco pueden ser investigados por éste. Así por ejemplo, a pesar de que la Oficina de Asuntos Exteriores estaba ya incluida en la primera lista, en la segunda prohíbe explícitamente intervenir en las decisiones que tomen los funcionarios oficiales en el exterior.

1967, mediante la “ley por la que se dispone el nombramiento y entrada en funciones de un Comisionado del Parlamento para investigar la actividad administrativa que se desarrolla en nombre de la Cámara y por los objetivos que guardan relación con ella”. El nombramiento y la duración del mandato prácticamente indefinida de este funcionario son peculiares para el caso de Inglaterra y no coinciden con los límites habituales observados dentro del derecho comparado de otros países en Europa.⁷⁵

Posteriormente algunas otras leyes subsidiarias han ido reformando esta disposición. Es el caso de la Ley de Reorganización del Servicio Nacional y la del Servicio Escocés de la Salud, de 1973 y 1974 respectivamente, y la del Comisionado Local para la Administración de Inglaterra, Gales y Escocia, de 1974 y 1975; sin embargo, muchas otras todavía permanecen excluidas.

Otra característica importante que diferencia al Comisionado del Parlamento inglés de los otros Ombudsman es la capacidad investigadora. Mientras que para la mayoría ésta es una labor que se debe realizar *ex post facto*, la conducta del funcionario inglés está explícitamente limitada en la ley, que sostiene que la autoridad, el departamento o la persona comprometida en la queja debe tener la oportunidad previa a la investigación de comentar o alegar los términos de la demanda. La argumentación en favor de la eficacia, rapidez y economía de esta vía es que de esta forma se asegura una reposición inmediata sin tener que alertar y movilizar a todo un cuerpo de investigación; y cuando se vuelve imperioso iniciar la investigación, se hacen excepciones, como es el caso de un término que va a prescribir. La clase de investigación que está a cargo del Comisionado es extremadamente técnica; para ello moviliza a su propio departamento de investigaciones a fin de examinar los archivos e investigar a las personas involucradas, al contrario de lo que ocurre con los otros Ombudsman, que tienen un acceso indirecto a los archivos por la vía de solicitar la información y únicamente en casos extremos entrevistan directamente a los funcionarios.

Todo el personal con el cual trabaja el Comisionado está compuesto de funcionarios administrativos de carrera, sustraídos de otros departamentos de gobierno en comisión de servicios por períodos de tres años y organizados según el mismo modelo de la oficina del Contralor y del Auditor General, en el entendido de que los mejores para investigar a los funcionarios son los mismos servidores públicos, conocedores y expertos en la administración

75 Ley del Comisionado Parlamentario inglés, de 22 de marzo de 1967, artículo 1: “[...] 2. Por medio de las Cartas Partentes, Su Majestad podrá periódicamente nombrar Comisionado a una persona determinada, la cual, una vez nombrada de este modo, conservará su cargo (con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo) mientras observe buena conducta. = 3. Toda persona nombrada Comisionado podrá ser relevada de su cargo por Su Majestad a petición propia, o bien podrá ser removida por Su Majestad en virtud de una moción de ambas Cámaras del Parlamento. Dejará en todo caso vacante el cargo al finalizar el año de servicio en que cumple los sesenta y cinco de edad”.

y en las falencias de los departamentos en los cuales fueron previamente empleados.⁷⁶ La oficina del Comisionado tampoco tiene ningún abogado entre su personal; para el asesoramiento legal cuenta con el agente del Tesoro que asesora al Gobierno, y para asuntos legales más específicos, con los abogados de la Corona.

Para el *Parliamentary Commissioner* inglés –al igual que para el *Médiateur* francés, que veremos luego–, resulta más difícil hacer público su trabajo y darse a conocer entre los ciudadanos debido a la falta de acceso directo al público; sin embargo, como en el caso de Francia, el Comisionado ha hecho buen uso de su capacidad y obligación de presentar un informe anual⁷⁷ de actividades con el resultado de su gestión en cada uno de los casos individuales que conoció. A pesar de tener que guardar el anonimato, ha aprovechado esta información para publicitar sus actividades en ediciones especiales que ha puesto en circulación estratégicamente a través de los medios de comunicación, sin dejar que se pierdan en manos del ministro a través del cual conoció el caso. Cabe mencionar aquí también el poder que tiene de preparar un informe especial para presentarlo al Parlamento cuando crea estar ante un caso de injusticia que no ha sido debidamente atendido.

Pero sin lugar a dudas el organismo que desempeña un papel fundamental para poner de relieve la importancia del trabajo del Comisionado es el Comité Selecto de la Cámara de los Comunes (*House of Commons Select Committee on the Parliamentary Commissioner*), encargado de examinar sus informes. Este Comité está compuesto por miembros representativos de las fuerzas políticas que integran la Cámara de los Comunes; la persona que lo preside, al igual que quien lo hace en el Comité de Cuentas Públicas y el de Instrumentos Legales, es siempre de la oposición. La idea detrás de ello es asegurar que los comités relacionados con materias constitucionales vigilen objetivamente que los derechos de los ciudadanos sean en cierta forma resguardados desde un punto de vista diferente al del gobierno. Una vez que el Comité recibe el informe, lo somete a análisis; el Comisionado puede estar presente y aportar más evidencias. El resultado de su gestión siempre ha sido positivo para el Comisionado, quien ha encontrado en él a su mejor aliado para apoyarlo y ayudar a que sus sugerencias sean implementadas en los diferentes departamentos administrativos donde han sido formuladas. Su aporte ha sido siempre constante, tratando de influir para lograr que su capacidad investigadora y su jurisdicción sean más amplias; inclusive han

⁷⁶ Sin lugar a dudas, un equipo conformado de esta forma también puede ser un peligro, puesto que su punto de vista inevitablemente será subjetivo e inclinado hacia la opinión de la administración pública.

⁷⁷ The Parliamentary Commissioner Act, 1967, section 10, subsection (4): “[The Commissioner shall make an annual report to Parliament on the performance of his functions and] may from time to time lay before each House of Parliament such other reports with respect to those functions as he thinks fit”.

planteado que para la elección del Comisionado del Parlamento ellos deberían ser un órgano de consulta acerca de la probidad de los candidatos.

Ciertamente, varias han sido las objeciones que se le han hecho al Comisionado del Parlamento, la mayoría buscando recalcar la necesidad de que esta institución mantenga independencia de la administración pública, ya que sería la única forma de lograr la confianza de la ciudadanía en la imparcialidad de sus juicios. Por otro lado, la necesidad de que los ciudadanos puedan acceder directamente a él, ya que sería la forma de incrementar el número de quejas, de mejorar el servicio y de proponer cambios y soluciones inmediatas. Pero las críticas a las limitaciones que presenta el Comisionado Parlamentario inglés para la Administración tienen que ver con la naturaleza misma de la figura:

[...] el *Parliamentary commissioner for the Administration* inglés no es un *ombudsman* —en el sentido propio, noreuropeo de la palabra, de la que se ha “apoderado” el vulgo inglés—, siempre con el debido respeto a las personas que ocupen tal cargo, es, a la sumo un “*miniombudsman*”. [...] Oprimido —mejor “comprimido”— entre los dogmas ingleses tradicionales, de la indiferencia —y gran *auctoritas*— del Poder Judicial y sus componentes personales; de la fuerza del Parlamento —que puede destituirlo— y el propio Gobierno —que quizás es el mismo que lo nombró—, su esfera queda, lógicamente disminuida.⁷⁸

Inclusive las observaciones van más allá de la configuración misma de las características del Ombudsman, comprometiendo al sistema de gobierno parlamentario de este país.

Parece evidente que Gran Bretaña ha adoptado el plan en una forma innecesariamente incompleta. [...] Dado el gran entusiasmo que tenía el Partido labradorista por una institución fuerte antes de que ascendiera al poder, podemos concluir que este caso ilustra un defecto serio del sistema parlamentario de gobierno: en virtud de que el Poder Ejecutivo presenta todos los proyectos de ley importantes, y dado que domina la legislatura, éste se encuentra en una posición fuerte para oponerse a cualquier disposición que pueda limitar sus propias atribuciones.⁷⁹

Si bien la estructura de gobierno se ha mantenido, así como el procedimiento para acceder al Comisionado Parlamentario para la Administración inglés, es necesario reconocer que muchas áreas de servicio social han sido fortalecidas a través de la creación de nuevos tipos de Ombudsman, cada vez con mayor jurisdicción y poder. Por citar un ejemplo, el Ombudsman del

78 Fairén Guillén: o. cit., p. 149.

79 Rowat: o. cit., p. 20.

Servicio Social,⁸⁰ que investiga las quejas de servicio o mala administración del Seguro Social y de Salud Nacional cuando éstas no han sido resueltas en primera instancia, puede desde abril de 1996 investigar también las quejas de los pacientes sobre sus médicos de cabecera, dentistas, farmacéuticos, oftalmólogos, enfermeras y otros profesionales que provean de servicios de salud a la familia, como los hospitales privados o casas de asistencia, e inclusive las decisiones médicas.

2.2.2. Francia

El proyecto de ley para nombrar al *Médiateur*⁸¹ en Francia se inicia en el período de presidencia de Georges Pompidou, como alternativa no jurisdiccional emergente para detener sobre todo el abuso policial a las libertades públicas. Luego de más de nueve años de lucha y de varios intentos fallidos⁸² por tratar de mejorar la protección de los derechos individuales y del abuso de poder de la administración, en 1972 el Senado decidió enviar una comisión para entrevistarse con el Ombudsman de Escandinavia. Finalmente, en enero de 1973 el Gobierno⁸³ nombró al primer Ombudsman —*Médiateur*— en Francia, ante el asombro de varios críticos⁸⁴ de la figura, quienes argumentaban que Francia, con su *Conseil d'État* y los tribunales administrativos subordinados, tenía el mejor sistema administrativo del mundo, además de que la administración de justicia estaba muy bien desarrollada y por tanto era innecesario e inexplicable que el Parlamento buscara complementar su trabajo con la creación de esta nueva institución.⁸⁵

Inspirada en el Ombudsman escandinavo y el *Parliamentary Commissioner* inglés, la ley estipuló que, a semejanza del segundo, los ciudadanos no tuvieran acceso directo al *Médiateur*, sino a través de un miembro parlamentario de la Asamblea Nacional o del Senado.⁸⁶ Su período de funciones por decreto del Consejo de Ministros debía durar seis años y no podía ser reeleg-

80 Algunos de los varios tipos de Ombudsman que actualmente existen en Inglaterra serán tratados por separado en el capítulo III.3 sobre los Ombudsman sectoriales. Para una información más detallada véase también el mismo capítulo, acápite 4 sobre las Organizaciones internacionales, donde se recogen específicamente los datos acerca de la mayoría de los esquemas de Ombudsman que existen en Inglaterra y que son miembros de la British and Irish Ombudsman Association (Asociación de Ombudsman ingleses e irlandeses).

81 Fairén Guillén: o. cit., p. 149: "figura que se quiere sea 'pariente' [?] de los prestigiosos ombudsmen nórdicos, un '*Médiateur*'".

82 Jean Rivero, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 150. Como antecedente, en 1957, época de la guerra de Argelia, se creó una Comisión de Salvaguardia de los Derechos y Libertades.

83 Loi numéro 73-6 du 3 Janvier 1973 Instituant un *Médiateur*, artículo 2: éste es nombrado por decreto acordado en Consejo de Ministros.

84 Nicole Questiaux, en Jean Rivero, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 150.

85 "Esta institución nueva debe encontrar sitio en nuestro derecho público, es decir, en nuestra organización política y administrativa. Es un injerto el que intentamos. No es fácil salir airoso, habida cuenta de nuestras tradiciones administrativas y de nuestros principios constitucionales y también del estado de espíritu de nuestro pueblo". Palabras pronunciadas por el ministro de Justicia, M. Plevén, en el Senado francés, recogidas por V. de la Vallina Velarde en su artículo "La figura del mediador en el derecho positivo francés", en *Documentación Administrativa*, nº 156.

86 Loi numéro 73-6 du 3 Janvier 1973, artículo 6, párr. 2º.

to. Esta decisión también recibió críticas de quienes propiciaban su creación, quienes afirmaban que el *Médiateur* debía ser electo por el Parlamento y no por los miembros del Gobierno; sin embargo, para garantizar cierto grado de independencia, se estableció que no estuviera obligado a recibir órdenes de éste, ni pudiera ser destituido antes de la expiración de su mandato, más que por incapacidad o impedimento constatados por motivos concretos determinados únicamente por el Consejo de Estado.⁸⁷

La jurisdicción que le atribuye la ley es amplia, puesto que le corresponde la investigación de todos los departamentos del Gobierno central, las funciones de las autoridades locales y las empresas estatales y de servicio público —ferroviaria, de gas y electricidad—, exceptuando la aerolínea Air France y la fábrica de automóviles Renault, que, aunque son públicas, conciernen a la competencia privada.⁸⁸ Las demandas de los empleados públicos, en calidad de tales, contra las autoridades públicas tampoco están dentro de su jurisdicción, con excepción de los empleados retirados, quienes luego de la ley de diciembre de 1976⁸⁹ pueden dirigir sus quejas en asuntos personales referentes al servicio público. Esta limitación se debe al hecho de que existen otras vías de acceso, como el Consejo de Estado o el Tribunal Administrativo; inclusive el sindicato correspondiente puede llevar el caso ante el ministro competente.

Otras limitaciones de mayor peso son las que le imposibilitan actuar por su propia iniciativa; debido a la preselección de quejas a través del filtro parlamentario se le resta la confiabilidad y la capacidad de retroalimentar información para facilitar la cooperación con los órganos clásicos de control. Según el artículo 11 de la ley, no puede intervenir en ciertos casos que están siendo tratados por los tribunales, así como tampoco cuestionar sus decisiones. Se excluye del control a los jueces, respetando su independencia y jerarquía, mas no a los ministros en su calidad de jefes departamentales. Puede investigar los casos de mala administración de todos los departamentos de Gobierno. Las enmiendas de 1976 permitieron, sin embargo, que el *Médiateur* pueda hacer cuantas recomendaciones crea necesarias a estas autoridades. Otra reforma importante fue que originalmente éste sólo podía recibir quejas personales o individuales hechas por “*une personne physique*” y se limitaban aquellas de corporaciones, asociaciones u otros grupos de personas (“*une personne morale*”). Actualmente también las personas jurídicas —como los

87 Ibidem, artículo 2.

88 Ibidem, artículo 1: “le fonctionnement des administrations de l’État, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout autre organisme investi d’une mission de service public”.

89 Loi numéro 76-1211 du 24 Décembre 1976, complétant la Loi numéro 73-6 du 3 Janvier 1973 Instituant un *Médiateur*, artículo 2.

sindicatos, las firmas privadas y otros grupos organizados— están en constante relación e inclusive necesitan la ayuda de los funcionarios públicos.

A diferencia tanto del Consejo de Estado como de los tribunales administrativos, que se ciñen a la legalidad de los actos, el *Médiateur*, dentro de un marco de acción más amplio, debe investigar que las autoridades públicas actúen dentro de la misión de servicio público y humanitario, lo cual le permite cumplir con otra obligación, que es la de hacer recomendaciones y proposiciones⁹⁰ para mejorar el funcionamiento de la administración y sugerir reformas legales más equitativas. Cuando estas sugerencias no son debidamente acogidas por las autoridades, él tiene la capacidad de publicar un informe especial y enviarlo al Presidente de la República y al Parlamento; además puede iniciar contra el funcionario un procedimiento disciplinario o una querella ante la jurisdicción penal a fin de sancionarlo judicialmente, lo cual le provee de facultades casi similares a las del Ombudsman sueco.⁹¹

El nombramiento del *Médiateur* ha recaído por varias ocasiones en la persona de los mismos parlamentarios. Las razones consideradas para hacer dicha elección son variadas. Según el parecer del Gobierno, es más apropiado que elegir a un servidor público del mismo gremio al cual tendrá que controlar; de otra parte, en su trabajo va a tener constante relación e inclusive necesitar la ayuda de los funcionarios públicos. Tampoco es fundamental que sea un abogado, puesto que se entiende que siempre contará con un consejero que lo sea. Este modelo, como hemos dicho, está inspirado en el Comisionado inglés y sigue la misma tendencia de mantener a esta figura como un auditor interno de la administración, antes que como un órgano independiente de investigación. Sin embargo, su equipo de trabajo se compone de personal a tiempo completo y además incorpora a inspectores que, aunque son del gobierno, pertenecen a un grupo selecto de investigadores especializados.

Una vez que llega una queja a la oficina del *Médiateur*, el procedimiento que se sigue es el de abrir un expediente con el nombre de quien lo solicita y del parlamentario que transmite la queja. Luego pasa a una sección de instrucción donde un asistente hace un estudio del caso y analiza si corresponde a la jurisdicción del *Médiateur*, para lo cual puede hacer uso de los informes preliminares que a solicitud del parlamentario puede haber hecho la Asamblea Nacional o el Senado. Los cuatro asistentes que son abogados se encargan, uno de los asuntos sociales, otro del medio ambiente, otro de impuestos y el último de los restantes servicios públicos. Si el caso está fuera de su competencia, se informa al parlamentario que lo despachó, o al ministro

90 Loi Instituant un *Médiateur*, artículo 9.

91 Ibidem, artículo 3: "engager contre tout agent responsable une procédure disciplinaire ou, le cas échéant saisir d'une plainte la juridiction répressive".

pertinente cuando es un problema de interés general, o al *Comité d'Usagers*.⁹² Estos comités, instaurados desde 1974, pertenecen a cada uno de los ministerios y secretarías de Gobierno, presididos por un parlamentario cuya función es hacer conocer los puntos de vista de los partidos con el fin de mejorar los procedimientos administrativos.

Si el caso es de la competencia del *Médiateur*, el asistente informa al parlamentario que la queja está siendo investigada. Cuando considera que falta información, solicita al parlamentario, a un inspector o juez obtenerla, o bien la solicitan ellos mismos para completar el expediente y elaborar un memorando en el que subrayan los asuntos más importantes que el demandante quiere que el ministro tome en consideración. En cada ministerio existe un corresponsal del *Médiateur*, que puede ser un miembro del gabinete o del Cuerpo de Control Ministerial. Algunos ministerios, como el de Asuntos Sociales, que es el que más quejas recibe a través del *Médiateur*, han creado un organismo especializado con inspectores y una secretaría independiente, con el fin de agilitar los trámites. El Ministerio de Equipamiento y el de Economía y Finanzas, entre otros, también han creado un equipo similar, pero el tiempo que el trámite demora depende realmente de la complejidad del asunto.

La respuesta que recibe el *Médiateur* normalmente consiste en un análisis crítico de la queja y una afirmación de la posición del departamento con todos los antecedentes y la información de respaldo que le permitan al *Médiateur* discernir la validez de la queja. También puede contener la información con respecto al trámite que debe seguirse en el ministerio para mejorar el servicio, remediar un defecto o modificar alguna reglamentación en el caso de que se haya encontrado el error. Esta contestación no tiene que cumplir necesariamente con requisitos formales, pero el *Médiateur* espera que sea completamente contestada y con claridad de argumentos; cuando según su criterio éstos faltan, puede requerir más información simplemente por vía telefónica o solicitar información adicional en otros departamentos de Gobierno, como el Consejo de Estado o los Cuerpos de Control. Una vez que el *Médiateur* ha finalizado su trabajo investigativo, escribe al ministro que transfirió la queja. Si ésta ha sido rechazada, tiene que acompañar igualmente toda la argumentación necesaria, pero si la administración no quiere reconocer el derecho del ciudadano y el *Médiateur* no ha podido persuadirla, puede recurrir a invocar la última alternativa de sanción que prevé la ley. En el caso de que una sentencia judicial no sea ejecutada, puede ordenar a la autoridad su ejecución en el plazo fijado; de incumplirla, el *Médiateur* informa

92 Rapport Annuel du *Médiateur* (1975), p. 186-187, citado por: Stacey: o. cit.

al Presidente y al Parlamento. Este informe especial es publicado en el *Boletín Oficial*.⁹³

El procedimiento para quejarse contra una autoridad local difiere un poco. El Inspector General de la Nación es quien comparte la responsabilidad con el *Médiateur* y el Prefecto es quien se encarga de hacer de correspondiente y elaborar el documento que ha de ser presentado al *Médiateur*, para lo cual a veces solicita el asesoramiento del Tribunal Administrativo Regional. Este procedimiento preliminar (*pré-enquêtes*) continúa posteriormente con el procedimiento normal descrito y enviado al Ministerio Central, que es el responsable del control de las autoridades locales.

Como hemos anotado al referirnos al éxito del Comisionado del Parlamento en Inglaterra, para el caso de Francia la publicidad también ha tenido una importancia fundamental. Además de la conciencia que ha existido en la oficina del *Médiateur* de ganar publicidad a través de los medios y la difusión de su informe de labores con vistas a permitir un mayor acceso de los ciudadanos afectados, su gestión ha consistido también en programar visitas y reuniones con líderes regionales promocionando su labor y recogiendo en cierta medida sus inquietudes. Sin embargo, al carecer de la facultad de actuar de oficio, su conocimiento de la problemática es restringido al tema de la queja, a lo cual se suma la imposibilidad de realizar visitas periódicas de inspección a los organismos públicos, restringiendo aún más la posibilidad de control.

Todas las particularidades que hemos anotado con respecto al *Médiateur* y al Comisionado Parlamentario sin duda nos remiten como antecedente a la figura del Ombudsman, en la cual se han inspirado, pero las diferencias sustanciales que presentan sobre todo con respecto al nombramiento y al acceso por parte del ciudadano van en detrimento de su funcionalidad e inclusive del prestigio de la institución.

Hemos de censurar estas variantes inglesa y francesa, porque el filtro parlamentario sólo puede llevar a dos formas de operar: o no resulta eficaz en la práctica y se transmiten todas las reclamaciones, por complacer a los electores, por falta de tiempo, de preparación o de interés, con lo que no sirve más que para añadir un escalón intermedio al administrado; o funciona y convierte al diputado en un árbitro que discrimina la esfera de competencia del *ombudsman* y puede cercenar las aspiraciones de los particulares de ser oídos por éste.⁹⁴

93 Loi Instituant un Médiateur, artículos 11 y 14.

94 R. Pellón Rivero: *El Defensor del Pueblo*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982 p. 43.

2.2.3. Alemania

El primer país europeo fuera de los países nórdicos en adoptar el sistema del Ombudsman fue la República Federal de Alemania, en 1957, al crear las nuevas Fuerzas Armadas Alemanas. Como señala Rowat,⁹⁵ se crea el Ombudsman Militar (*Wehrbeauftragter*) de manera controvertida, luego de que el Parlamento adopta la idea propuesta por un parlamentario socialista que estuvo varios años refugiado en Suecia. Este Comisionado del Parlamento para Asuntos Militares inició sus funciones en 1959.⁹⁶

A pesar de que la figura del Ombudsman para asuntos civiles o parlamentarios no tuvo en Alemania la misma acogida que el Ombudsman Militar en el ámbito administrativo, esto no significa que desde los inicios de la Alemania de posguerra no se haya desarrollado ya un sistema de control para proteger los derechos civiles y el abuso que las autoridades públicas podían cometer. Si bien este sistema de control no tuvo el mismo desarrollo ni aplicación, como tampoco las prerrogativas que tuvo el Ombudsman en los países nórdicos, fue creado con el mismo propósito y constituye probablemente uno de los logros mayores en la historia de Alemania en la lucha contra el poder absoluto.

La diferencia no se debió únicamente a las particularidades del desarrollo histórico y al distinto sistema político al cual había que aplicar este sistema de control, sino también a la perspectiva con la que se concibe resguardar los derechos civiles.⁹⁷ En lo que se refiere a la naturaleza de éstos, se hace una distinción en cuanto a las infracciones de los derechos civiles y la protección de otros agravios de diversa índole; y en cuanto al tiempo se distinguen tres momentos: los intereses públicos que han sido tomados en cuenta antes de implementar un refuerzo y para los cuales ya existe una vía de solución, los que van a ser considerados en el proceso de implementación y los que están siendo contemplados y necesitan una protección preventiva.

A esta visión hay que entenderla partiendo del conocimiento del sistema político alemán, el cual está compuesto por dos niveles de autoridades públicas: las autoridades de los estados federados (*Länder*) y las autoridades del Estado nacional (*Staat*), cada una de las cuales tiene sus propias tareas, poderes, responsabilidades y recursos financieros para ejercer sus funciones. Organizadas bajo el principio de separación de poderes, cada una tiene asi-

⁹⁵ Donald Rowat: *The Ombudsman Plan. Essays on the Worldwide Spread of an Idea*, 1973, p. 40. Transcribe la justificación que los parlamentarios dieron para la creación del Ombudsman Militar: "to maintain parliamentary control over the military and to ensure that the army would develop according to the new democratic spirit of the citizen in uniform" (para mantener el control parlamentario sobre la milicia y para asegurar que las fuerzas armadas se desarrollen de acuerdo con el nuevo espíritu democrático de los ciudadanos en uniforme).

⁹⁶ Sobre el Ombudsman Militar nos remitimos al capítulo III, de los Ombudsman sectoriales.

⁹⁷ Gerald Caiden: (ed.): *International Handbook of the Ombudsman*, tomo II, 1983, p. 81.

mismo su propio sistema administrativo. Un tercer grupo lo conforman los gobiernos municipales o locales. Además existen ciertas autoridades públicas autónomas, como el Instituto Federal del Trabajo (*Bundesanstalt für Arbeit*), el Banco Central Alemán (*Bundes Bank*) y el Instituto de Seguridad Social de los Empleados (*Bundesversicherungsanstalt für Angestellter* o *BfA*). Los derechos civiles se refieren tradicionalmente a las infracciones que estos organismos estatales pueden cometer, mas no a aquellos que están amparados en el derecho privado, como las compañías de utilidad pública.

La supremacía de los derechos civiles básicos, el constitucionalismo, el imperio de la ley y el derecho a la revisión judicial son principios que están incorporados en el sistema legal alemán. Los actos gubernamentales no pueden ir contra los derechos básicos de las personas; quien se sienta agraviado tiene el derecho de recurrir a las cortes en materias administrativas, sociales o fiscales. Tanto la República Federal como los estados federados tienen cortes que garantizan los derechos constitucionales. Por otra parte, los gobiernos locales comparten siempre las decisiones y planifican conjuntamente con grupos de ciudadanos o consejeros, los cuales aseguran el proceder correcto de las autoridades. Antes de iniciar cualquier reclamo judicial, la persona que se sienta agraviada debe notificar a las autoridades administrativas pertinentes mediante un oficio. La autoridad involucrada tiene que revisar sus actos y por lo general este procedimiento administrativo suspende los actos en disputa. Estos actos también pueden ser declarados ilegales, inconstitucionales o nulos y rechazados por las cortes.

En 1973, la Comisión de Reformas Constitucionales⁹⁸ planteó, entre otras, la posibilidad de establecer el sistema de control del Ombudsman para asuntos civiles, pero el sistema de control existente fue declarado suficientemente eficaz por la Comisión Enquete, la cual sugirió que se debían reforzar los órganos de control existentes y que para el efecto existía el Comité de Peticiones Parlamentarias (*Bundestag Petitionsausschuss*), que hasta el 19 de julio de 1975 fue uno más de los varios comités parlamentarios dependientes del Parlamento Federal (*Bundestag*). Hoy, luego de la disposición del artículo 45.c agregado a la Constitución, el Comité de Peticiones Parlamentarias es un órgano obligatorio que el Parlamento Federal tiene que elegir aparte de los veintitrés Comités Permanentes, como son, por ejemplo, el Comité de Control Electoral, Inmunidad y Reglamento, el Comité de Defensa y de Asuntos Exteriores, el de Asuntos Internos, el de Deportes, el Jurídico, el de Finanzas, el de Presupuesto del Gobierno, el de Economía, el de Trabajo y

98 Enquete-Kommission: *Verfassungsreform des Deutschen Bundestages*, "Zwischenbericht", Zur Sache 1, 1973. La Comisión Enquete es una comisión investigadora mixta conformada por miembros del Parlamento y expertos en temas de derecho internacional, la mayoría de ellos profesores universitarios.

Bienestar Social, el de la Familia y los de la Tercera Edad, el de la Mujer y los Niños, o el de Salud,⁹⁹ órganos de control también permanentes que existen en cada uno de los ministerios (*Fachausschusß*).

En el ámbito federal, cada comité está compuesto por un equipo de empleados calculado conforme al sistema matemático proporcional de las fracciones del Parlamento. Cuando se logra un consenso en el reparto sobre las tareas y el número de representantes, se prosigue a elegir a los presidentes. Una vez constituidos, los comités comienzan con el trabajo parlamentario bajo la conducción del presidente o el vicepresidente del Parlamento Federal. Según la rama que les corresponda, atienden quejas concernientes a reclamos sobre seguridad social, leyes de servicio civil, regulaciones para extranjeros, problemas de administración de justicia, de impuestos, desocupados, medio ambiente y otros.

Tres argumentos básicos fueron considerados por la Comisión, la cual, a pesar del éxito que registraba el Ombudsman Militar en Alemania y de las experiencias del Ombudsman Parlamentario en otros países europeos, no vio la necesidad de implementarlo. El primero fue que al sistema judicial alemán se le podía incorporar una Corte Constitucional Federal para tratar los casos de violaciones de los derechos fundamentales y que la creación de un nuevo aparato estatal resultaba costosa e innecesaria. Segundo, que la función que tiene el Ombudsman de transformar los requerimientos ciudadanos en iniciativas parlamentarias ya la tiene el Parlamento, además de que investiga las quejas en un contexto político y administrativo para tomar las medidas correctivas necesarias. Y tercero, que un Ombudsman Federal necesitaría contrapartes en cada estado federado (*Land*), conforme a los requerimientos del sistema político alemán, lo cual iría contra los principios mismos de la institución, que tiene como finalidad reducir al máximo la excesiva burocracia.

Aparte del Ombudsman para Asuntos Militares (*Wehrbeauftragten*), a escala nacional existe también el Ombudsman para la Protección de Datos¹⁰⁰ (*Datenschutzbeauftragter*), creado en 1977. Los estados federados de Rheinland-Pfalz,¹⁰¹ de Mecklenburg-Vorpommern¹⁰² y de Thüringen¹⁰³ cuentan con un Ombudsman (*Bürgerbeauftragten*) para el control administrativo general. En Schleswig-Holstein¹⁰⁴ existe un Ombudsman especializado para asuntos sociales (*Bürgerbeauftragter für Soziale Angelegenheiten des Landes Schleswig-Holstein*). En el ámbito federal y comunal existen además Ombudsman nom-

99 Rupert Schick y W. Zeh: *So arbeitet der deutsche Bundestag*, 5^a ed., Rheinbreitbach - Deutschland, 1991, pp. 31-32.

100 Sobre el Ombudsman para la protección de datos nos remitimos al capítulo III, de los Ombudsman sectoriales.

101 Landesgesetz über den Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz vom Mai. 1974 (GVBl S. 187ff).

102 Petitions - und Bürgerbeauftragtengesetz vom 05.04.1995.

103 Landesgesetz über den Bürgerbeauftragten vom 25. Mai 2000 (GVBl. S. 98 ff).

104 Bürgerbeauftragtengesetz vom 15. Januar 1992 (GVOBl. Schl. H. 1992 S. 42).

brados por las autoridades de gobierno, encargados de diversas áreas, como el de protección de datos, de extranjeros, igualdad de oportunidades, etc., lo cual muestra que en la práctica tanto el Comité de Peticiones como los diferentes tipos de Ombudsman pueden coexistir sin interferir en sus labores e inclusive cooperar desde sus diferentes funciones.

El Comité de Peticiones Parlamentarias (Bundestag Petitionsausschuss)

El Comité de Peticiones Parlamentario es el órgano permanente que, al igual que las otras comisiones parlamentarias, tiene un período de duración de seis años. Este Comité está encargado de cumplir con la disposición legal básica instituida en el artículo 17 de la Constitución,¹⁰⁵ concordante con el artículo 45.c del mismo cuerpo legal.¹⁰⁶ Además, casi todos los Parlamentos de los *Länder* tienen un Comité de Peticiones¹⁰⁷ para investigar las quejas y las peticiones de los ciudadanos y las solicitudes para proteger sus derechos civiles e intereses individuales. Por *quejas* se entiende en su mayoría reclamos contra el manejo o la omisión de los funcionarios administrativos, y por *peticiones*, toda propuesta al Legislativo, reforma o supresión de una ley o un decreto.

El Comité de Peticiones del Parlamento alemán, constituido por veintinueve miembros,¹⁰⁸ organizativamente depende de éste; conjuntamente con el Comité de Defensa y de Extranjeros forman el conjunto de Comités de Derechos que a través de la Constitución tienen competencias específicas. Sus resoluciones deberán ser consideradas en el Plenario. El Comité se reúne cuando una fracción o cinco de los miembros del Parlamento lo solicitan.¹⁰⁹

El Comité provee el derecho individual o comunal de todo ciudadano, inclusive de los menores de edad, para dirigir reclamos por escrito o quejas a los órganos parlamentarios o sus agencias apropiadas. Si estos reclamos no llevan la firma de responsabilidad o no contienen reclamos pertinentes, la

105 Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: I. Die Grundrechte, artículo 17 "(Petitionsrecht): Jedermann hat das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden" ([Derecho a la Petición]: Cada persona tiene el derecho individual o colectivo de solicitar o reclamar por escrito a las Autoridades competentes y de dirigirse a los Representantes Nacionales). Comp. artículo 17a que restringe el derecho de petición a los soldados.

106 Ibídem, artículo 45 c "(Petitionsausschuss) (1) Der Bundestag bestellt einen Petitionsausschuss, dem die Behandlung der nach Artikel 17 an den Bundestag gerichteten Bitten und Beschwerden obliegt. (2) Die Befugnisse des Ausschusses zur Überprüfung von Beschwerden regelt ein Bundesgesetz" ([El Comité de Peticiones] [1] El Parlamento Federal nombra un Comité de Peticiones que tiene la obligación instituida en el artículo 17, de tratar las peticiones del y reclamos dirigidos al Parlamento Federal. [2] Las atribuciones de los Comités para tratar las quejas están descritas en la Ley Federal).

107 Rupert Schick: *Petitionen, Von der Untertanenbitte zum Bürgerrecht*, 3^a ed., Heidelberg, 1996, pp. 128-129. (En Baviera y Hessen las peticiones son tramitadas a través de un Comité Especial competente facultado por el Gobierno Central, Órganos de Control Ministerial [*Fachausschuss*]. Rheinland-Pfalz obtuvo finalmente un sistema combinado de Protector de los Ciudadanos y de Comité Parlamentario. Luego de la unificación, los nuevos *Länder* adoptaron la ley facultativa a través de sus Constituciones del derecho de petición.)

108 Rupert Schick y Wolfgang Zeh: *The German Bundestag. Functions and procedures*, Rheinbreitbach, 1999, p. 29.

109 Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages, Bericht 2001. De acuerdo con el Informe del año 2001, el Comité de Peticiones estaba conformado por 29 miembros distribuidos entre las siguientes fracciones políticas: 10 de la coalición CDU/CSU, 13 del SPD, 2 de la coalición Bündnis 90/Die Grünen, 2 del FDP y 2 del PDS.

Comisión no tiene la obligación de tramitarlas, así como tampoco tramita los reclamos sobre decisiones parlamentarias, puesto que estaría yendo contra la propia autonomía del Parlamento.

Los ciudadanos deben dirigir sus peticiones y quejas al presidente del Parlamento o *Bundestag*, cuya oficina de prensa se encarga de sortearlas y remitirlas al Comité de Peticiones.¹¹⁰ Al Comité le concierne deliberar sobre el asunto o la materia de la consulta y decidir a cuál de los comités le corresponde. Luego emite su consejo legal al Parlamento Federal sobre las quejas y peticiones y elabora un informe mensual general con un resumen de las recomendaciones a seguir. Además, en los debates en el plenario pueden surgir mociones de alguna fracción política sobre peticiones concretas; en estos casos, el ciudadano tiene la oportunidad de que el Parlamento se ocupe directamente de su petición concreta. Cada petición y cada peticionario (*Petent*) tiene este derecho de que el Parlamento Federal cumpla su trabajo y se lo comunique por escrito.

Para comprobar que este comité desempeñe su tarea —al contrario de lo que sucede con los otros comités, que pueden únicamente pedir por escrito u oralmente la información del Gobierno o dirigirse a los miembros del Parlamento Federal en sus propias sillas curul—, el Comité de Peticiones, de acuerdo con la disposición de 1975 sobre sus atribuciones y competencia, debe proporcionar a los peticionarios —además de toda la información del Gobierno Federal, de las autoridades por él designadas y de las corporaciones de vigilancia del gobierno— toda la información de otros organismos a los cuales tiene libre ingreso, como son las fundaciones y las instituciones públicas de información legal, a las cuales puede exigir la presentación de documentos y el acceso a sus expedientes. También puede escuchar a testigos y peritos del peticionario o recurrir a un juzgado para solicitar la ayuda oficial de los funcionarios administrativos, pero, en contraste con una comisión investigadora,¹¹¹ este Comité no puede tomar juramento.

Las actividades del Comité de Peticiones no se circunscriben únicamente a los varios casos de ayuda y consejo que requieren los peticionarios, sino que también muestran al Parlamento Federal dónde están las fallas o los vacíos constitucionales o dónde la legislación requiere ser reforzada. Sin embargo, la competencia de este órgano no es como la del Ombudsman. Dentro de sus obligaciones también hay excepciones; todas las peticiones permane-

110 Schick: o. cit., p. 129. Conjuntamente con las peticiones de los Comités de los diferentes *Länder* y las que recibe el *Bundestag*, se estima que por año llegaban a las 35.000. Luego de la unificación, tranquilamente llegan a las 50.000. Cf. Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages, Bericht 1996.

111 Constitución de la República Federal Alemana, artículo 44 (*Untersuchungsausschüsse*). Ésta es una Comisión Investigadora que, entre otros, tiene el derecho de emplazar o citar, así como de tomar juramento a los funcionarios con la autorización del Gobierno y de exigir la presentación de documentos.

cen en el anonimato y el Comité se circunscribe a tramitar las quejas que recibe, pero no puede iniciar investigaciones por cuenta propia, por lo cual todo el trabajo corre el riesgo de quedar inconcluso y sin solución. Su labor es la de una agencia de referencia para el Ejecutivo, respecto al cual hasta 1975 mantenía total dependencia cuando éste requería información. El Comité únicamente reactiva la función del Parlamento de canalizar las quejas de los ciudadanos, por cuanto está permanentemente bajo la supervisión de la administración, y en la práctica los reclamos permanecen en el mismo Parlamento; los informes no son debatidos y las propuestas de reformas que éste insinúa no siempre se tramanan, además de que muchas de las peticiones son desviadas insinuando que caen dentro de la jurisdicción de cada uno de los estados federados.

Se supone que este sistema de control permite mantener un contacto permanente a los ciudadanos con sus representantes en el Parlamento,¹¹² actuando como verdadero defensor de sus derechos, pero el *Bundestag* no es partidario de compartir o relegar sus funciones a otros órganos que no hayan sido directamente elegidos por el pueblo, dado que esto significaría prácticamente destruir el sistema democrático.¹¹³ Esta visión equivocada por parte del Comité desafortunadamente ha permitido al Ejecutivo actuar libremente, sin tener que canalizar las objeciones ciudadanas a sus acciones. Si el público en general, los medios de comunicación y los partidos políticos tuvieran más conocimiento de las posibilidades que ofrece el Comité y si éste estuviera más consciente del proceso que maneja, el mismo Parlamento se nutriría con la información que proviene de él, ejerciendo una verdadera democracia participativa. Cabe señalar, sin embargo, que en materia de iniciativa legislativa sí hay casos, y varios, en que el Comité de Peticiones parlamentario cumple con las funciones del Ombudsman en cuanto a los proyectos de ley que son tratados como “sugerencias prelegislativas”.¹¹⁴

Además de los Comités Parlamentarios de Peticiones, parte del sistema de control legal clásico y encargados de proteger los derechos individuales y civiles de las personas, también existen otras instancias de control disponibles, como los gremios y una serie de comisiones que el Parlamento pue-

112 Thomas Würtenberger y Ralf P. Schenke: “Das parlamentarische Petitionswesen im demokratischen Rechtsstaat”, en Reinhard Bockhofer (Hg.), *Mit Petitionen Politik verändern*, Baden-Baden, 1999, pp. 100-105. “Diese Art von Petitionsverfahren ist weder an Formen und Fristen gebunden, unterliegt keinem Anwaltszwang, ist gerichtskostenfrei und nicht an die Möglichkeit einer eigenen Rechtsverletzung des Petenten gebunden”.

113 Schick y Zeh: *So arbeitet...*, o. cit., pp. 41-46.

114 Nebenzahl, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 68. “El ejemplo más sobresaliente que conozco es el de la Comisión de Peticiones del *Bundestag* alemán, bajo la presidencia, muy severa, de Mrs. Lieselotte Berger. Por ejemplo, habiéndose ocupado de diversos casos de retrasos en los pagos de la Seguridad Social, el Comité dio lugar a una legislación especial —a la cabeza del proyectado código de Seguridad Social—, según la cual todos los pagos retrasados en concepto de beneficios sociales devengarían interés a partir del día en que debieron efectuarse”. Véanse informes anuales del Comité de Peticiones, <www.bundestag.de>.

de crear con fines completamente distintos a los que tienen las comisiones existentes. Así por ejemplo, con una cuarta parte de los miembros del Parlamento se puede dar vida a la Comisión de Investigación (*Untersuchungsausschuss*), la cual es un derecho de suma importancia para las minorías de la oposición en el Parlamento, sobre todo cuando quieren probar errores de los políticos del régimen de gobierno; en general las comisiones investigadoras que se crean constan de cinco o siete miembros que tienen la obligación fundamental de deliberar públicamente e informar al plenario.

Fuera del ámbito gubernamental también existen instituciones privadas, como la Liga de Contribuyentes, Amnistía Internacional y otras instituciones como las Cámaras de Comercio o grupos con intereses específicos, que conjuntamente con los medios de comunicación brindan servicios e información a los ciudadanos respecto a sus derechos y recursos y llaman la atención pública cuando éstos han sido violados.

Con este amplio espectro que cubre el sistema de control alemán, la institución del Ombudsman se ha limitado a ser aplicada únicamente para ciertas instancias de control gubernamental, como el control de la información confidencial personal (*Bundesbeauftragten für den Datenschutz*) y el Ombudsman Militar. Sin embargo, la creación de Ombudsman regionales y de una serie de Ombudsman del sector privado muestra que el sistema de control parlamentario existente todavía deja a salvo algunas instancias que no requieren únicamente de control, sino de otros medios más efectivos que brinden la posibilidad de abrir canales de acceso directos para todos los sectores sociales y en las diferentes actividades.¹¹⁵

3. Expansión de la doctrina

Durante la década de 1950 a 1960, la idea de la institución del Ombudsman se había esparcido por el mundo; sin embargo, la década de los sesenta constituye un nuevo capítulo en la evolución de éste. Este nuevo impulso se debe al hecho de que las Naciones Unidas, específicamente la división de Derechos Humanos,¹¹⁶ recomendó su adopción como la figura a través de la cual se podía lograr democráticamente la vigilancia permanente de que se

115 Markus Franke: *Ein Ombudsman für Deutschland?*, Fráncfort del Main, 1999.

116 Seminar on Judicial and Other Remedies Against the Illegal Exercise or Abuse of Administrative Authority, Peradeniya (Kandy), Ceylon, May 4-15, 1959 (ST/TAO/HR/4); Seminar on Judicial and Other Remedies Against the Illegal Exercise or Abuse of Administrative Authority, Buenos Aires, Argentina, August 31 to September 11, 1959 (ST/TAO/HR/6); Seminar on Judicial and Other Remedies Against Abuse of Administrative Authority, with Special Emphasis on the Role of Parliamentary Institutions, Stockholm, June 12-25, 1962 (ST/TAO/HR/15); Remedies Against the Abuse of Administrative Authority. Selected Studies, 1964 (ST/TAO/HR/19); Seminar on the Effective Realization of Civil and Political Rights at the National Level, Kingston, April 25 to May 8, 1967 (ST/TAO/HR/29); Effective Realization of Civil and Political Rights at the National Level - Selected Studies, 1968 (ST/TAO/HR/33); Seminar on Special Problems Relating to Human Rights in Developing Countries, Nicosia, Cyprus, June 26 to July 9, 1969 (ST/TAO/HR/36).

cumplieran los derechos humanos básicos. Varios seminarios se llevaron a cabo con el propósito de difundir la idea: en Ceilán, actual Sri Lanka (1959), Buenos Aires (1959), Estocolmo (1962), Jamaica (1967) y Chipre (1968). Otros seminarios promovidos por la Comisión de Juristas¹¹⁷ también promovieron la idea en Bangkok (1965), Colombo (1966) y Estrasburgo (1968); así como también las Conferencias por la Paz Mundial a través de la Ley en Ginebra (1967), Bangkok (1969) y Belgrado (1971).

La acogida satisfactoria que tuvo el Ombudsman fuera de Europa Occidental¹¹⁸ collevó a que en 1971 la Conferencia de Parlamentos Europeos sobre Derechos Humanos que se celebró en Viena recomendara favorablemente el establecimiento de un órgano autorizado para recibir y examinar quejas individuales y que tuviera el poder de acceder a los archivos de los departamentos de gobierno, que funcionara en la línea del Ombudsman como se lo conocía en los países nórdicos. En 1972 el Consejo de Europa creó la Oficina del Ombudsman Comisionado de los Derechos Humanos y en 1975 el Comité de Asuntos Legales recomendó que los gobiernos que todavía no tuvieran dicho funcionario lo establecieran, ya fuera a nivel local, regional o nacional. En 1973 el Consejo del Colegio Internacional de Abogados (*International Bar Association*, IBA) aprobó la creación del Comité del Ombudsman, el que, conjuntamente con el Comité del Ombudsman de la Sección de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de los Estados Unidos (*American Bar Association*, ABA) publicó un informe sobre los mecanismos no judiciales de solución de quejas, con énfasis en el Ombudsman.

Con la misma rapidez con la cual se difundió la idea, empezamos a ver que surge una gran variedad de “formas de Ombudsman” que no caben exactamente en la idea original. Las agrupaciones internacionales también empezaron a debatir acerca de la definición, los requisitos fundamentales y la tarea específica que esta figura debía de tener. La resolución de la ABA en 1971 estableció que cualquier estatuto u ordenanza para la creación del Ombudsman debía contener los siguientes puntos esenciales:

- 1) autoridad para criticar todas las agencias, oficiales y empleados públicos con excepción de las cortes y su personal, el cuerpo legislativo y su personal y el director ejecutivo y su personal;
- 2) independencia de control de cualquier otra autoridad, con excepción el cuerpo legislativo donde reside su responsabilidad;
- 3) elección por parte del legislativo o designación por el ejecutivo con

¹¹⁷ International Commission of Jurists: *The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age* (Report on the Proceedings of the South-East Asian and Pacific Conference of Jurist, Bangkok, 1965), p. 184; Working Papers, Ceylon Colloquium on the Rule of Law, Colombo, January 10-16, 1966, International Commission of Jurists (Ceylon Section); European Conference of Jurists on the Individual and the State, *The Essential Legal Elements to Ensure the Protection of the Individual*, Strasbourg, 26-27, Conclusion 17 (October 1968).

¹¹⁸ Véase Apéndice nº 1.

el visto bueno de la mayoría del legislativo, preferiblemente las dos terceras partes;

- 4) independencia para ejercer el cargo por un período no menor de cinco años, con libertad de ser removido del cargo con causa justificada por la mayoría del legislativo, más de las dos terceras partes;
- 5) salario equivalente al de un funcionario de rango superior;
- 6) libertad para escoger a sus propios asistentes y delegarles responsabilidades, sin restricciones civiles ni actos clasificatorios.

4. El Defensor del Pueblo español

La adopción de la figura del Ombudsman en España es de singular importancia dentro del derecho comparado para su adopción y difusión por Latinoamérica, y en nuestro caso para el Ecuador. Dentro del área de Europa, España¹¹⁹ fue uno de los países que más tardó en adoptar la figura del Ombudsman. Esta demora se debió en parte a su situación política en la época de Franco; sin embargo, varios académicos e intelectuales,¹²⁰ tanto del ámbito del derecho como de la administración, ya advertían la necesidad de un mayor control de la administración pública y del abuso del poder por las autoridades. Algunos de ellos, inclusive en reuniones internacionales, había propuesto la figura del Ombudsman como uno de los métodos legales más propicios para proteger los derechos de los ciudadanos españoles; otros, más escépticos, preferían un sistema de administración de justicia más rígido.¹²¹ A pesar de la falta de interés de la prensa y de los líderes políticos, el consenso académico era general en el sentido de que la figura del Ombudsman necesitaba ser reconocida dentro de un escenario democrático.¹²²

Luego de la muerte de Franco, la Comisión de Asuntos Constitucionales propuso en 1978 por primera vez la figura del Ombudsman Nacional para proteger los derechos ciudadanos. A pesar de ser una idea innovadora no hubo debates públicos; nadie, excepto los pocos entendidos en la materia que comprendían el alcance de la institución, le dio importancia. Por otro lado, las discusiones referentes a la nueva Constitución fueron confidenciales¹²³ y no se supo quién propuso la idea; sin embargo, se conoce que fue apo-

119 Véase Apéndice nº 2.

120 José María Boquera: "Derecho administrativo y socialización", en *Estudios Administrativos*, Madrid, 1965. De la Vallina: art. cit. J. Torné: "Algunas ideas políticas sobre el derecho administrativo y la administración pública", *Documentación Administrativa*, nº 167, 1975. Eduardo García de Enterría: "Seminario organizado por las Naciones Unidas en Estocolmo", *Revista de Administración Pública*, nº 39, 1962. Alejandro Nieto: "La vocación del derecho Administrativo en nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública*, nº 76, 1975.

121 Pastor Santamaría: "Tributación, régimen foral e igualdad ante la Ley", *Revista de Administración Pública*, nº 70, 1972.

122 Álvaro Gil Robles: *El control parlamentario de la Administración (el Ombudsman)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1979. R. Pellón: "¿Un Ombudsman para España?", *Documentación Administrativa*, nº 170, Madrid, 1976.

123 Víctor Fairén Guillen (o. cit., cap. II) hace un análisis detallado del tratamiento en el Congreso, enmiendas, discusiones y texto definitivo del Defensor del Pueblo español.

yada por los miembros del Partido Socialista Obrero Español, quienes tenían claras las ventajas y funciones de la figura del Ombudsman en los países nórdicos.

Una vez incorporado en la Constitución, las opiniones de los diversos partidos políticos fueron divididas; los de izquierda estuvieron de acuerdo en favorecer un organismo independiente y fuerte de control de la administración pública, mientras los de derecha se mostraban temerosos de concederle mayores atribuciones. Un debate también sin mayores incidencias políticas se dio en torno a recomendar la creación de un Defensor del Pueblo que se aproximaba a la figura del Ombudsman, designando a un agente del Parlamento para proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos, asegurar que las autoridades públicas respeten los principios del Estado de Derecho y, además, para supervisar las actividades de la administración. Los socialistas, que lo conceptuaban como un protector de los principios básicos de justicia y equidad, lo relacionaban con una nueva Corte Constitucional, mientras que para los de la Alianza Popular debía ser un guardián de las libertades civiles.

El artículo que lo instituyó fue aceptado de forma más o menos unánime por el Comité y por el Congreso. Algunos cambios que propuso el Senado, referentes al hecho de que el Defensor no debería inmiscuirse en asuntos de procedimiento legal ni en asuntos de control de la administración pública que le competen al Ministerio de Finanzas, así como el que propusieron los senadores de las comunidades autónomas de Cataluña y la Provincia Vasca, que preferían establecerlo por su propia cuenta bajo el poder que les confiere su legislación, no fueron aceptados. La comisión mixta del Congreso y del Senado lo redactó en su forma definitiva que en la actualidad reza así:

Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto Comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.¹²⁴

En principio, la Constitución omitió una serie de detalles acerca de la jurisdicción, pero era clara la intención de que el Defensor se encargara de los asuntos administrativos y no de los asuntos políticos del gobierno. Además, su trabajo de control del sistema judicial y de protección legal contra el abuso del poder debían ser complementarios, sin ejercer el control directo sobre los funcionarios sino persuadiéndolos y dando su opinión, dado que

¹²⁴ Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978), título primero: “De los derechos y deberes fundamentales”, capítulo IV: “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, artículo 54.

su inquietud primordial no es la ilegalidad de los actos sino los actos en los cuales se manifiesta la mala administración.

A pesar de que los partidos de izquierda pensaron que estaban proponiendo una figura similar a la del Ombudsman escandinavo y los de derecha creyeron acercarse más al Comisionado del Parlamento inglés o al Mediador francés, la Constitución española dio origen a un nuevo Defensor del Pueblo, listo para proteger los deberes y derechos fundamentales,¹²⁵ para supervisar las actividades de las autoridades públicas¹²⁶ y para apelar a la Corte Constitucional.¹²⁷ Un Defensor que puede demandar ante los tribunales a las autoridades por actos inconstitucionales y tiene un poder que va más allá de las atribuciones del Ombudsman tradicional¹²⁸ se convierte en una figura que lo sitúa aparte del poder, tanto ejecutivo como legislativo. Es un personaje público de gran independencia que por defender los derechos y libertades ciudadanas muchas veces estará inserto en el debate político de la oposición.

Dentro de su misión de control se relacionará con otros organismos de control del Estado y también estará propenso a que sus funciones se complementen; en este sentido, el Defensor del Pueblo Español y la Constitución mis-

125 Ibidem: "Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. = 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), 183 Asamblea General de la ONU.

126 Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981, y nº 57, de 6 de marzo de 1992), título II: "Del Procedimiento", artículo 9: "El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, y el respeto debido a los Derechos proclamados en su título I. = 2. Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas". Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978), título IV: "Del Gobierno y de la Administración", artículo 103. 1: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

127 Ibídem, título III: "De las Resoluciones", artículo 29: "El Defensor del Pueblo está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". Cf.: Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978), título primero: "De los derechos y deberes fundamentales", capítulo IV: "De las garantías de las libertades y derechos fundamentales", artículo 53.2: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1º del capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". Cf.: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 161.1: "El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada".

128 Pérez Calvo: art. cit., p. 84: "podría afirmarse que lo que ha hecho la Constitución es añadir las legitimaciones mencionadas a las competencias que acompañan al modelo de *Ombudsman* adoptado por los daneses y que se había perfilado históricamente en Suecia, y una de las características, [...] estribaba en una ausencia práctica de competencias contenciosas".

ma de 1978 lograron una descentralización y desconcentración de poderes fortalecida aún más con el establecimiento de las comunidades autónomas.

En 1979,¹²⁹ el Partido Socialista Obrero Español presentó el primer proyecto de Ley Orgánica del Defensor del Pueblo propuesto por la oposición. Comprendía la elección de un Defensor a nivel nacional electo por el Parlamento por un período de cuatro años, por las tres quintas partes de la mayoría del Congreso y la mayoría absoluta del Senado. El informe de labores debía presentarlo a una Comisión Especial y su jurisdicción era amplia; abarcaba tanto las cortes militares como las comunidades autónomas y tenía inclusive la capacidad de establecer Ombudsman regionales. Con amplias capacidades investigadoras, debía atender las quejas públicas, ser directamente accesible al público para poder actuar inclusive como mediador entre las autoridades y los ciudadanos a través de procedimientos fáciles y sumarios. En general, características muy similares a las de los Ombudsman de los países nórdicos. Los partidos de gobierno apoyaban a una figura más bien restringida, en los términos del *Médiateur* francés, sin acceso directo al público, que debía agotar todas las instancias previas y carecía de jurisdicción sobre la justicia militar; además reclamaban su derecho a participar por cuotas de poder político en su elección. La Coalición Demócrata ofreció hacer varias reformas y el Comité Constitucional volvió a redactar el proyecto de ley haciéndole cambios sustanciales antes de que entrara al debate en las dos Cámaras.

En 1980, el Centro de Estudios Constitucionales organizó una conferencia internacional sobre el tema. Como resultado de ello se dieron varios debates públicos con respecto a la conveniencia de mantener un sistema de quejas que fuera compatible con un extenso sistema legal de control administrativo y su relación con un Defensor en el nivel nacional y regional. El grupo opuesto a la figura del Defensor proponía, lógicamente, reforzar el sistema legal, mientras los adeptos a ella mantenían inclusive la esperanza de que el Defensor fuera una figura clave en el proceso de democratización de España, en la promoción de los derechos y garantías constitucionales y la educación cívica de los ciudadanos.

Como hemos visto, puede colegirse que el nombramiento del Defensor del Pueblo español no pierde de vista uno de los rasgos esenciales de los sistemas originales del Ombudsman: el hecho de que su designación les corresponda a las Cortes Generales, Senado y Congreso. El artículo 2, párrafos 2, 3, 4 y 5, puntualiza:

2. Se designará en las Cortes Generales una Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar a los respec-

129 Congreso de los Diputados: *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, nº 30, junio 20 de 1979.

tivos Plenos en cuantas ocasiones sea necesario. 3. Dicha Comisión se reunirá conjuntamente cuando así lo acuerden conjuntamente el Presidente del Congreso y el Senado, para proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatos a Defensor del Pueblo. Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría simple. 4. Propuesto el candidato o candidatos, se convocará en término no inferior a diez días al Pleno del Congreso para que proceda a su elección. Será designado quien obtuviese una votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y, posteriormente, en un plazo máximo de veinte días, fuese ratificado por esta misma mayoría del Senado. 5. Caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procederá en una nueva sesión de la Comisión, y en el plazo máximo de un mes, a formular sucesivas propuestas. En tales casos, una vez conseguida la mayoría de los tres quintos en el Congreso, la designación quedará realizada al alcanzar la mayoría absoluta del Senado.¹³⁰

La exigencia de un quórum reforzado por ambas Cámaras que intervienen igualitariamente, además de las incompatibilidades que especifica el artículo 7 de la Ley Orgánica,¹³¹ sirven para garantizar la neutralidad e independencia en el ejercicio del cargo. Con el mismo afán de obrar dentro de los parámetros que caracterizan al Ombudsman en el Derecho Comparado y de recalcar el funcionamiento independiente, la Ley establece la duración del mandato del Defensor por un período de cinco años, frente a los cuatro de las Cortes Generales.

La no coincidencia temporal de mandatos entre Cortes Generales y Defensor del Pueblo español obedece a dos razones fundamentales. La primera puede ser considerada como simple mimetismo con la institución del Ombudsman escandinavo, en donde ambos mandatos también se independizan; la segunda y más profunda, obedece a algo ya anotado: aunque el Defensor del Pueblo deba a las Cortes Generales su nombramiento y tenga que rendir cuentas de su gestión ante las mismas, su funcionamiento es independiente de todo otro poder.¹³²

Esta segunda característica es sobre todo de singular importancia al referirnos a la naturaleza misma del Ombudsman. Como hemos anotado, la Cons-

130 Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992).

131 "1. La condición de Defensor del Pueblo es incompatible con todo mandato representativo; con todo cargo político o actividad de propaganda política; con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública, con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral. = 2. El Defensor del Pueblo deberá cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad que pudiera afectarle, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento. = 3. Si la incompatibilidad fuere sobrevenida una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquéllo se hubiere producido".

132 Francisco Astarloa Villena: "Una introducción al estudio del Defensor del Pueblo", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 2, Universitat de València, Departamento de Derecho Constitucional, p. 87.

titución y la Ley Orgánica definen al Defensor del Pueblo como un “Alto Comisionado” que, siendo un órgano unipersonal, actúa por encargo de una autoridad, en este caso de las Cortes Generales, de las que recibe su nombramiento y las que lo pueden también revocar en los casos previstos por la Ley,¹³³ y a las que debe dar cuenta de su actuación. Es decir, se trata de un órgano orgánicamente dependiente porque actúa por encargo, pero independiente y absolutamente libre en su funcionamiento, inclusive respecto a las propias Cortes, hasta el punto de poder interponer el recurso de inconstitucionalidad respecto a la actividad legislativa de éstas.

De allí deriva otra particularidad a la cual la Ley española también ha puesto debido énfasis: las prerrogativas e incompatibilidades para ejercer el cargo.

El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad, Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio. [...] gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado [...].¹³⁴

Por ello resulta imperativo también trazar los límites de su actuación personal, con la cual es incompatible cualquier mandato representativo y militancia, sean de orden político, público o privado. Aquí el legislador ha puesto énfasis sin dejar lugar a excepciones que pongan en duda la neutralidad de la cual debe estar revestido el personaje.¹³⁵

La oficina del Defensor del Pueblo está compuesta casi en su totalidad por funcionarios de carrera; únicamente los adjuntos primero y segundo, con carácter de asesores —en los que el Defensor puede delegar sus funciones y que lo sustituirán por su orden en caso necesario—, son nombrados por el titular previa conformidad de las Cámaras y publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Tanto la marcha misma de la institución cuanto los resultados que se recogen en los informes anuales de labor del Ombudsman y otros

133 Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992), capítulo II: “Cese y sustitución”, artículo 5, y capítulo III: “Prerrogativas e incompatibilidades”, artículo VII.

134 Ibídem, artículo 6.

135 Ibídem, artículo 7º: “1. La condición del Defensor del Pueblo es incompatible con todo mandato representativo; con todo cargo político o actividad de propaganda política; con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública; con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral. = 2. El defensor del Pueblo deberá cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad que pudiere afectarle, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento. = 3. Si la incompatibilidad fuera sobrevenida una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquélla se hubiese producido”.

datos estadísticos¹³⁶ revelan sin lugar a dudas el éxito que ha tenido el Defensor del Pueblo en el cumplimiento de su cometido. Esta institución completamente ajena en su origen al ordenamiento jurídico español cuenta hoy con el respaldo y reconocimiento popular por la resonancia de su gestión en el ámbito administrativo, en cuanto a la denuncia de irregularidades, así como también en el legislativo, con respecto a la modificación de leyes y normas con fuerza de ley que atentan contra los derechos fundamentales de las personas. La complejidad y la diversidad de casos que el Defensor ha tratado, ya sea actuando directamente o de oficio, han puesto de manifiesto varios problemas sociales concretos, especialmente de los sectores más débiles de la sociedad, como los ancianos, los niños, las mujeres, las personas discapacitadas, los enfermos mentales, los presos, los extranjeros y otros grupos minoritarios difíciles de identificar.

En definitiva, como dice Álvaro Gil Robles de la institución del Defensor del Pueblo en su país, ésta "ha demostrado que un Ombudsman en la plenitud de sus competencias originales es hoy posible, oportuno y útil en la Estado democrático y social de derecho que tratamos de consolidar cada día".¹³⁷

5. Evolución posterior

Abordar el desarrollo posterior del Ombudsman resulta interesante no sólo para quienes tengan especial interés en el estudio de esta institución, sino también para muchos estudiosos de diversos campos, tanto de las ciencias jurídicas y políticas, la sociología, antropología y la psicología social, como para otras áreas de la investigación como la demografía, los movimientos sociales, la planificación urbana, la salud pública, la medicina preventiva, la protección del medio ambiente y otras, para las cuales los datos estadísticos, el resultado del diagnóstico y las diferentes variables que han influido en este proceso evolutivo pueden resultar de gran importancia y apoyo en el esclarecimiento de problemas conjuntos.

En el ámbito de estudio de la teoría de la democracia, el control que ejerce la Defensoría es un factor que no se contrapone en el contexto del sistema constitucional; al contrario, ha demostrado que es complementario de los medios de control tradicionales. Además, ha servido como un factor de consolidación del Estado de Derecho, puesto que su implementación ha in-

136 Álvaro Gil Robles y Gil Delgado: "El Defensor del Pueblo y su impacto en España y en América Latina", *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman, Defensor del Pueblo*, IAO, nº 3, diciembre de 1994, p. 60. "En una encuesta de población realizada en marzo de 1993 (por Metra Seis sobre una muestra de mil personas) se constataba que el 90,2 de los encuestados consideraban la institución como muy o bastante necesaria; el 88,6 conocía sus existencias; un 52,8 valoraba positivamente la labor del Defensor del Pueblo; y como datos significativos, el 76,6 consideraba que debería denunciar más irregularidades de la Administración sin esperar a recibir las quejas de los ciudadanos, así como que un 86 por ciento pensaba que debería ser elegido directamente por aquellos".

137 Ibídem, p. 63.

crementando la confianza de los ciudadanos en la democracia, haciendo respetar y defender los derechos humanos, sea cual fuere el tipo de régimen democrático al cual se articule. Actualmente el Ombudsman o Defensor del Pueblo es parte de toda estructura moderna de gobierno, perfectamente adaptable a cualquier sistema jurídico y a cualquier tipo o grado de desarrollo social. Por ello tampoco no puede pasar inadvertido en el ámbito de estudio del derecho de integración. A escala supranacional, la Unión Europea ya ha puesto en marcha el funcionamiento del Ombudsman Europeo,¹³⁸ conciudadamente con el Comité de Peticiones del Parlamento Europeo,¹³⁹ reconociendo los derechos de ciudadanía de sus miembros, así como la posibilidad de reclamar en el caso de mala administración en las actividades de las instituciones y órganos comunitarios, de conformidad con el artículo 138 E del Tratado y Estatuto del Defensor del Pueblo.¹⁴⁰

De acuerdo con la resolución sobre los trabajos de la Comisión de Peticiones en el ejercicio parlamentario 1995-1996, el Parlamento Europeo, en el literal D de la propuesta de resolución, considerando que el Defensor del Pueblo Europeo entra en funcionamiento, “impone la necesidad de una estrecha colaboración entre éste y el Parlamento Europeo, a fin de garantizar plenamente la posibilidad que tienen los ciudadanos de dirigirse a las instituciones y órganos comunitarios sobre las cuestiones que les preocupan”, y, de acuerdo con los numerales 3 y 6 especialmente, “[c]onstata que, de conformidad con el artículo 138 E del Tratado de la Unión, el Defensor del Pueblo está facultado para recibir las reclamaciones de los ciudadanos de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”. Asimismo, “[e]xpresta su deseo de que, en defensa de los derechos de la ciudadanía de la Unión, se establezca una estrecha, profunda

138 Defensor del Pueblo Europeo, §77. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (DOCE, serie C, nº 191, de 29 de julio de 1992), artículo 8.D: “Todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138.D. Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse al Defensor del Pueblo instituido en virtud de lo dispuesto en el artículo 138.E”.

139 Reglamento del Parlamento Europeo (DOCE, serie L, nº 293, de 7 de diciembre de 1995). artículo 159: “Nombramiento del Defensor del Pueblo”, § 78: El Presidente del Parlamento Europeo convocará la presentación de candidaturas con vistas al nombramiento del Defensor del Pueblo. “Las candidaturas habrán de contar con el apoyo de veintinueve diputados como mínimo, que sean nacionales de al menos dos Estados miembros”.

140 Consejo de la Unión Europea, decisión del Consejo 94/114/CECA, CE, Euratom, de 7 de febrero de 1994, por la que se aprueba la decisión del Parlamento Europeo sobre el estatuto Defensor del Pueblo y las condiciones generales del ejercicio de sus funciones (DOCE, serie L, nº 54, de 25 de febrero de 1994): “El Consejo de la Unión Europea, Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, el apartado 4 de su artículo 138 E. [...] Decide: = Artículo 1º. Se aprueba el proyecto de Decisión del Parlamento Europeo, de 17 de noviembre de 1993, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y las condiciones generales del ejercicio de sus funciones”. Cf. Decisión del Parlamento Europeo 94/262/CECA,CE, Euratom, de 9 de marzo de 1994, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las Condiciones Generales del Ejercicio de sus Funciones (DOCE, serie L, nº 113, de 4 de mayo de 1994).

y fructífera colaboración entre el Defensor del Pueblo y el Parlamento Europeo, en beneficio de los ciudadanos de la Unión y de sus residentes".¹⁴¹

En la exposición de motivos, el informe destaca además como uno de los aspectos relevantes del ejercicio parlamentario la provisión del cargo de Defensor del Pueblo Europeo llevada a cabo el 12 de julio de 1995, tras un primer proceso de nominación iniciado en julio de 1994 en el que no fue posible llevar a cabo la elección debido a la rigidez de la normativa del Reglamento del Parlamento Europeo. Las candidaturas debían contar con el apoyo de al menos 29 eurodiputados procedentes de por lo menos dos Estados miembros y debían ser enviadas al Presidente del Parlamento Europeo. Una vez modificadas las normas, particularmente el artículo 159, se procedió a lanzar una segunda convocatoria de candidaturas en mayo de 1995. Luego de la audición previa de los candidatos por parte de la Comisión de Peticiones y reunido el Pleno del Parlamento Europeo, se procedió al nombramiento del primer Defensor del Pueblo, cuyo juramento solemne ante el Tribunal de Justicia tuvo lugar el 27 de septiembre de 1995.

Con el objetivo de dar a conocer a los ciudadanos de la Comunidad Europea la existencia y las competencias del Defensor del Pueblo Europeo, se emitió regularmente información a través de los medios de comunicación, junto con la colaboración incondicional de las oficinas de información del Parlamento Europeo, las representaciones de la Comisión Europea, las oficinas de los Defensores del Pueblo nacionales, organismos similares en los Estados miembros e inclusive visitas formales realizadas personalmente por el Defensor del Pueblo Europeo a los Estados miembros.

En el período del 1 de enero del 2001 al 31 de diciembre del 2001,¹⁴² los asuntos tramitados en total por la secretaría del Defensor del Pueblo sumaron 2.179 casos, de los cuales se admitió el 92%. De éstos, 524 (el 29%) eran del ámbito de su competencia; los restantes 1.306 (el 71%) fueron transmitidos a otros organismos competentes o como peticiones al Parlamento.¹⁴³ El

141 Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, Informe en el Ejercicio Parlamentario 1995-1996, p. 4-5.

142 El Defensor del Pueblo Europeo, Informe Anual año 2001, www.euro-ombudsman.eu. Como referencia: en 1996, la secretaría del Defensor del Pueblo se ocupó de 1.041 casos; 842 eran reclamaciones recibidas en ese año, 46 procedían de asociaciones y 40 de empresas; las restantes 717 fueron reclamaciones presentadas por particulares. De éstas, 29 fueron transmitidas a través de Diputados al Parlamento Europeo y 10 a través de la Comisión de Peticiones con el consentimiento del peticionario para que se tramitaran como reclamaciones; el Defensor del Pueblo también inició tres investigaciones de oficio. En 34 de estos casos se detectó mala administración; 32 de ellos se archivaron luego de hacer las observaciones y críticas a la institución u organismo afectado; una de las investigaciones de oficio tuvo como resultado un proyecto de recomendación para el organismo en cuestión. De los 243 casos considerados improcedentes, también se hicieron recomendaciones a los reclamantes para que se dirigieran a los organismos competentes; 130 correspondían al Defensor del Pueblo nacional o a otro organismo similar y 47 debían ser presentados como peticiones al Parlamento. Apartado 1 del artículo 138.E del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el apartado 8 del artículo 3 de la Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones.

143 Véanse Apéndices 3, 4 y 5, que complementan la información referente a instituciones y órganos objeto de la investigación, el tipo de mala administración alegado y la distribución del número de reclamaciones, según los países de residencia de los autores.

Defensor del Pueblo también inició cuatro investigaciones de oficio. Como muchas de las reclamaciones inadmisibles se refieren a problemas relacionados con el derecho comunitario, se ha visto la necesidad de organizar seminarios para establecer mecanismos de cooperación, intercambio e información destinados fundamentalmente a profundizar y promocionar los conocimientos de derecho comunitario en todos los niveles.

El procedimiento que siguen las reclamaciones enviadas al Defensor del Pueblo empieza con el registro y el envío inmediato del acuse de recibo al reclamante. Esta carta informa al reclamante sobre el procedimiento de examen de su reclamación y le indica el nombre y el número de teléfono del funcionario jurista que se ocupa de ella. En segundo lugar se determina si la reclamación se encuentra dentro del ámbito de las competencias del Defensor, establecidas en el artículo 138 E del Tratado de la Comunidad Europea ya citado. En caso afirmativo, debe además cumplir con otros criterios de admisibilidad establecidos por el Estatuto del Defensor, que son los siguientes:

- 1) Deben quedar patentes el objeto de la reclamación y la persona de la que procede (apartado 3 del artículo 2 del Estatuto).
- 2) La reclamación debe presentarse en el plazo de dos años contados desde que los hechos que la motivan llegaran al conocimiento del reclamante (apartado 4 del artículo 2).
- 3) La reclamación debe ir precedida de los procedimientos administrativos adecuados ante la institución u órgano de que se trate (apartado 4 del artículo 2).
- 4) En caso de reclamaciones relativas a las relaciones laborales entre las instituciones u órganos y sus funcionarios y agentes, deben haberse agotado las posibilidades de solicitud o reclamación administrativa interna antes de presentar la reclamación (apartado 8 del artículo 2). El Defensor del Pueblo no puede intervenir en causas que se sigan ante los tribunales ni poner en tela de juicio una sentencia judicial (apartado 3 del artículo 1).¹⁴⁴

El artículo 138 E del Tratado de la Comunidad Europea establece que el Defensor “llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas”. En algunos casos, aunque la reclamación sea técnicamente admisible, puede ser que no exista la justificación suficiente para que el Defensor abra una investigación. En general, cuando una reclamación ha sido ya previamente tramitada como una petición ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, el Defensor del Pueblo considera que una investigación no se justifica, salvo que se aporten nuevas pruebas. Si una reclamación no es de la competencia o no es admisible al Defensor del Pueblo, éste trata de indicar al recla-

144 Ibídem, p. 14.

mante a qué otra agencia debe dirigirse. Cuando una reclamación cumple con todos los criterios técnicos de admisibilidad descritos y es justificable que se lleven a cabo las investigaciones pertinentes, el Defensor envía la reclamación junto con sus anexos a la institución u órgano comunitario objeto de ella para recabar una primera opinión. Una vez que recibe esta primera opinión, se la transmite al reclamante para que éste a su vez formule sus observaciones.

En ciertos casos, la propia institución u órgano que recepta el reclamo toma las medidas necesarias tendientes a resolver el asunto de la forma más satisfactoria para el reclamante. De ser así, el caso se cierra y se archiva como “resuelto por la institución”. Otras veces el reclamante, luego de recibir la primera opinión, decide retirar la reclamación y el asunto queda archivado por ese motivo. Si el reclamante no desiste de proseguir con la reclamación o la institución no logra resolvérla, el Defensor del Pueblo debe persistir con la investigación hasta resolver si ésta revela o no un caso de mala administración. Cuando ello no se detecta, se informa al reclamante y a la institución y se procede a archivar el caso.

Cuando el producto de la investigación revela mala administración, el Defensor del Pueblo trata de solucionar y eliminar el problema amistosamente para satisfacer al reclamante. No siempre la intervención mediadora del Defensor da resultado; cuando esto ocurre, el caso se archiva con una observación crítica a la institución o al órgano de que se trate. Esta decisión del Defensor del Pueblo se toma cuando no parece que el caso de mala administración tenga consecuencias generales o no amerite una nueva participación de la autoridad. Mas, cuando se reconoce oficialmente la mala administración, se adjunta un proyecto de recomendación al cual la institución u órgano comprometido debe contestar con un informe detallado en el plazo de tres meses, conforme lo establece el apartado 6 del artículo 3 del Estatuto del Defensor del Pueblo. El informe consiste por lo general en la aceptación de la decisión y una descripción de las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones sugeridas por el Defensor del Pueblo.¹⁴⁵

La labor informativa a los ciudadanos europeos sigue siendo prioritaria dentro de las actividades del Defensor del Pueblo. Varias estrategias se han implementado con respecto a los medios de comunicación y la difusión de las actividades que éste realiza con el fin de no crear falsas expectativas y evitar las reclamaciones que caen fuera de su competencia. En general dentro de su labor inicial, las funciones, los métodos de trabajo y las tareas administrativas necesarias para su establecimiento han sido consolidados, permitiendo de esta forma aportar a la institución en la tarea de convertir al dere-

145 Véase Apéndice nº 6: Defensor del Pueblo europeo, jurisprudencia.

cho comunitario en una realidad dotada, según la opinión de Söderman, de “un compromiso genuino entre las partes afectadas para lograr una Europa con una dimensión más humana y social para sus ciudadanos”.¹⁴⁶

Indudablemente, el desarrollo de los derechos humanos en los países de Europa Central y del Este¹⁴⁷ luego de la caída del Muro del Berlín es un antecedente fundamental para la consolidación de la figura del Ombudsman en el ámbito europeo, donde, justamente por la diversidad de desarrollo democrático de aquellos países, se acopla perfectamente el nuevo modelo portugués-español acuñado con las nuevas características que serán igual de relevantes ya no sólo en el contexto latinoamericano, sino también en el africano y en todas aquellas regiones del mundo donde el control del poder estatal y el equilibrio que debe existir entre éste y sus gobernados perturba y atropella el respeto a sus derechos. No obstante, sabemos que la situación es más severa en aquellos países en los cuales, aparte del abuso del poder, la ineeficiencia, irresponsabilidad, desprestigio de la justicia y falta de mecanismos directos de solución y control democráticos, existen también otros factores como pobreza, hambre, enfermedades, analfabetismo, inestabilidad política, corrupción, retraso tecnológico, falta de medios productivos, etc. En estas condiciones es aún más difícil mantener y lograr el “ideal” de la democracia, de la justicia social y de los derechos humanos universales.

Es alentador, sin embargo, notar que, a pesar de la “crisis humana” que nos rodea, el Ombudsman sigue encontrando aceptación como una alternativa confiable hacia el logro de una democracia “plena”, como lo demuestra el incremento registrado¹⁴⁸ en la última década.

6. El Defensor del Pueblo en América

En 1819, durante el Congreso de Angostura, en medio del movimiento independentista en América, Simón Bolívar, a propósito de la forma como debía organizarse el Estado, expresó la necesidad de formar un “poder moral” que le diera a la República una cuarta potestad encargada de la infancia y el corazón de los hombres.

146 Informe Anual del Defensor del Pueblo europeo, 1996; palabras expresadas por el Sr. Jacob Söderman, Defensor del Pueblo europeo, en el prólogo, p. 9.

147 Los tratados de paz con los Estados que surgieron o resurgieron en Europa del Este y Central, principalmente Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Yugoslavia, Bulgaria, Albania y Rumania, contenían disposiciones sobre la protección de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas.

148 Ibrahim Kajembo: “Helping people facilitate he attainment of fairness and justice by government”, en Linda C. Reif (ed.): *The International Ombudsman Yearbook*, vol. 2, International Ombudsman Institute, La Haya-Boston-Londres, 1998, pp. 166-179. El autor cita en su artículo varios informes en los que enumera algunos países africanos y el número de quejas recibidas, con lo cual demuestra la aceptación que ha tenido el Ombudsman: Etiopía, Zimbabue, Zambia, Nigeria, Ghana, Togo, Senegal, Lesoto, África del Sur, Tanzania, Uganda, Malawi y Mauricio.

La jurisdicción de este tribunal verdaderamente santo, deberá ser efectiva con respecto a la educación y a la instrucción y de opinión solamente en las penas y castigos [...].¹⁴⁹

En América Latina¹⁵⁰ existe una gran variedad de Ombudsman o Defensores del Pueblo, diferentes no sólo en cuanto a su denominación sino en cuanto a sus modalidades. Tenemos Ombudsman en Guyana, Trinidad y Tobago, Antigua y Barbuda;¹⁵¹ Ovidurias en Brasil; Comisionado Parlamentario en Santa Lucía; Procuradores de Derechos Humanos en Guatemala, Nicaragua y El Salvador; Procurador del Ciudadano o Magistrado del Pueblo de Puerto Rico; Comisionado de Derechos Humanos en Honduras, nacionales y estatales en México; Defensor Público de Jamaica; Defensores de los Habitantes de Costa Rica; y numerosos Defensores o Defensorías del Pueblo nacionales, regionales y provinciales en Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, República Dominicana, Paraguay y Perú. Este fenómeno responde lógicamente a varias circunstancias históricas y realidades específicas de cada país; sin embargo, en todos ellos se dan las características jurídicas esenciales que ya hemos señalado, en algunos casos dentro de la doctrina internacional del derecho comparado, y que veremos en detalle en este capítulo.

Como el antecedente histórico más cercano al surgimiento de esta figura y su posterior adopción en la mayoría de países de América Latina debemos citar al Defensor del Pueblo español¹⁵² y al Promotor de Justicia de Portugal,¹⁵³ antes que a la figura originaria, el Ombudsman escandinavo.

Jorge Santistevan de Noriega¹⁵⁴ dice que “el Ombudsman llega a Ibero-

149 www.defensoria.org.co.

150 En el desarrollo de este título nos referiremos básicamente al Ombudsman o Defensor del Pueblo de los países latinoamericanos. La adopción de esta figura en Canadá y los Estados Unidos responde a otras circunstancias, tanto temporales como sociales y políticas. Al tratar de los Ombudsman sectoriales o especiales, así como de las organizaciones internacionales de Ombudsman, conoceremos algo acerca de sus antecedentes históricos.

151 Países de los cuales desafortunadamente no me ha sido posible conseguir ninguna información directa.

152 Hemos mencionado ya algo de los antecedentes históricos de la figura del Ombudsman, en el recorrido que hemos hecho a través del derecho comparado, que en España adopta el nombre de Defensor del Pueblo. Desde una perspectiva histórica, debido a la similitud de funciones, en el capítulo sobre derecho comparado hemos señalado a personajes similares, como la del Protector de los Naturales, figura que podría considerarse como un posible remoto referente para el caso de la zona geográfica a la cual pertenece el Ecuador. Otros autores, como por ejemplo en el caso de México, han señalado a la Procuraduría de Pobres, creada en 1947; o a los Personeros Municipales en Colombia; el *Tucuyricuy* ('el que todo lo ve') durante los siglos XI al XVI en el Imperio Inca en el Perú, etc., como contrapartes y antecedentes históricos de la figura actual.

153 Carta Democrática de Portugal de 25 de abril de 1976, posteriormente reformada el 24 de septiembre de 1982. El Promotor de Justicia de Portugal se instituye mediante decreto-ley 212/1975 del 21 de abril, constitucionalizado en el artículo 24 de la Carta Democrática de 25 de abril de 1976 y posteriormente reformada el 24 de septiembre de 1982, sin cambios en el artículo 23 que dispone: “Los ciudadanos pueden presentar quejas por acciones u omisiones de los poderes públicos al Promotor de la Justicia, quien las apreciará sin facultades decisorias, dirigiendo a los órganos competentes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias [...] con el fin de asegurar la justicia y la legalidad de la Administración a través de medios carentes de formalidades [...] mediante la fiscalización inmediata o la preparación de reformas”. Su finalidad principal es la de “garantizar las libertades fundamentales establecidas en favor de los ciudadanos mediante el control de la Administración pública”.

154 Jorge Santistevan de Noriega: “El Defensor del Pueblo en Iberoamérica”, en Antonio Rovira Viñas (dir.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2002, p. 945.

américa como preocupación intelectual antes que como creación constitucional” y se refiere a dos períodos: el primero entre los años cincuenta y ochenta, vinculado al Derecho Administrativo, en el cual se conoce a la figura jurídica del Ombudsman a través de la promoción en el ambiente académico e intelectual,¹⁵⁵ como una institución encargada de controlar los actos administrativos; y el segundo, a fines del siglo XX, vinculado al derecho constitucional a través de las experiencias directas de Portugal y de España para promocionar la defensa de los derechos humanos.

Sin embargo, antes de la adopción de la figura del Ombudsman en Portugal y España, señala que Guyana (1966) y Trinidad y Tobago (1976) lo incorporan constitucionalmente gracias a la gestión de la Comisión Internacional de Juristas y la influencia de Nueva Zelanda y los países de la Mancomunidad Británica.¹⁵⁶ Puerto Rico también se suma a los países promotores con un modelo semejante al anglosajón: el Procurador del Ciudadano o Magistrado del Pueblo se crea mediante la ley nº 134 de 30 de junio de 1977, enmendada por la ley nº 6 del 16 de mayo de 1987, con “el mandato de investigar los actos de las agencias de Estado e incidencia en la supervisión de la prestación de servicios públicos a la población”; es nombrado por el Gobernador con el consentimiento de la mayoría del Congreso y su actividad está más vinculada al derecho administrativo, aunque cabe señalar un interés reciente en la reivindicación de los derechos fundamentales.¹⁵⁷

Al decir de Camargo e Gomes,¹⁵⁸ también citado por Santistevan de Noriega:

Desde el punto de vista de una perspectiva evolutiva de la institución, la innovación portuguesa más significativa [...] se refiere a la tutela privilegiada de los derechos humanos, hasta entonces no consignada en el ámbito de competencia de los Ombudsman.¹⁵⁹

Esta característica especial que adoptan ambos Ombudsman responde a las condiciones históricas concretas de ambos países. En Portugal, la Revolución de Abril que puso fin a la dictadura de Salazar y dio lugar a la Constitución de 1976, y en España, tras la muerte de Franco, en el inicio de los Pac-

155 Héctor Fix-Zamudio, “Garantía de los derechos. Control judicial, amparo, Ombudsman La protección jurídica de los derechos humanos en Latinoamérica: hábeas corpus, amparo y Ombudsman”, en *El Derecho Público de Finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Fundación BBV, Madrid, 1993, pp. 601-633. Véase el cap. 3, “Instituto Internacional y Latinoamericano del Ombudsman”.

156 Jamaica podría incluirse también dentro de este grupo, regulada por el sistema anglosajón.

157 FIO, IV Congreso de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, San Juan de Puerto Rico, diciembre 2001, apoyo solicitado por el Magistrado del Pueblo referente a la isla de Vieques.

158 Manuel Eduardo Camargo E Gomes: “Do Instituto do Ombudsman à Constituição das Ouvidourias públicas no Brasil”, en Rubens Ponto Lara: *A Ouvidoria na Esfera Pública Brasileira*, Curitiba, 2000, p. 57.

159 Santistevan de Noriega: art. cit., p. 949.

tos de la Moncloa y la consolidación de la Constitución de 1978, marcan un proceso hacia la transición democrática que a su juicio son también “una significativa coincidencia con la democratización que buscan las sociedades iberoamericanas a partir de los setenta”.¹⁶⁰

Entonces, al igual que el modelo español y el portugués que se toman como referencia, el surgimiento de la institución del Ombudsman en la mayoría de los países de América Latina supera la responsabilidad inicial de controlar los casos de mala administración, si bien las motivaciones iniciales de la expansión del intervencionismo estatal eran ya una inquietud presente en los gobiernos, tratadistas e intelectuales del derecho¹⁶¹ y que podía parecer ya clara también en nuestro continente. Sin embargo, ésta no fue una inquietud de primer orden en el momento histórico concreto. Su adopción se hizo reconociendo la mayor importancia que éste adquiere como un órgano de control en el nivel constitucional, como un órgano autónomo cuya jerarquía requiere de la reglamentación en una ley orgánica que defina sus facultades para afrontar los hechos que protagonizan la problemática social concreta de cada país, manifiesta en necesidades apremiantes como el respeto de los derechos económicos, sociales, culturales, medioambientales, de género, de los pueblos indígenas y de grupos sociales minoritarios, débiles o desfavorecidos, los derechos de los consumidores, la acción pública, demandas populares, los intereses colectivos, comunales, difusos, de integración, globalización, de mercado, de privatización, el impacto de las transnacionales, el intervencionismo, la migración masiva, las drogas, la guerrilla, el populismo, etc.

Visto este periodo de transición como marco de adopción de la institución defensorial, Santiestevan de Noriega distingue cinco grupos de países¹⁶² que por sus condiciones similares definen las peculiaridades del Ombudsman en Latinoamérica. Por su parte, Fix-Zamudio, en su análisis del derecho latinoamericano, menciona ya como un “primer paso dirigido a la posibilidad de crear la institución en Latinoamérica, [...] la introducción de instrumentos paralelos, tales como las procuradurías del Consumidor en los ordenamientos de Venezuela (1974), Costa Rica (1976) y en México (1976)” y las facultades limitadas de tutela de los administrados que también se ha confiado al ministerio público, a través de la recepción e investigación de reclamaciones, en su carácter de representante de los intereses sociales. En este sentido alude a “la reforma constitucional colombiana de 1979 [...] y a la ley orgánica expedida en México en 1983, que atribuyeron dichas funciones a la

160 Ibidem.

161 Las referencias constan como antecedentes a la aparición del Ombudsman en la cronología que se hace respecto a cada país.

162 Ibidem, pp. 951-958: a) Argentina y Colombia; b) México y Brasil; c) Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; d) Chile, Uruguay, Paraguay y República Dominicana; y e) Haití.

Procuraduría General de la Nación o de la República, respectivamente. Una segunda etapa ha consistido en la consagración de organismos de fiscalización administrativa de acuerdo con el modelo del ombudsman en legislaciones de carácter local, en especial con ámbito municipal": Colima (1984) y Buenos Aires (1986).

Finalmente, toda esta evolución ha desembocado en el establecimiento de dos procuradurías de los Derechos Humanos, la primera en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Costa Rica, expedida en 1982 como una dependencia específica de este organismo; y la segunda, en la Constitución guatemalteca de 1985.¹⁶³

Un diagnóstico general de la región en la década de los setenta y ochenta permite visualizar un proceso de paz y de consolidación de la democracia después de varios años de dictadura y de gobiernos autoritarios. El Ombudsman se presenta como la institución afín, creada, al decir del comisionado de Honduras, Leo Valladares Lanza, no para reemplazar las instituciones del orden jurídico existente, pero sí para actuar como un complemento y hacer que éstas cumplan con su deber.¹⁶⁴ En esta dialéctica, el defensor debe crecer conjuntamente con el pueblo y responder a nuevos retos, distintos y muy propios de la realidad latinoamericana, donde se pensaba sobre todo que, de repetirse gobiernos dictatoriales y autoritarios, la institución del Ombudsman o del Defensor del Pueblo sobreviviría para que los Parlamentos pudieran cumplir con la misión de resguardo de tales derechos. Surge así una figura con características propias, producto del mestizaje, un *ombudsman criollo*, como lo ha llamado el mexicano Jorge Madrazo.¹⁶⁵

6.1. México

Siguiendo un orden geográfico de disposición de los países, de norte a sur del continente, tenemos en primer lugar a México. Allí, la inquietud por conocer y estudiar la figura del Ombudsman tiene una larga trayectoria, sobre todo en los círculos intelectuales¹⁶⁶ y académicos. Son conocidos los trabajos del Prof. Héctor Fix-Zamudio,¹⁶⁷ quien veía que el interés mostrado por los juristas

163 Héctor Fix-Zamudio: "Posibilidad del Ombudsman en el derecho latinoamericano", en *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la Institución del Ombudsman en Suecia*, UNAM, México, 1986, pp. 51-52.

164 Leo Valladares Lanza: "The challenges facing the Ombudsman in Latin America", en Reif, o. cit., pp. 159-165.

165 Jorge Madrazo: *El Ombudsman criollo*, Academia Mexicana de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF, 1996.

166 Lucio Cabrera Acevedo: "Una forma política de control constitucional. El comisionado parlamentario de Escandinavia", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, nº 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580.

167 Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, miembro de El Colegio Nacional. Entre sus obras cuentan: "Reflexiones comparativas sobre el ombudsman", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1979, México, 1980, pp. 99-149; "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos", en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 263-273; y "La solución escandinava: el ombudsman", capítulo VI en *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 281-344.

latinoamericanos y la presentación de varios proyectos “tanto de carácter constitucional como legislativo”, ya para entonces mostraba la tendencia de que la figura del Ombudsman se incrementaría “inclusive con la consagración incipiente de la institución, [...] ésta lograría en poco tiempo, el propósito —que es ineludible por el crecimiento desorbitado e irreversible de la administración pública en el moderno Estado de derecho social—”.¹⁶⁸ En 1973, el Fondo de Cultura Económica, publicó por primera vez en castellano la obra de Donald Rowat¹⁶⁹ con el prólogo del tratadista mexicano Daniel Escalante.

Como institución paralela encargada de vigilar la observancia de los principios de constitucionalidad y de legalidad, sin perjuicio de las facultades que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas, está la Procuraduría General de la República Mexicana, promulgada el 17 de noviembre de 1983. Dentro de la función de vigilancia dispone que, cuando los particulares presenten al Ministerio Público quejas por actos de otras autoridades que no constituyan delitos del orden federal, el Procurador General pondrá en conocimiento de la autoridad a la que compete resolver, orientando al interesado sobre la vía que legalmente corresponda.¹⁷⁰ Los tratadistas que han analizado estas atribuciones “consideran que se trata de una función similar a la del *ombudsman*, aun cuando en México carezca de autonomía funcional” (depende en forma directa del Presidente de la República, quien designa y remueve a su titular), “y además no le compete formular dictámenes para proponer soluciones a las autoridades respectivas ni tampoco elaborar informes periódicos sobre las reclamaciones que se proponen y los resultados de sus gestiones”.¹⁷¹ Sin embargo, “en este interés aflora el germen de lo que pudiera ser, con las modalidades y correcciones que las circunstancias y la experiencia exijan, un *ombudsman* mexicano”.¹⁷²

Algunos otros antecedentes que merecen ser citados son la creación de la Ley Federal de Protección al Consumidor, del 19 de diciembre de 1975, y la ya mencionada Procuraduría Federal del Consumidor, creada en 1976. Este organismo con personalidad jurídica y patrimonio propio fue establecido para promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora y fiscalizar las actividades de los proveedores de bienes y servicios en beneficio de los consumidores, y sólo excepcionalmente actuar frente a las autoridades administrativas,¹⁷³ el artículo 66 de la ley, reformado por decreto publicado el 7 de fe-

168 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 35.

169 Rowat: *El Ombudsman...*, o. cit., 1973.

170 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República Mexicana, artículos 2, I y 3, III.

171 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 46.

172 Sergio García Ramírez: “La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, citado por Héctor Fix-Zamudio: *La Defensoría de los derechos universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, UNAM, México, 1986, p. 46.

173 José Ovalle Favela: “Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México”, en *Estudios de derecho procesal*, México, UNAM, 1981, pp. 253-279.

brero de 1985, establece que el Procurador, “para los efectos de las funciones que le atribuye esta ley, podrá emplear los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta el importe de cien veces el salario mínimo general diario correspondiente al Distrito Federal [...] II. El auxilio de la fuerza pública. Si fuere insuficiente el apremio se procederá contra el rebelde por el delito en contra de la autoridad”. Su máximo funcionario es el Procurador Federal designado y removido libremente por el Presidente de la República.¹⁷⁴

Además existe el Defensor de los Derechos Universitarios, aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985, para atender quejas y reclamos de este sector. En el ámbito local existe también una primera iniciativa, presentada el 23 de diciembre de 1978 por el entonces gobernador del estado de Nuevo León, Pedro Zorrilla Martínez, para establecer una Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos. Luego, a nivel municipal se ha aprobado la creación del Procurador de Vecinos de Colima, de 21 de noviembre de 1983, e institucionalizado en la Ley Orgánica Municipal de 8 de diciembre de 1984. El Procurador es designado por el Cabildo a propuesta del Presidente Municipal y sus atribuciones incluyen aquellas propias del Ombudsman, como recibir e investigar quejas, proponer soluciones, emitir informes, etc. Posteriormente tenemos la Comisión del Estado de Guerrero, de 1990, y la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de Baja California, de 1991, también encargadas de tratar quejas sobre derechos humanos.

El 5 de junio de 1990, por decreto presidencial, en un acto calificado de histórico por cuanto recogió una demanda social, bajo la administración del presidente Salinas de Gortari se crea la Dirección Nacional de Derechos Humanos, dependiente de la Secretaría de Gobernación.

Dicha Comisión tenía una estructura peculiar en cuanto su titular era nombrado por el Presidente de la República y contaba con el auxilio de personal técnico y administrativo designado por el titular de dicha Comisión. Como una innovación del citado Decreto Presidencial, la Comisión se integraba también con un Consejo formado por diez miembros de carácter honorífico dotados de notorio prestigio moral y pertenecientes a las diversas corrientes políticas y de opinión, que estaba encargado de señalar las directrices y lineamientos generales de la actividad tutelar y de promoción de derechos humanos que correspondía a dicha Comisión.¹⁷⁵

Fue justamente esta característica la que posibilitó su difusión y el reconocimiento de su labor, manifiesta en varios proyectos y reformas legislativas, así como su posterior reconocimiento a nivel constitucional.

174 Héctor Fix-Zamudio (“Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 43) lo concibe por sus características dentro de la categoría de *executive ombudsman*, carente de verdadera autonomía funcional. Véase el capítulo III, Los Ombudsman sectoriales o especiales, el Ombudsman del Consumidor.

175 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., p. 629.

El 28 de enero de 1992 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, donde se adiciona el apartado B, que establece la necesidad de crear organismos de protección de los derechos humanos con capacidad de conocer las “quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor 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”. También se excepcionan las quejas referentes al orden electoral y se prevé la existencia de un mecanismo de apelación en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones que formulen a los organismos equivalentes de los Estados. El resultado de esta reforma constitucional fue la emisión de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), de 29 de julio de 1992, y el 12 de noviembre del mismo año su Reglamento Interno. Sin lugar a dudas, la misión fundamental de la institución del Comisionado mexicano también es la protección de los derechos humanos previstos en el orden jurídico mexicano; éstos son los derechos establecidos en la Constitución Federal, así como los tratados internacionales aprobados por el Estado.

Otras características propias que le competen son la “promoción, estudio y divulgación” de los derechos humanos, y la posibilidad de recurrir en queja, es decir, de utilizar una vía de impugnación a los acuerdos y las recomendaciones de la CNDH a pesar de que sus resoluciones no tienen carácter legal como para reconocer o negar derechos. El titular sigue siendo nombrado por el Presidente de la República, pero la designación se somete a la aprobación de la Cámara de Senadores y en sus recessos a la Comisión Permanente del Congreso Federal; la duración del cargo es de cuatro años reelegibles. Se mantiene el Consejo Asesor de diez personas, de las cuales por lo menos siete no deben tener cargos públicos. Nombradas por el Presidente, también con aprobación del Senado Federal, desempeñan sus cargos de manera honorífica.¹⁷⁶

El sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos se encuentra integrado por 33 instituciones; aparte de la Comisión Nacional, 31 relativas a los estados de la Federación tienen también carácter autónomo y sus titulares son propuestos por el Gobernador con la aprobación de la legislatura local, y en el Distrito Federal que tiene su propia ley orgánica, publicada el 23 de junio de 1993, el nombramiento de su titular le corresponde también el Presidente de la República con la aprobación de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. Actualmente este sistema de protección es el más grande del mundo; se encuentra funcionando plenamente y, como se señala en *El*

¹⁷⁶ Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de 29 de julio de 1992, artículos 9, 10, 11, 17 y 18; y Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) del 12 de noviembre del mismo año.

Cotidiano,¹⁷⁷ los logros jurídicos de la CNDH se han complementado con los avances en materia de comunicación social. Afirmaba el presidente fundador, Jorge Carpizo: “los que laboramos en la Comisión Nacional realizamos el cincuenta por ciento del trabajo; ustedes, al informar objetivamente y bien, hacen el otro cincuenta por ciento”.

6.2. Guatemala

Guatemala es el primer país en Centroamérica que instaura el Ombudsman en su Constitución. Como antecedente doctrinal inmediato podemos citar la obra de los tratadistas guatemaltecos Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez,¹⁷⁸ que influyó en el Congreso Constituyente que elaboró la carta expedida el 31 de mayo de 1985. Los autores citan, además, que en las Jornadas Constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados en mayo de 1984, se aceptó y se acordó recomendar la propuesta de Edgar Alfredo Balsells Tojo sobre la incorporación en la nueva Constitución de un organismo denominado *Procurador de los Derechos Humanos*¹⁷⁹ para evitar la constante violación de los derechos fundamentales y que pudiera “remediar y restablecer los propios derechos vulnerados”. El capítulo V, título VI (“De las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”), artículo 273, establece:

Comisión de Derechos Humanos y Procurador. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente periodo. Esta comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo.

El Procurador de los Derechos Humanos es un Comisionado del Congreso de la República cuyas funciones están reguladas en la ley del 1 de octubre de 1986, reformada posteriormente por decreto legislativo de 27 de mayo de 1978.¹⁸⁰ Aunque básicamente su nombramiento y funciones responden al mo-

177 Armando Alfonzo: “Los medios de comunicación social y la opinión pública: aliados imprescindibles del ombudsman”, en *El Cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, nº 63 julio-agosto, 1994, p. 81.

178 Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez: *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1984, pp. 191-196: “Se consagrará la figura del defensor del ciudadano, de acuerdo con la concepción clásica del ombudsman, es decir como delegado autónomo del Congreso, en su función complementaria de los procedimientos de control del poder público y en especial de la administración, con la doble finalidad de asegurar la adecuada actividad administrativa y tutelar de los derechos de las personas frente a la administración a través de un mecanismo sencillo, sin formalismos, expedito y sin facultades de revisión”.

179 Término con el cual se acuñó a los ombudsman o defensores del pueblo en El Salvador, Guatemala y Nicaragua.

180 De León Carpio, procurador de los Derechos Humanos, 1992, citado por Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., p. 627.

delo clásico y a la influencia española, como emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales, paradójicamente en el ámbito de su competencia se indica que se trata de una institución que se inspira en el Ombudsman; sin embargo, al mismo tiempo supone también la adopción de algunas competencias muy particulares como la legitimación activa, (artículo 275f) para promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente; y, sobre todo, la posibilidad de adoptar todo tipo de quejas relacionadas con la violación de los derechos humanos, ya sean aquellas imputables a la administración pública o a sus funcionarios, o aquellas que surgen de las relaciones entre particulares. Fix-Zamudio menciona que una función que debe destacarse “es la que consiste en actuar de oficio o a instancia de parte con la debida diligencia para que, durante el *régimen de excepción*, se garanticen a plenitud los derechos fundamentales, cuya vigencia no hubiere sido expresamente restringida (artículo 275)”.¹⁸¹ Esta es fundamentalmente la razón de ser del Procurador y la de su nombre.

6.3. Belice

En Belice nuevamente tenemos un Ombudsman como funcionario encargado de la defensa de los derechos humanos; esto se debe a que era un país de habla inglesa. A partir de las guerras civiles de Nicaragua, el Salvador y Guatemala, muchos refugiados se radicaron y nacionalizaron allí. Actualmente la mayoría de la población habla español y la configuración étnica es sumamente variada. La integración de estos varios grupos étnicos —hispanos, chinos, mayas, taiguaneSES, indús, criollos, menonitas, garífonos—, las influencias culturales externas y los procesos políticos y económicos propios son los principales desafíos que enfrenta la nación. En este proceso de integración no hay una definición clara del alcance de los derechos humanos y no deja de haber discriminaciones y reclamos a las concesiones estatales hechas a ciertos grupos étnicos.

La oficina del Defensor del Pueblo, Ombudsman, se institucionalizó a través de la Ley del Ombudsman (*Ombudsman Act.* n° 7-1994), cuya sección 22(1) señala:

[...] Si el Defensor del pueblo encuentra en sus investigaciones que por parte de funcionarios o miembros de cualquier autoridad que cometa violación a los derechos humanos, él referirá la materia a la persona o cuerpo de personas competentes, recomendará tomar procedimientos disciplinarios adecuados contra ese funcionario o miembro y en todos los casos un informe especial lo presentará ante la Asamblea Nacional.¹⁸²

181 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 50.

182 <www.codehuca.or.cr>.

El primer ombudsman fue nombrado el 8 de julio de 1999, año en el cual entró en vigencia la Ley. El *Ombudsman* en Belice es un funcionario del Parlamento con estatus de juez de la Corte Suprema; su misión, otorgada por la Asamblea Nacional, es la de vigilar la administración pero sin poder ejecutivo. Tiene la autoridad de revisar los expedientes dentro de los ministerios de Gobierno para investigar al personal administrativo y determinar si ellos están realizando correctamente su trabajo; puede seguir las quejas inclusive por iniciativa propia, pero la función más importante es indudablemente la educación y difusión de los derechos humanos, que no es competencia exclusiva de esta oficina sino de los organismos oficiales, escuelas y el resto de la sociedad civil, obligada a colaborar conjuntamente en su desarrollo.

6.4. El Salvador

En El Salvador, la Procuraduría de Derechos Humanos está vinculada directamente a los acuerdos de paz que se firmaron entre el Gobierno y el Frente Farabundo Martí para poner fin a la guerra civil, en la ciudad de México el 27 de abril de 1991. El apartado II, 1.c de dicho acuerdo propuso la creación del Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos, con la misión fundamental de defender los derechos humanos en todo el país y de “supervisar la actuación de la administración pública frente a las personas”. Este acuerdo dio lugar a diferentes modificaciones en los artículos 191 y 194 de la Constitución que se introdujeron mediante decreto legislativo de 31 de octubre de 1991. En relación con las competencias, el 20 de febrero de 1992 la Asamblea Legislativa aprobó la ley que la regula; el Procurador es elegido por la mayoría calificada de dos tercios de los diputados a la Asamblea Legislativa por un periodo de tres años reelegibles; al igual que su nombramiento, la destitución está a cargo de la misma Asamblea, con el mismo voto y sólo por causas legales, con lo cual se refuerza su independencia. En las capacidades que se le otorgan, no se hace ninguna diferenciación entre las quejas que se refieran a las violaciones cometidas por la administración o entre los particulares, y se le confiere la misma capacidad de interponer recursos judiciales o administrativos. Una característica especial es que tiene, además de la obligación de emitir informes y recomendaciones a la Asamblea Legislativa, la obligación de participar con sus criterios en los proyectos de Ley.

6.5. Honduras

Honduras también se vio afectada por las secuelas de la posguerra de los países vecinos, sobre todo al recibir a una gran cantidad de refugiados en los campamentos fronterizos. Respondiendo a estas necesidades y considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados

internacionales sobre la materia fueron ratificados por el Gobierno, con el auspicio de la Secretaría de las Naciones Unidas, incorpora al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos mediante decreto ejecutivo n° 26-92 del 8 de junio de 1992 y reformado por el decreto ejecutivo n° 51-92 del 8 de septiembre del mismo año, el cual fue elevado al rango de constitucional por decreto n° 2-95 de fecha 7 de febrero de 1995. La Ley Orgánica entró en vigencia en noviembre del mismo año.

6.6. Nicaragua

En Nicaragua, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) fue creada mediante la ley n° 212, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 7 del 10 de enero de 1996. La Procuraduría es un organismo independiente, con personería jurídica propia y autonomía funcional administrativa, a cargo de un Procurador y un Subprocurador, ambos electos por la Asamblea Nacional para un periodo de cinco años. Actualmente la institución se encuentra organizada en tres niveles: la Dirección Técnica Administrativa, compuesta por el Procurador, el Subprocurador, la Secretaría General, los Procuradores Especiales y Directores; el segundo nivel cuenta con las Procuradurías Especiales de la Niñez y Adolescencia, de la Mujer, Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas; y el tercero, con las Direcciones de Programación, organizadas en departamentos. Actualmente se ha creado además una oficina de atención a los inmigrantes.

6.7. Costa Rica

Costa Rica cuenta con una larga relación de antecedentes;¹⁸³ hemos citado ya la Ley de Protección y Defensa del Consumidor, del 28 de febrero de 1975 con reformas de 22 de septiembre de 1982. En el mes de noviembre de 1979, un grupo de diputados del Partido de Liberación Nacional presentó un proyecto de reforma a la Constitución de 1949 y propuso una adición al artículo 48 para regular el recurso de amparo, con la creación de un Defensor de los Derechos Humanos designado por las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa.¹⁸⁴ Independientemente, el 27 de septiembre de 1982 se promul-

183 Enrique Rojas: "El ombudsman, protector de ciudadanos frente a la administración pública y vigilancia de las libertades públicas", *Revista de Ciencias Jurídicas*, ensayos comparativos, n° 30, San José de Costa Rica, septiembre-diciembre de 1976, pp. 147-186; y Hugo Alfonso Muñoz Q. y Carlos Rivera B.: "El ombudsman (posibilidades de incorporarlo en Costa Rica)", en *Revista Jurídica de Costa Rica*, n° 10, diciembre de 1978, pp. 35-43.

184 Reforma a la Constitución de 1949, artículo 48, referente al recurso de amparo que propone la creación de un Defensor de los Derechos Humanos. "Exposición de motivos: Se impone crear en Costa Rica la figura que en otras democracias se llama *ombudsman*. La hace necesaria la urgente protección del individuo frente a la potestad pública. Ésta interviene cada vez más en la vida social. Téngase presente que este funcionario será en síntesis, un control de la tarea administrativa, ejercido por la sociedad a través de un órgano jurídico independiente, con amplios poderes de fiscalización: de ahí que el nombre de mediador se ha adoptado en Francia para designar al *ombudsman*, ya que es un mediador entre la administración pública y el administrado".

ga la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, mediante la cual se crea la Procuraduría de Defensa de los Derechos Humanos en el seno de la Procuraduría General. Ésta define a la institución como un órgano superior consultivo técnico de la administración pública y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia, con independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones.

La ley dispone la elección de dieciocho procuradores sectoriales o especializados, entre los cuales uno era el Procurador para los Derechos Humanos. El Procurador General es designado por el Consejo de Gobierno, pero su nombramiento deberá ser ratificado por la Asamblea Legislativa; está adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia, del que depende administrativa y presupuestariamente. La función esencial del Procurador es la de defender los derechos humanos de los habitantes de la República, a través de las investigaciones que considere pertinentes. Para ello recibirá las denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios o autoridades administrativas o de policía. En el ejercicio de sus funciones, podrá inspeccionar oficinas públicas sin previo aviso y requerir de ellas documentos e informaciones necesarias para el adecuado cumplimiento de sus actividades de control. El entonces procurador general, Hugo Alfonso Muñoz, señaló que la creación de la Procuraduría de Defensa de los Derechos Humanos “representaba un esfuerzo del Estado costarricense en cuanto a la protección de las libertades fundamentales, y por ello debía considerarse como órgano único en América Latina”.¹⁸⁵

En 1985 se lleva a cabo en San José un seminario con la participación de varios expertos para, entre otros temas, tratar de incorporar o adaptar la figura original del Defensor del Pueblo en la legislación y en el contexto de las instituciones del país. En la gaceta del 4 de abril de 1986 se publicó un proyecto de ley que en junio de 1987 obtuvo el dictamen favorable de la mayoría de miembros de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, pero que no llegó a obtener la aprobación definitiva del Poder Legislativo. En 1991 se lleva a cabo una consulta legislativa que, aunque resuelve sobre la constitucionalidad del Defensor, anula otros artículos estratégicos de gran importancia para que éste ejerza el cargo con verdadera amplitud y apego total a la figura clásica del Ombudsman; se le niega la inmunidad, se le limita el acceso a los documentos públicos y a hacer comparecer a los participantes, puesto que se entiende que al otorgarle al Defensor “la condición de parte obligada en las investigaciones a cargo de la Inspección Judicial” se le permite interferir en el ejercicio de ésta y se infringe “la independencia constitucional del Poder Judicial”.

Al amparo de lo dispuesto en la Constitución vigente, artículo 140.3, la ley n° 7319 del 17 de noviembre de 1992, publicada en la gaceta del 10 de di-

185 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 49.

ciembre del mismo año, se instituye, adscrito y elegido por la Asamblea Legislativa, el Defensor de los Habitantes de la República de Costa Rica, nominándolo así porque se entendía que en su ámbito protector quedaban incluidos nacionales y extranjeros. El Ombudsman nacional se configura con un notable carácter de generalidad para defender los derechos e intereses de los habitantes. Entre las funciones que se le encomiendan están el velar por que “el funcionamiento del sector público” respete “los principios generales del derecho”, la Constitución, las leyes, los tratados y pactos suscritos por el Gobierno y se ajuste en su actuación “a “la moral y a la justicia”; divulgar los derechos de los habitantes, así como también las demás competencias plenamente conocidas y atribuidas a los Ombudsman.

6.8. Panamá

En Panamá también podemos citar algunos antecedentes a la creación del Defensor del Pueblo actual. En 1990, como resultado de la Legislación de Ejecución del Tratado del Canal de Panamá, se crea el Ombudsman de la Comisión del Canal. En el mismo año, mediante decreto 107, el Tribunal Electoral de la República de Panamá pone en funcionamiento la Dirección de Investigaciones Administrativas, a cuyo funcionario a cargo se denominó *Ombudsman*. Su misión principal era velar por el cumplimiento de las normas administrativas de la institución y proteger los derechos de los ciudadanos. En el campo académico¹⁸⁶ surgen varios estudios realizados durante la década de 1980, en los que se promueve la adopción de la figura del Ombudsman. Con estos antecedentes, en 1992 se presentó un proyecto de reformas constitucionales que no llegaron a ser aprobadas; una de las propuestas fue la de establecer la figura del *Tribuno del Pueblo*, quien tendría entre sus facultades la atribución de decidir si debían ser aceptadas las denuncias promovidas en contra del Procurador General de la República y del Procurador de la Administración. En 1995 se creó una Comisión Presidencial, mediante decreto ejecutivo nº 172 de 27 de abril de 1995, conformada por destacados miembros de organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos interesados en la defensa y promoción de los derechos humanos, tanto nacionales como extranjeros, la cual tenía como meta promover la creación de la Defensoría del Pueblo. En este proceso de consultas fue de gran importancia el respaldo recibido por los Defensores del Pueblo de Centroamérica, Argentina, Puerto Rico, Colombia y España, además de los representantes del Instituto Latinoamericano y Europeo del Ombudsman y de la UNESCO.

Esta Comisión presentó un anteproyecto (ley nº 43), el cual fue ampliamente discutido y finalmente aprobado por la Asamblea Legislativa. Mediante

¹⁸⁶ Ricardo Ballard: *El Ombudsman parlamentario de la Administración*, 1982; y Arlene Jones: *El Ombudsman, contralor jurídico de la democracia*, 1983.

ley nº 7 de 5 de febrero de 1997 se creó la Defensoría del Pueblo en la República de Panamá; ésta se constituye como una institución independiente de toda persona, autoridad u órgano del Estado, “con plena autonomía funcional, administrativa y financiera”, según lo establece el artículo 1 de la ley. Su primerísima misión es proteger los derechos establecidos en el título III y demás derechos consagrados en la Constitución Política de la República de Panamá, así como los derechos contenidos en los convenios internacionales de derechos humanos y en la leyes de la República; para lo cual puede inquirir sobre actos, hechos u omisiones de la administración pública —incluyendo como tal al órgano ejecutivo, los gobiernos locales y la fuerza pública— que pudiesen haberse realizado irregularmente; además, puede investigar y denunciar hechos, actos u omisiones de las empresas públicas, mixtas o privadas, personas naturales o jurídicas, que desarrollen un servicio público por concesión o autorización administrativa, así como recomendar anteproyectos de la ley en materia de su competencia, y promover ante la autoridad respectiva que se subsanen las condiciones que provocaron la queja. Según se establece en el artículo 36 y subsiguientes, el Defensor debe presentar durante los primeros seis meses de cada año el informe anual y está facultado para presentar informes especiales cuando lo considere conveniente. Según el numeral 2 del artículo 6 de la ley, la Asamblea Legislativa lo elige mediante votación por mayoría absoluta de sus miembros (la mitad más uno). Asimismo, el artículo 10 de dicha ley establece que el Defensor del Pueblo “tendrá las consideraciones de alta autoridad del Estado”. El artículo 24 dispone: “La Defensoría del Pueblo podrá intervenir de oficio o a instancia del interesado”.

Pese a haberse establecido hace ya cuatro años, la Defensoría del Pueblo todavía presenta una imagen de institución no consolidada, con serias limitaciones para la solución de conflictos con el Estado y una débil incidencia en el trabajo de Derechos Humanos local. Pese a todas sus críticas, la Sociedad Civil alberga aún la posibilidad de una transformación radical en el contenido y metodología de la Defensoría del Pueblo de Panamá, que contribuya decididamente a la defensa y promoción de los Derechos Humanos. De allí sus recomendaciones: Consideramos sumamente importante la invitación de la Defensoría del Pueblo de Panamá a un diálogo e intercambio de experiencias con la Sociedad Civil, sobre todo con las organizaciones que trabajan el área de los Derechos Humanos, siempre que éste se dé desde posiciones de respeto, de apoyo real y apuntando en la dirección de los problemas fundamentales que propician la violación de los Derechos Humanos en nuestro país. Es necesario reformar la ley para darle más independencia a la institución de parte del órgano legislativo.¹⁸⁷

187 www.codehuca.or.cr.

6.9. República Dominicana

Entre las islas del Caribe tenemos a la República Dominicana, donde la institución del Ombudsman fue creada por decisión-ley en el año 2001.

6.10. Haití

Respecto a Haití, a pesar de la influencia francesa, el país optó por seguir el modelo del Defensor del Ciudadano de la provincia de Quebec (Canadá), que protege a todo ciudadano contra los abusos de la administración pública.¹⁸⁸

6.11. Cuba

En Cuba, según la información recopilada por Santistevan de Noriega, existe ya un interés intelectual en el tema.¹⁸⁹

6.12. Venezuela

Como antecedentes doctrinales para el surgimiento de la figura del Defensor del Pueblo de Venezuela podríamos citar, en primer lugar, el análisis comparativo realizado por el constitucionalista Humberto J. La Roche,¹⁹⁰ luego, el primer evento latinoamericano con el objetivo de lograr la implantación de la institución: el Primer Coloquio sobre el Proyecto “Ombudsman para la América Latina”, llevado a cabo del 2 al 4 de junio de 1983 en la ciudad de Caracas. Gracias al impulso que dio la Comisión Andina de Juristas,¹⁹¹ los defensores de Venezuela, al igual que de Perú, fueron nombrados en medio de cambios constitucionales de gobiernos con carácter autoritario. El 15 de diciembre de 1999 el pueblo de Venezuela, mediante referendo constituyente, aprobó la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual fue proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de diciembre del mismo año. Según el artículo 280:

[...] la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos. La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor o Defensora del Pueblo, quien será designado o designada por un único período de siete años [...] por la Asamblea Nacio-

188 Constitución de la República de Haití, artículo 207.

189 Santistevan de Noriega: art. cit., p. 945.

190 Humberto J. La Roche: “El Ombudsman en los países nórdicos y el caso de Venezuela”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia*, nº 19, Maracaibo, 1967, pp. 9-60.

nal mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, según lo establecido en el artículo 279 de la Constitución de la República.¹⁹²

6.13. Colombia

Colombia es quizás uno de los países en Latinoamérica con más antecedentes respecto a esta figura; ya en 1885 hubo una iniciativa de crear un *Poder Cooperativo* para velar por los derechos individuales. En la Constitución de 1886, el tratamiento que se le dio al Ministerio Público fue de tal importancia, que su campo de acción no tenía equivalente ni en Europa ni en América Latina. En 1958 se manifestaba el conocimiento de la “moderna institución del Ombudsman”.¹⁹³ En 1964, por iniciativa del presidente del Senado, se propuso la creación del *Procurador del Congreso para la Administración*. En 1976 se propuso un proyecto que creaba la Proveeduría de la Administración; éstas entre otras muchas iniciativas, como la de las reformas a la Constitución de 1886, de diciembre de 1979, con las cuales se pretendió modificar los artículos 142 y 143 como un intento por conferir al Ministerio Público las facultades de defender los derechos humanos y la efectividad de las garantías sociales de los gobernados.

Sin embargo, estas reformas no pudieron llevarse a cabo en virtud de la extensa sentencia pronunciada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de Colombia con fecha 3 de noviembre de 1981, por la cual se [las] declaró inexequibles.¹⁹⁴

La más notable es la experiencia de la Consejería de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, que es el antecedente más cercano del actual Defensor del Pueblo colombiano. Finalmente, en la Asamblea Constituyente que diseñó la Carta de Derechos de 1991, se crea la Defensoría del Pueblo colombiana, que inicia sus funciones en 1992 como parte del Ministerio Público, bajo la dirección del Procurador General de la Nación, como reza el artículo 281 de la Constitución:

El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.

191 Comisión Andina de Juristas: *Defensorías del Pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*, coordinación con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Lima, 2001.

192 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, capítulo II, artículo 16.

193 Enrique Alexis González Parales: “Sobre el Defensor del Pueblo en Colombia”, fotocopia s/f.

194 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 45.

La principal función que se le encomienda es la defensa y la divulgación de los derechos humanos; además, se lo legitima en asuntos de su competencia para interponer acciones populares ante los tribunales y se le reconoce la iniciativa legislativa para presentar proyectos de ley.

Al igual que en el caso de México, el Defensor colombiano técnicamente no es completamente independiente; la estructura constitucional colombiana es compleja y al mismo tiempo contradictoria cuando señala su dependencia de la Procuraduría y al mismo tiempo prevé que la elección del Procurador se hará por medio de la Cámara de Representantes. Sin embargo, esta disposición singular y las competencias otorgadas por la Constitución, “son el marco lógico de actuación de la Defensoría en medio del conflicto” que vive el país, lo cual se “logra mediante las siguientes acciones integradas: 1) aprendizaje de Derechos Humanos, 2) realización e impulso de Derechos Humanos, y 3) defensa y protección de Derechos Humanos”.

Defender y hacer cumplir los Derechos Humanos, no es fácil en una situación como la colombiana. Ello obliga a la Defensoría del Pueblo a estar atenta ante todas las dinámicas del conflicto y ante los desarrollos de los problemas sociales, políticos, y económicos, procurando reflexionar continuamente sobre las exigencias que demanda el país.¹⁹⁵

Actualmente, la Defensoría del Pueblo colombiana se encuentra funcionando en plenitud; cuenta con varias dependencias como la de Asuntos Constitucionales y Legales; Atención y Trámite de Quejas; Coordinación de Atención al Desplazamiento; Dirección de Promoción y Divulgación; Recursos y Acciones Judiciales; Participación Ciudadana; Indígenas y Minorías Étnicas; Delegada para la Comunicación, la Información y Apoyo a los Asuntos del Despacho, Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria, Delegada para la Niñez, la Juventud y los Ancianos; Derechos Colectivos y de Medio Ambiente; Defensoría Pública, Derechos Sociales, Culturales y Económicos. Administrativamente cuenta con 10 organismos regionales y 15 seccionales.

6.14. Brasil

En el Brasil, la idea de adoptar la figura del Ombudsman también ha tardado en cuajarse en la transición democrática por razonamientos de tipo político, al igual que en otros países de la región. Brasil vivió un largo golpe militar de 1964 a 1985, periodo en el cual se elaboró la constitución de 1967 y los derechos y garantías individuales fueron restringidos. La Constitución de 1988 representa en el campo de los derechos humanos un avance impor-

195 <www.defensoria.org.co>

tante; reconoce por primera vez, por ejemplo, que no son sólo los individuos, sino también los grupos, los que tienen derechos. La Constitución contempla, asimismo, seis acciones de garantía para proteger los derechos personales amenazados: el habeas corpus,¹⁹⁶ el mandato de seguridad (*segurança*) o de amparo,¹⁹⁷ el mandato de seguridad colectiva,¹⁹⁸ el mandato de interdicto (*injunção*)¹⁹⁹, el habeas data²⁰⁰ y la acción popular.²⁰¹

Como otro antecedente, podemos citar el intento, en las postrimerías del gobierno de Figueiredo, de crear la Procuraduría General del Pueblo, “encargada de investigar las violaciones a la Ley y preservar los derechos fundamentales del ciudadano”.²⁰² Posteriormente, el senador Marciel presentó la propuesta de crear el cargo de Oidor General (*Ouvidor Geral*) para la protección de los ciudadanos contra las acciones y omisiones de la administración contrarias a sus intereses, pero desgraciadamente la idea no fue acogida y poco a poco fue perdiéndose. Sin embargo, se retomó en 1985, siendo Marciel ministro en el gobierno de Sarney, y se logró darle un impulso al crear, el 24 de julio de 1985 el Consejo Nacional de Defensa del Consumidor.

A pesar de que Brasil presenta diferentes “modalidades” de tipo administrativo, más bien incorporadas al Poder Ejecutivo²⁰³ en el proceso de transición democrática, éstas no dejan de ser afines a las del Ombudsman del resto de países de América Latina. “La Procuraduría de la República brasileña

196 <www.cidh.oas.org>: “El habeas corpus es el más antiguo de los instrumentos de protección. Este instrumento es una acción constitucional que se concede cuando alguien sufre o se encuentra amenazado de sufrir violencia o coacción a su derecho de libre circulación, por ilegalidad o abuso de poder”.

197 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., p. 608. “El citado mandato procede especialmente contra los actos administrativos de cualquier autoridad, que afecten los derechos de los gobernados y sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio, tampoco puede interponerse contra de las disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, ya que solamente pueden combatirse los actos o resoluciones que se apoyan en dichos ordenamientos”.

198 Ibídem, p. 608, artículo 5, fracción LXX: “se califica de colectivo, ya que puede ser interpuesto por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, o bien por organizaciones sindicales, entidades de clase, o asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año en la defensa de los intereses de sus miembros o asociados”.

199 Ibídem, p. 609: “El citado medio de impugnación procede cuando la ausencia de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas relacionadas con la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, lo que significa que se trata de un instrumento para superar la omisión en que incurre una autoridad que tiene la obligación de dictar disposiciones reglamentarias, por lo que se aproxima en cierto modo a la función del *mandamus* del mismo derecho anglosajón”.

200 Ibídem, p. 609: “Instrumento que procede para lograr el conocimiento de informaciones relativas al promovente y que consten en registros o bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificación de datos, cuando el afectado no prefiera hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo”.

201 <www.cidh.oas.org>: “La ‘acción popular’ permite que cualquier ciudadano sea parte legítima para interponer una acción popular que se proponga anular un acto [administrativo] lesivo del patrimonio público o el de una entidad en la que el Estado participe, la moralidad administrativa, el medio ambiente y el patrimonio histórico-cultural. El autor, salvo que se compruebe su mala fe, queda exento del pago de costas judiciales. Esta medida es extremadamente importante, pues con la posibilidad de anulación de cualquier acto lesivo a la moralidad administrativa, se introduce el examen del mérito de los actos administrativos por parte del Poder Judicial”.

202 Celso Barroso Leite: Ponencia presentada ante el Primer Simposium Latinoamericano del Ombudsman, mimeo, Buenos Aires, 1985.

203 Camargo e Gomes: art. cit., p. 93.

(ley nº 75, de 20 de mayo de 1993) tiene atribución para el ejercicio de acciones de interés público que en algunos casos podría subsumir la actividad del ombudsman”.²⁰⁴ Como un mecanismo de participación ciudadana en el control de la gestión pública, en algunos estados como São Paulo, Paraná, Ceará, Espírito Santo y Mato Grosso do Sul; algunos municipios como Curitiba y Santos, empresas públicas, centros de enseñanza superior, sistemas penitenciarios y policía,²⁰⁵ se han creado las *Ovidurias*, a las cuales les compete “—a juicio de uno de los *Ovidores*— analizar las situaciones de riesgo de los derechos humanos, emitiendo recomendaciones al respecto y defendiendo a los grupos más vulnerables de la sociedad”.²⁰⁶

6.15. Perú

En el Perú,²⁰⁷ la institución del Defensor del Pueblo se configura a partir de la nueva Constitución ratificada mediante referéndum el 31 de octubre de 1993. En el régimen constitucional anterior, el artículo 250.4 encomendaba al Ministerio Público “actuar como defensor del pueblo ante la administración pública”, y la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, de marzo 16 de 1981, le atribuía la obligación de “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 políticas sin interferir en lo que es propio de estos mandos”. Además, el reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa de 1989, artículo 3 j, establecía los derechos de los usuarios de “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”; es decir, que con esta referencia al Defensor le confiaba al Ministerio Público²⁰⁸ las funciones de defensa de los derechos que hoy tiene a cargo el Defensor del Pueblo.

Los artículos 161 y 162 de la nueva Constitución de la República del Perú configuran la institución del Defensor del Pueblo con todos los rasgos

204 Santistevan de Noriega: art. cit., p. 955.

205 <www.alfa-redi.org/>; Ministerio de Justicia, Secretaría de Estado de Derechos Humanos, *Foro Nacional de Ovidores de Policía*.

206 João Elias De Oliveira: “A ouvidoria do Estado de Paraná”, citado por Santistevan de Noriega: art. cit., p. 955.

207 Gil Robles y Gil Delgado: art. cit., p. 66. En su estudio, el autor opta por una clasificación con efectos meramente orientativos, “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”. En este sentido estima que el Perú requiere de un tratamiento y consideración particulares, pese a entrar en el primer grupo de países que ya tienen en marcha la institución, con previsión constitucional, puesto que “alberga serias dudas sobre el contexto realmente democrático del actual régimen político peruanos surgido de un golpe de estado”.

208 Raquel Álvarez Díaz, citada por Gil Robles y Gil Delgado: art. cit., p. 72. “En el mismo año el propio Fiscal de la Nación creó fiscalías especiales de defensorías del pueblo y derechos humanos en determinados distritos judiciales del Perú”.

esenciales de la institución clásica del Ombudsman. Es el Poder Legislativo el que lo elige y puede removerlo con el voto de dos tercios de su número legal, con carácter de autónomo; su mandato dura cinco años y no recibe mandato imperativo; además se le atribuye la obligación de defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como de supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Es una magistratura de persuasión que recibe directamente las quejas de los ciudadanos y que actúa a través de recomendaciones e informes. De conformidad a los artículos 161 y 162 de la Constitución Política del Perú, se aprobó la ley nº 26.520, de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que data de 1995; su artículo 9, inciso 7, confiere al Defensor la facultad de dictar los Reglamentos que requiera para el cumplimiento de sus funciones; con resolución defensorial nº 007-96/DP de 4 de septiembre de 1996 fue aprobado el actual Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo.

6.16. Bolivia

En Bolivia la figura del Defensor del Pueblo también se institucionaliza por primera vez en un Ombudsman municipal creado por el Concejo de Santa Cruz en marzo de 1992. Sin embargo, existen también varios antecedentes que denotan el interés por difundir el conocimiento de la institución a través de seminarios, publicaciones y simposios, como el Seminario Regional sobre “Ombudsman, democracia y derechos humanos” auspiciado por el Instituto Iberoamericano del Defensor del Pueblo, Capítulo Boliviano, en la Paz, en octubre de 1991. En 1992, el Consejo Nacional de Reforma y Modernización del Poder Judicial da a conocer el anteproyecto de Ley del Defensor del Pueblo, que contempla a un Defensor electo por el Legislativo con competencia para investigar la corrupción y la “facultad de intervenir cuando los actos administrativos de autoridades y/o servidores públicos de entidades estatales, civiles, militares, policiales, de servicio público o en las que tenga participación el Estado, vayan contra las leyes, disposiciones u obligaciones referentes al cargo, que afecten intereses o derechos de las personas o de la sociedad”, aunque excepciona a los miembros del Poder Judicial.

Finalmente, con la modificación constitucional de 1994 y de acuerdo con el artículo 128, el Congreso Nacional boliviano elige al Defensor del Pueblo conforme al texto original de 1967, con dos tercios de votos de los miembros presentes. Éste desempeña sus funciones por un período de cinco años y puede ser reelecto una sola vez; no podrá ser enjuiciado, perseguido ni detenido por causa del ejercicio de sus funciones, salvo la comisión de delitos. Para ejercer las funciones de Defensor del Pueblo se requiere tener como mínimo treinta y cinco años de

edad y las condiciones que establece el artículo 61 de la Constitución; el cargo es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada remunerada, a excepción de la docencia universitaria.

Dos son actualmente las tareas más significativas de la Defensoría en los procesos constitucionales de interés colectivo: conocer los conflictos derivados de la erradicación de cultivos ilegales de coca y la defensa de los emigrantes bolivianos en el exterior.²⁰⁹

6.17. Chile

Chile también ha recibido el apoyo y el asesoramiento de varias organizaciones internacionales con miras a crear la institución. Fue sobre todo en el gobierno del presidente Aylwin que se planteó la interrogante de hacia dónde debía apuntar la iniciativa democrática, si a atacar el problema de la discrecionalidad de la intervención del Estado o hacia la formulación de una problemática de orden político vinculada a los derechos humanos. En mayo de 1990 su gobierno creó una comisión de estudio, la Comisión de Verdad y Reconciliación, la cual, en su informe final, recomienda la creación del Defensor del Pueblo con el "fin de afianzar la seguridad del Estado, el respeto por los derechos humanos y la vigencia efectiva de un Estado de Derecho". Aylwin presentó a la Cámara dos importantes proyectos de ley; uno de ellos (mensaje a la Cámara n° 286-632, del 26 de marzo de 1991), contiene un proyecto de reforma constitucional sobre el Poder Judicial, el Consejo Nacional de Justicia y el Defensor del Pueblo; el segundo, entregado en abril de 1991, es un proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo.

En julio de 1997, el jefe del Departamento de Modernización del Estado, el director suplente del Ministerio de Finanzas y el secretario de la Presidencia, auspiciados por el Consejo Británico, visitaron el Centro de Estudios para el Ombudsman²¹⁰ en Inglaterra con el fin de discutir el establecimiento de la institución en Chile.

Cabe destacar además la labor de difusión que lleva a cabo el capítulo local del Instituto Internacional del Ombudsman.²¹¹ Además, mediante decreto presidencial se creó la Comisión Asesora Presidencial para la defensa de los derechos de las personas.²¹² Como un antecedente inmediato a la instauración de un Ombudsman en Chile, el Ejecutivo ha remitido un proyecto de reforma cons-

209 Defensor del Pueblo de la República de Bolivia: *Informe Anual del Defensor del Pueblo al Honorable Congreso Nacional, abril 1998 a marzo 1999*, Defensor del Pueblo de Bolivia, Cooperación alemana GTZ, La Paz, 1999.

210 Centre for Ombudsman Studies - University of Reading: *Report March 1998*, Reading, 1998, p. 9.

211 Comisión Andina de Juristas: *¿Qué es el defensor del ciudadano?*, Coordinación con el Capítulo Chileno del Instituto Interamericano del Ombudsman, Lima, 2001.

212 <www.ombudsman.cl> República de Chile, Ministerio-Secretaría General de la Presidencia de la República, Decreto de Creación de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de los Derechos de las Personas.

titucional para la creación del Defensor del Ciudadano.²¹³ “La actividad enunciada se efectúa en el marco del Contrato de Préstamo otorgado a la República de Chile por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para financiar parcialmente el desarrollo del Programa para Fortalecer Alianzas entre la Sociedad Civil y el Estado, en ejecución por el Ministerio Secretaría General de Gobierno a través de su División de Organizaciones Sociales (DOS). El citado Programa contempla, en el componente de Participación Ciudadana, un subcomponente denominado Defensoría del Ciudadano, mediante el cual se financiarán diversas actividades tendientes al desarrollo del marco jurídico y la promoción institucional de esta figura. Entre las actividades de promoción se encuentra la realización de once talleres de carácter regional (que garanticen cobertura nacional) y temático (que abarquen temas tales como la mujer, etnias, juventud, funcionarios que brindan atención directa al ciudadano, etc.) para promover la futura institucionalidad del Defensor del Ciudadano y recoger percepciones, expectativas y definiciones para el buen funcionamiento de la entidad”.²¹⁴

Con la modificación de la Ordenanza Municipal de Participación Ciudadana de la Municipalidad, que rige en todas las municipalidades del país desde 1999; la Defensoría Municipal De la de Lo Espejo, uno de los difíciles municipios del sur de la capital, ya es un hecho. Publicada en el *Diario Oficial* de fecha 22 de agosto de 2002, se establece la figura del Defensor Comunal,²¹⁵ iniciándose así en el ámbito local una interesante experiencia de defensoría de derechos y garantías ciudadanos. Indudablemente, la evolución de esta institución, a pesar de su alcance limitado, es de gran interés para el desarrollo del proyecto a nivel nacional del Defensor del Pueblo y ofrece interesantes perspectivas, tanto para su eventual expansión a otras municipalidades como para constituirse en la expresión en el ámbito local de la futura Defensoría del Pueblo.

213 <www.defensor.cl>: Entre las innovaciones de este proyecto cuentan: “[...] tal como lo concibe el proyecto enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional para la introducción de un nuevo capítulo en la Constitución destinado a instituir esta figura, de la voluntad concorde entre el Presidente de la República y la mayoría de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados. Éste es uno de los aspectos novedosos que contiene la última formulación del proyecto. Originalmente, en un primer borrador de este proyecto del Defensor del Ciudadano, que vino a sustituir al inicial del año 1997, que hablaba de ‘defensor del usuario’, se contemplaba que la aprobación de la propuesta presidencial para nombrar al defensor ciudadano con acuerdo de una de las cámaras fuera prestada por el Senado, porque, conforme lo señala el numeral quinto del artículo 49 constitucional, esa cámara la llamada a prestar consentimiento a determinados actos del Poder Ejecutivo, según lo prevean la Constitución o determinadas normas legales. Sin embargo, algunos miembros del Capítulo Chileno del Ombudsman y otros exponentes del pensamiento político y jurídico nacional planteamos que lo conveniente era que se contemplara la aprobación presidencial por la Cámara de Diputados y no por el Senado. Ello, en atención a la naturaleza del control que está llamado a ejercer el Defensor del Pueblo. Como sabemos, es un control de índole moral, persuasiva, un control sustentado en consideraciones de mérito y diligencia en la supervisión de la actividad de la Administración. Por consiguiente, es un control muy cercano y complementario al control político que le corresponde ejercer a la Cámara de Diputados”. Francisco Fernández Fredes, Fiscal Nacional Económico.

214 <www.defensor.cl>.

215 “El Defensor Comunal tiene como objeto velar por el cumplimiento y la vigencia de los derechos y garantías de las personas y la adecuada prestación de los servicios públicos; y promover el acceso a la justicia, proteger, promocionar y divulgar los derechos humanos. Para este fin utilizará todos los medios a su alcance. = El Defensor jamás tendrá atribuciones jurisdiccionales o disciplinarias, sin perjuicio de la persuasión que sus opiniones ejerzan en las autoridades”. Artículo 40 de la Ordenanza Municipal.

6.18. Paraguay

Con el nuevo régimen democrático que se estableció en el Paraguay hubo necesidad de elaborar un nuevo texto constitucional. Acorde con este sistema y siguiendo el modelo de las modernas democracias, la Comisión de Asuntos Constitucionales presentó la moción según las características de la institución española. La nueva Constitución fue definitivamente aprobada el 20 de junio de 1992 e incorporó en sus artículos 276 al 280 al Defensor del Pueblo como un comisionado parlamentario, elegido por la mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado de la República, con total autonomía por un período de cinco años, inamovible y con posible reelección. Entre sus competencias están claramente definidas “la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios”, aunque “en ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva”, ello no excepciona su capacidad de investigar las quejas contra todas las administraciones o las autoridades policiales. El texto también prevé que en el futuro sea posible crear Defensores del Pueblo departamentales o municipales. Sin embargo, a mediados del 2001, luego de casi una década, recién se eligió al Defensor y su adjunto.

Previamente a esta autorización, la Junta Municipal de Asunción, a través de su ordenanza municipal n° 65, se adelantó a la aprobación de una Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Nacional y puede decirse que se cuenta ya, como un antecedente, con el establecimiento y la regulación del Defensor del Pueblo Vecinal, que asumió sus funciones el 29 de julio de 1992.

6.19. Uruguay

En el Uruguay también se han presentado diversos proyectos de ley con el propósito de adoptar la idea del Ombudsman que se acoja “sustancialmente al modelo vigente en España”, en palabras del constitucionalista Eduardo Esteva.²¹⁶ Sin embargo, la idea no logra materializarse, ni en el ámbito de la Municipalidad de Montevideo ni en el ámbito nacional, a pesar del informe positivo presentado por la Comisión Nacional de Desaparecidos.²¹⁷

6.20. Argentina

En Argentina han sido varios los intentos por incluir al Ombudsman o Defensor del Pueblo en su texto constitucional. Dignos de mencionar son los trabajos del profesor Miguel M. Padilla, promotor del proyecto legislativo que

²¹⁶ Eduardo Esteva: “Compatibilidad del establecimiento del Ombudsman en el sistema constitucional uruguayo”, *Revista Uruguaya del Derecho Constitucional*, Montevideo, octubre-noviembre de 1985.

²¹⁷ Santistevan de Noriega: art. cit., p. 957.

relató en su libro *La institución del Comisionado Parlamentario (el Ombudsman)*²¹⁸ y que inspiró a los legisladores que presentaron el proyecto para establecer la Oficina del Comisionado del Congreso a mediados de 1975. Esta iniciativa, que se truncó con el golpe militar de 1976, fue reelaborada en 1983 y presentada a la Cámara de Diputados con motivo del establecimiento del orden constitucional. Nuevamente reestructurada en 1985, esta vez por el diputado nacional Jorge Reinaldo Vanossi, se propuso la creación del Defensor del Pueblo.²¹⁹

En la época de Alfonsín, el Consejo para la Consolidación de la Democracia, entidad política disuelta, recomendó la creación del Ombudsman. Luego, en 1984, los senadores Libardo Sánchez y Eduardo Menem, del Partido Justicialista, propusieron un proyecto de ley, pero siempre recibieron el mismo argumento político en contra de su creación, así como la objeción del radicalista Eduardo de la Rúa respecto a la constitucionalidad de la iniciativa: que es una institución que corresponde a los sistemas parlamentarios y resulta totalmente incompatible con los regímenes presidenciales, donde las facultades fiscalizadoras las ejercen los Parlamentos.

Aparte de todos estos intentos parlamentarios y los importantes trabajos científicos que han aportado para que definitivamente se constituya la figura del Ombudsman en Argentina y han influido para que el mismo ejemplo se adopte en otros países de Latinoamérica, cabe mencionar de otra parte, también como antecedentes prácticos —y aunque parezca contradictorio con que no se haya adoptado la figura a nivel nacional—, que la institución a nivel provincial y municipal ya era conocida. Así, el Consejo Deliberante de la Ciudad de Salta, de la provincia del mismo nombre, de 23 de octubre de 1984, promulgado el 7 de noviembre, fue el pionero en la creación del cargo de Defensor del Pueblo; luego, el Consejo Deliberante de la Municipalidad de Buenos Aires, mediante la ordenanza n° 40.831 de octubre 17 de 1985, introdujo la Contraloría General Comunal. En el nivel provincial, el primer Defensor del Pueblo en San Juan data del 23 de abril de 1986 (artículo 150, inciso 21); lo siguieron Salta (15 de julio de 1986, artículo 124, fracción V), La Rioja (14 de agosto de 1986, artículo 144), Córdoba (26 de abril de 1987, artículo 124), San Luis (14 de marzo de 1987, artículo 235), Santa Fe (23 de noviembre de 1989). Formosa y otras provincias y ciudades argentinas cuentan con sus propios defensores.²²⁰

En 1993, la institución fue regulada en la esfera del Poder Ejecutivo por un decreto presidencial de 26 de agosto en el cual se preveía la próxima aproba-

218 Miguel M. Padilla: *La institución del Comisionado Parlamentario (el Ombudsman)*, Buenos Aires, 1972.

219 Cámara de Diputados, *Diario de Debates*, Buenos Aires, 1985, pp. 4291-4294.

220 Maiorano, 1987, pp. 431-437, y González, 1989, pp. 197-250, citados por Fix-Zamudio: "Garantía de los derechos...", art. cit., p. 628.

ción de la ley, pero que jamás se llegó a concretar. Fue luego de un largo proceso de deliberaciones que, el 1 de diciembre del mismo año, mediante ley nº 24.284,²²¹ con carácter de nacional nació el Defensor del Pueblo de la Nación Argentina en el ámbito del Poder Legislativo. Esta evolución culminó con la reforma constitucional de 22 de agosto de 1994. Elegido y removido por el Congreso de la Nación, por el voto de dos tercios de sus miembros, tiene un mandato de cinco años y puede ser reelecto una sola vez. Es independiente en sus funciones, ya que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Fundamentalmente su deber es el de proteger los intereses y los derechos de los ciudadanos y de la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, según reza el artículo 1º de la ley.

El Defensor tiene capacidad investigadora y puede emitir sugerencias y recomendaciones. Aunque sus competencias son amplias, también la ley prevé ciertas restricciones, como la del artículo 16, que determina que dentro del concepto de administración 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. Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de Buenos Aires, y los órganos de defensa y seguridad”. Carece además de capacidad legislativa; no puede emitir sus opiniones respecto a proyectos de ley ni tiene legitimación activa ante los tribunales de justicia, lo cual lo pone en desventaja frente a otros Ombudsman tradicionales.

Como un aporte importantísimo de la acogida favorable que ha tenido la institución del Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, podemos citar al VI Congreso Mundial del Ombudsman,²²² organizado por el Instituto del Ombudsman Internacional (IOI), llevado a cabo del 21 al 16 de octubre de 1996 en Buenos Aires. El Congreso estuvo representado por 86 países agrupados en seis regiones: África, Asia, Australasia y Pacífico, Europa, Latinoamérica y el Caribe, y América del Norte. En él se adoptaron importantísimas conclusiones y aportes para la región, reafirmando las características esenciales del Ombudsman como la independencia, la accesibilidad, la flexibilidad y sobre todo su credibilidad. En la declaración final se insistió en la nece-

221 <www.georgetown.edu>.

222 International Ombudsman Institute (IOI): *VI Congreso Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman*, 20-24 de octubre de 1996, mimeo, Buenos Aires-Argentina, 1996.

sidad de establecer y desarrollar instituciones nacionales eficaces del Ombudsman que investiguen las quejas sobre violaciones de derechos humanos, injusticias, mala administración, situación de las mujeres, apoyo a los pueblos indígenas y otros grupos poblacionales menos favorecidos. Con este propósito se formuló un pedido especial a los organismos internacionales, como las Naciones Unidas, y a los regionales, como los bancos de desarrollo, para que aumenten su apoyo a las acciones realizadas por el IOI y por su intermediación al apoyo que presta a los programas que llevan a cabo los Ombudsman para establecer, mantener y desarrollar sus instituciones aun en circunstancias adversas.

Como primer Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, Jaime Maiorano señalaba:

La incorporación del Ombudsman contribuiría a consolidar la democracia, entendida ésta con un profundo contenido ético y social, donde el individuo sea la razón fundamental de la organización social, es decir, el principio y fin de la comunidad organizada.²²³

223 Ibídem.