

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL OMBUDSMAN Y LOS DERECHOS HUMANOS

I. INTRODUCCIÓN*

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

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

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

2. Es obvio que el *Ombudsman* es en el mundo una institución exitosa; por ello cada día más países la aceptan como

* Publicado originalmente por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en octubre de 1992.

suya. Baste contemplar qué ha acontecido con los países de América Latina y de la Europa del este en los últimos años. En pocas palabras: la figura del *Ombudsman* ha justificado su existencia.

3. ¿Por qué y para qué se necesita un *Ombudsman*?

La pregunta ha sido ampliamente contestada por la doctrina y la práctica; en todos los países, la actividad gubernamental ha crecido grandemente y, en consecuencia, las oportunidades de fricción entre el gobierno y el ciudadano, también se han multiplicado.¹

Además, como los mecanismos tradicionales de control han resultado insuficientes, se busca uno nuevo que venga a reforzarlos, precisamente donde aquéllos han mostrado sus debilidades.²

O porque, como bien reitera Per-Erik-Nilsson, ex *Ombudsman* Jefe de Suecia, la administración pública ha crecido y se han multiplicado los organismos oficiales, con lo cual se aumenta la posibilidad de problemas entre los órganos del poder y los individuos, debido a que no existen muchas instancias para presentar quejas, y los tribunales generalmente son muy lentos, formalistas y costosos, y porque cada día es mayor la corriente internacional que está preocupada de que efectivamente se protejan los derechos de los individuos.³

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

¹ Walter Gellhorn, *Ombudsmen and Others*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1966, p. VII.

² Jorge L. Maiorano, *El Ombudsman, defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1987, p. 3.

³ Per-Erik-Nilsson, "El *Ombudsman*, defensor del pueblo ¿o qué?", en *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, UNAM, México, 1986, p. 13.

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

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

Jorge L. Maiorano afirma que el *Ombudsman* “frente al control jerárquico, privativo de la propia administración, ofrece la ventaja de tratarse de un órgano externo, ajeno a ella. Frente al control parlamentario tradicional, insuficiente para atender todos los casos y afectado, además, por móviles políticos, presenta la objetividad y profesionalidad de su función. Frente al costoso, complicado y lento proceso judicial, ofrece un procedimiento ágil, gratuito, rápido y flexible”.⁴

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

El *Ombudsman* sólo puede existir donde hay un interés real porque cada día la protección de los Derechos Humanos sea mejor, donde las autoridades actúan de buena fe y están tan interesadas como los gobernados en que sus errores puedan ser corregidos con la finalidad de evitar que se vuelvan a producir. En una palabra, para el éxito del *Ombudsman* es indispensable la colaboración de las autoridades y su compromiso con el régimen democrático.⁵

6. Desde luego que han abundado las críticas a la figura del *Ombudsman*. Entre las que más oímos en esta parte del

⁴ Jorge L. Maiorano, obra citada, pp. 27-28.

⁵ Colin T. Reid, “The Polish *Ombudsman*”, en *Review of Socialist Law*, volumen 14, núm. 3, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1988, p. 257.

mundo están las siguientes: que no sirve para nada, ya que sus Recomendaciones no tienen fuerza coactiva; que no tiene competencia propia; que viene a usurpar las atribuciones de otros órganos, y que saldría sobrando si los órganos del poder cumplieran bien con sus funciones.

En América Latina, algunas voces han expresado que el mal funcionamiento del orden jurídico, su falta de aplicación y la irresponsabilidad con que actúan los funcionarios públicos ha traído como una de sus consecuencias la creación del *Ombudsman* y que, cuando las cosas mejoren en esos países, esta institución desaparecerá por inútil.

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

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

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

En consecuencia, la institución del *Ombudsman* ya arraigó en América Latina. Vino para quedarse, vino para fortalecer nuestros sistemas democráticos, para reforzar los controles sobre el poder público y el florecimiento del Estado de Derecho,

y especialmente para lograr una mayor y mejor defensa y protección de los Derechos Humanos.

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

II. ALGUNAS PREOCUPACIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL OMBUDSMAN

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

1. La sola existencia del *Ombudsman* es ya de por sí beneficiosa, porque el individuo sabe que, si lo llega a necesitar, ahí está. La existencia misma del control puede ser la razón última por la cual no sea necesario utilizarlo.⁶

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

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

Por ello, no puede considerarse que las figuras de Defensor del Pueblo que establecen las Constituciones del Perú y Colombia sean realmente un *Ombudsman* porque las han colocado jerárquicamente dentro de la estructura de las procuradurías generales de justicia, dependencias administrativas respecto de las cuales se presentan más quejas en nuestros países. Por las mismas razones no se puede considerar que la Procuraduría de los Derechos Humanos en Costa Rica sea un *Ombudsman*, porque se encuentra dentro de la estructura administrativa del Ministerio de Justicia.

⁶ Walter Gellhorn, obra citada, pp. 87 y 422.

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

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

Se ha discutido si el nombramiento realizado por el Poder Legislativo es realmente el mejor. Lo puede ser, pero no necesariamente lo es. En los sistemas parlamentarios en los cuales un partido político tiene la mayoría en la cámara legislativa que realiza la designación, no necesariamente se suprimen los inconvenientes que se han manifestado con respecto a que la designación la realice el Poder Ejecutivo.⁷

Los aspectos importantes que se deben tomar en cuenta para la designación son: que no sea un hombre de partido, para evitar impugnaciones innecesarias que lo debilitarían, que tenga prestigio personal y que sea reconocida su independencia. En otras palabras, el *Ombudsman* debe poseer autonomía, valor civil y conocimientos.

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

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

⁷ Dante Barrios de Angelis, "Estudio Genético-Funcional del *Ombudsman*", en "Estudios en memoria de Héctor Luis Odriozola", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 3, Montevideo, 1980, p. 210.

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

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

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

4. Los profesores de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal han estudiado profundamente las garantías que todo juez debe gozar. Estas ideas deben aplicarse también al *Ombudsman*, quien ciertamente, no es un juez, pero necesita de éstas para asegurar su autonomía e independencia.

De acuerdo con el pensamiento del distinguido maestro Héctor Fix-Zamudio, se puede afirmar que las garantías judiciales son los instrumentos que se utilizan para lograr la independencia, autonomía, dignidad y eficacia de los tribunales, siendo éstas principalmente cuatro: la designación, la estabilidad, la remuneración y la responsabilidad.⁸

Como bien dice Alsina "estas garantías no se establecen en interés de la persona del juez, sino para asegurar la independencia de sus funciones, de modo que a él le corresponde en primer término respetarlas y hacerlas respetar".⁹

Pues bien, esos conceptos son aplicables al *Ombudsman*. Ya me referí al nombramiento. En cuanto a la estabilidad consi-

⁸ Héctor Fix-Zamudio, "Organización de los tribunales administrativos", en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, cuarto número extraordinario, México, 1971, pp. 122-123.

⁹ Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1957, tomo II, pp. 272-273.

dero que debe ser designado por un solo período largo de siete, nueve u once años y que no pueda ser destituido si no es a través del mismo sistema de responsabilidad que se aplica a los magistrados del más alto tribunal de ese país. Asimismo, su remuneración debe ser equivalente a la que reciben esos magistrados.

En este aspecto, únicamente agrego que no soy partidario de la inamovilidad indefinida del *Ombudsman*, porque es un trabajo que, bien realizado, desgasta mucho física y mentalmente y porque siempre he creído que la renovación en los cargos es lo más saludable en un sistema democrático; de lo contrario, las personas envejecen, y con ellas los sistemas e instituciones.

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

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

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

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

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

El *Ombudsman* debe ser apolítico y apartidista para evitar caer en controversias de carácter político, ya que si cayera en ellas, poco sería lo que podría aportar al país y mucho perdería, porque el *Ombudsman* siempre debe ser imparcial, y la sociedad debe estar segura de que sus recomendaciones son objetivas e imparciales.¹⁰

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

Indudablemente que el *Ombudsman* puede pertenecer a un partido político porque tiene derecho a ello, pero es salvable que él y sus principales colaboradores no hayan desempeñado ninguna actividad partidista durante los años anteriores a su designación; y si no son hombres de partido, mucho mejor.

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

Permitásemel dar un ejemplo referido a México. Cuando se creó esta institución en este país, había un gran escepticismo respecto a ella, principalmente por su desconocimiento. Entonces se le quiso vincular con personajes que son conocidos y respetados en México por su trayectoria, obra e independencia. Por ello se creó un Consejo, integrado por diez personajes de

¹⁰ Jorge Carpizo, *¿Qué es la Comisión Nacional de Derechos Humanos?* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1990, p. 8.

Nota del editor: Véanse pp. 3-41 del presente libro.

las más diversas ideologías y profesiones, para que discutan los lineamientos generales de acción del *Ombudsman*, pero sin intervenir en las investigaciones y casos concretos. A más de dos años de esa experiencia, afirmo que el Consejo ha trabajado muy bien y que es uno de los factores del éxito del *Ombudsman* en México.

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

El *Ombudsman*, como bien se ha dicho,¹¹ no es un remedio mágico, panacea o “sanalotodo” que vaya a remediar la insatisfacción de la sociedad por las arbitrariedades que comete la administración pública.

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

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

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

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

¹¹ Jorge L. Maiorano, obra citada, p. 4.

Este aspecto de la gran expectativa que la creación del *Ombudsman* reviste, lo encontramos no sólo en los países de América Latina sino en otros. Como ejemplo, podemos señalar que Ewa Letowska ha escrito que del *Ombudsman* polaco, creado en 1987 y que comenzó a funcionar el 1o. de enero de 1988, se espera que realice cambios substanciales a la ley y al funcionamiento del Estado, como si fuera superior a las autoridades a las que ha criticado.¹²

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

La función última del *Ombudsman* es solicitar la estricta aplicación de la Constitución y de la ley; si él las viola, ejerciendo atribuciones que no le corresponden, carece de autoridad moral para después pedir su cumplimiento a las autoridades.

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

Desde luego, hay personas que presentan quejas a sabiendas de que el *Ombudsman* es incompetente o que no les asiste la razón. Lo hacen para ver si “pega”. Esta actitud no se puede justificar, y resulta socialmente irresponsable, espe-

¹² Ewa Letowska, “The Polish *Ombudsman*: the Commissioner for the Protection of Civil Rights”, en *International and Comparative Law Quarterly*, volumen 39, parte 1, Londres, 1990, p. 209.

cialmente cuando se trata de personas con recursos económicos sobrados.

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

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

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

11. Un camino muy adecuado para la resolución de las quejas es la conciliación o amigable composición, porque siempre serán más rápidas que una recomendación. Su flexibilidad y antiburocratismo las hacen un medio ejemplar, además de que la persuasión y el diálogo se impondrán a un solo punto de vista. Es la mejor forma de demostrar a la autoridad que el *Ombudsman* es un verdadero colaborador y que únicamente persigue la realización de la justicia en el caso concreto.

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

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

Lo anterior pone al *Ombudsman* ante una situación difícil. Debe de crear su propia capacidad de investigación penal y entrenar a parte de su personal para ello. Esto es un reto

de dimensiones gigantescas, pero, cuando sea necesario, se deberá hacer.

13. El análisis que realiza el *Ombudsman* de cada caso no sólo será desde el punto de vista legal, sino también desde el de la justicia, la equidad, los principios de coexistencia social y la conducta que deben de seguir los funcionarios públicos.¹³

Es el principio de justicia el que debe guiar al *Ombudsman*, para que éste pueda actuar *motu proprio*, en casi todos los países.

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

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

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

Sin embargo, es necesario que exista un término para la presentación de una queja. Los hechos viejos son difíciles de investigar, y ponen al *Ombudsman* ante situaciones casi insuperables para llegar a conocer la verdad. Generalmente, el término que se establece al respecto es de un año, y me pa-

¹³ Ewa Letowska, obra citada, p. 212 y Walter Gellhorn, obra citada, p. 14.

administración judicial;¹⁵ y digo que fue un gran triunfo, porque los jueces ingleses gozan de gran prestigio por su preparación e independencia.

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

Con respecto al *Ombudsman* judicial, es aleccionadora la opinión de un juez sueco, quien manifestó: "Hemos crecido dentro de este sistema. Ninguno de nosotros ha conocido uno diferente y estamos acostumbrados a él. Si nos lo encontráramos por primera vez, quizás nos sentiríamos incómodos. Pero tal y como las cosas son, no creo que ningún juez sueco sienta ninguna pérdida de independencia cuando el *Ombudsman* mira el trabajo que está realizando."¹⁶

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

Los jueces honestos y eficientes no tienen por qué temer la actuación del *Ombudsman*. El funcionario que realmente merece el nombre de tal se crece ante la crítica y desempeña mejor sus labores. Se ejerce el cargo no para satisfacción personal, sino en razón de espíritu de servicio y para ser útil a la sociedad desde aquél.

La reiteración de criterios por parte del *Ombudsman* en sus recomendaciones, escritos e informes va creando una especie de jurisprudencia que debe de auxiliar a todos los funcionarios públicos en sus labores. La jurisprudencia del *Ombudsman*

¹⁵ Donald C. Rowat, obra citada, p. 30.

¹⁶ Walter Gellhorn, obra citada, p. 238.

debe de hacer más fácil la labor de gobernar y ayudar a fortalecer el sistema democrático.

17. Una de las funciones más importantes —quizás la más importante del *Ombudsman*¹⁷— consiste en educar. Por ello, debe de saber divulgar su obra, que ésta llegue realmente a la sociedad para que conozca mejor sus derechos y sepa cómo defenderlos, y para que los funcionarios públicos sepan cómo cumplir mejor con sus obligaciones. En muchas ocasiones, el *Ombudsman* tendrá que repetir sus sugerencias, consejos y recomendaciones. No importa. Las deberá de reiterar cuantas veces sea necesario y nunca perder la paciencia. Esta labor educativa es la que realmente perdurará.

¹⁷ Colin T. Reid, obra citada, p. 256.

III. TRES ASPECTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Sobre los Derechos Humanos se han escrito cientos de volúmenes y aún se escribirán muchos más, porque es uno de los temas más importantes para el hombre, es el que se refiere a su dignidad, y es una cuestión compleja que puede ser examinada desde múltiples perspectivas y por las más diversas disciplinas. En este ensayo sólo me referiré a tres aspectos de ellos: su internacionalización, su progresividad y quién los puede violar.

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

Así encontramos que:

- a) Cada día más Estados aceptan la competencia de las Comisiones y Cortes, como ha acontecido en Europa Occidental y como ya está sucediendo en América, aunque en este continente el proceso sea más lento y con más reticencias;**
- b) Cada día más los individuos pueden recurrir directamente a las instancias internacionales, siempre y cuando se hayan previamente agotado las internas. Realmente este principio rompió con una de las bases del Derecho Internacional clásico, en donde generalmente sus sujetos eran los Estados.**

La internacionalización de los Derechos Humanos y la creación de esas Comisiones y Cortes internacionales y regionales plantea un problema respecto a las ideas clásicas de soberanía. Esta cuestión es un tema apasionante, que implica una revisión de las teorías tradicionales de la soberanía y sobre la cual aún no existen todas las precisiones que necesariamente tendrán que darse en la doctrina y en la realidad.

Por ahora, sólo asentemos que en la realidad los países han delegado o subordinado, en muy diversos grados, algunos aspectos de su soberanía, mediante todas o algunas de las siguientes condiciones: *a)* ha sido por voluntad propia; *b)* la participación en el organismo supranacional es en plan de igualdad con los otros Estados; *c)* se trata de alcanzar fines o de desarrollar actividades que se realicen mejor por Estados asociados que solos; *d)* se aceptan instancias jurisdiccionales supranacionales, porque se reconoce que los asuntos en cuestión son de interés para la comunidad internacional o regional. Así la idea de soberanía presupone la libertad y la igualdad de los países y, a partir de ella, se aceptan las nuevas realidades que los propios países van creando.

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

Empero, no puede desconocerse que la base de estos desarrollos implica la igualdad jurídica de los Estados, el apego al Derecho internacional, con todo lo que ello significa, y que la idea de soberanía continúe siendo la defensa de los países pequeños y débiles frente a los grandes y poderosos.¹⁸

Con base en esos pensamientos, claro es que la internacionalización de los Derechos Humanos no es un nuevo im-

¹⁸ Jorge Carpizo, "Desafíos contemporáneos del Derecho Constitucional", en *Edición Conmemorativa del Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, pp. 264 y 265. Jorge Carpizo, *Tendencias actuales del Derecho: los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, pp. 5-6.

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

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

3. Los Derechos Humanos poseen una tendencia progresiva. Por ella se entiende que su concepción y protección nacional, regional e internacional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que toca al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control. Esta es la misma idea que René Cassin expresó como la impresionante expansión del concepto y de su contenido.¹⁹

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

Existen derechos que se van reconociendo y defendiendo progresivamente. Tal es el caso de los económicos y sociales, los cuales, para poder satisfacerlos, es necesario que existan los recursos materiales, como sería el caso del derecho al trabajo y del derecho a la vivienda. Desde luego, en esta clase de dere-

¹⁹ René Cassin, "Les Droits de l'Homme", en *Recueil des Cours*, volumen 140, Academie de Droit International, Leyden, Holanda, 1974, p. 326.

chos los hay de exigibilidad inmediata, como son los derechos de sindicación y de huelga.

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

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

Luego, los Derechos Humanos se precisaron y se garantizaron frente a la autoridad. Por ello es que, para que exista

violación a un Derecho Humano, es necesaria la intervención de un funcionario público.

El anterior concepto ha ido evolucionando y, hoy en día, en muchos países y en amplios sectores de la doctrina, se admite que a veces la violación no la realiza directamente el funcionario público, sino algún otro agente social que cuenta con la anuencia, la tolerancia o el apoyo de un servidor público, y que en estos casos debe de considerarse que sí existe violación a un Derecho Humano. Desde luego que así debe de ser, porque en estas situaciones el individuo también está sufriendo una arbitrariedad, cometida por alguien que está respaldado por el poder del Estado.

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

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

Poco a poco las legislaciones nacionales irán considerando que las organizaciones o agrupaciones de particulares sí pueden violar los Derechos Humanos, por la fuerza que poseen y que colocan al individuo frente a ellos en un plano de desigualdad. Para el individuo, enfrentarse a esas organizaciones es muy parecido a enfrentarse con el poder del Estado. Creo que, de continuar esta evolución, entre las primeras organizaciones que deben considerarse que sí podrían violar los Derechos Humanos se encuentran los medios masivos de comunicación y los sindicatos.

IV. EL *OMBUDSMAN* Y LOS DERECHOS HUMANOS

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

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

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

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

Ahora bien, la afirmación anterior puede ser contemplada desde dos ángulos. Desde uno, mi afirmación es ya una ten-

dencia en muchos países, porque en la gran mayoría de ellos la protección real de los Derechos Humanos es una de las demandas sociales más fuertes y sentidas. Y esta tendencia se percibe desde el nombre que comienzan a recibir los *Ombudsman* en el mundo: Procurador de los Derechos Humanos en Costa Rica y en Guatemala, Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, Comisionado para la Protección de los Derechos Civiles en Polonia. Inclusive, la denominación española de Defensor del Pueblo tiene este significado.

Desde el segundo ángulo, aquellos países que opinan que los Derechos Humanos no tienen por qué tener un énfasis especial en la protección que realiza el *Ombudsman*, que es sólo uno de los temas de su competencia. Lo anterior se ilustra con el último informe presentado por el *Ombudsman* Nacional Holandés, en el cual manifiesta que pone especial cuidado en la necesidad de que exista certeza y seguridad (*certainty*) en las relaciones entre el gobierno y los gobernados y que esa institución en Holanda no fue creada como un árbitro para la defensa de los Derechos Humanos, aunque se ocupe, entre otros aspectos, de las arbitrariedades realizadas por los policías.²⁰

La idea que creemos descubrir en la anterior afirmación es que el *Ombudsman* holandés no se ocupa primordialmente de la protección de los Derechos Humanos, porque en ese país no es necesario, dada la realidad de su respeto.

Este segundo ángulo, de ser cierto, sólo lo sería, a lo más, en unos siete u ocho países de la Tierra, y aun en ellos es discutible, pues si bien no existen violaciones graves, sí hay afectaciones a los propios Derechos Humanos, como lo ha puesto de relieve la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos.

En consecuencia, se puede afirmar que democracia, Derechos Humanos y *Ombudsman* son conceptos que se implican entre sí. Uno se apoya mutuamente en el otro.

²⁰ De Nationale *Ombudsman. Main points of the 1991 Annual Report of the National Ombudsman*. National Ombudsman Office. La Haya, 1992, p. 17.

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

- a) El *Ombudsman* y los derechos sociales. Creo que los aspectos administrativos de ellos y los de ejecución inmediata, como la sindicación, ya deben ser de su competencia;
- b) Respecto a los otros aspectos de los derechos sociales, tiene que actuar con prudencia y poco a poco, porque esos se irán resolviendo y defendiendo mejor en cuanto un país tenga los recursos económicos para ello. Pero, dentro de la prudencia del *Ombudsman* y de acuerdo con las circunstancias de cada país, debe de ir interviniendo para poder ser sólo un auxiliar, pero un auxiliar valioso, en que esos derechos sean una realidad y tengan una buena protección;
- c) También su competencia debe de irse ampliando para conocer algunos de los Derechos Humanos de la tercera generación. El caso más claro es respecto a los asuntos ecológicos. Con esto no supongo que un solo *Ombudsman* se ocupe de todos estos temas. Ello depende de las características de cada país. Podrán ser sólo uno o varios *Ombudsman*, pero si es uno, necesariamente tendrá que tener departamentos especializados. Existen numerosos *Ombudsman* especializados al lado de los generales, en muchos ordenamientos;
- d) Uno de los retos del *Ombudsman* es ampliar y reforzar su capacidad técnica para realizar investigaciones;
- e) Un aspecto de importancia en el cual el *Ombudsman* tiene un papel relevante que jugar es respecto al incremento de la cultura y la educación de los Derechos Humanos en su país, desde sus informes anuales y especiales hasta la realización de cursos de capacitación, programas de radio y televisión, publicaciones, propuestas de temas de Derechos Humanos, tanto para las escuelas primarias, secundarias y bachilleratos como para las universidades;
- f) Y, ciertamente, hay Derechos Humanos de los cuales no puede ocuparse, como son los electorales, porque no debe de intervenir en las contiendas políticas y partidistas del país, donde

tendría poco que aportar y mucho que perder: nada menos que su autoridad moral. Es decir, el *Ombudsman*, por su propia naturaleza, no debe de tener competencia en ciertas materias.

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