

El análisis de la figura del *ombudsman* ofrece una descripción sobre una serie de valoraciones que se expondrán a continuación: en el primer punto señalaré las razones doctrinales a favor de la institución, es decir, aquellas que comulgan con su existencia y fortalecimiento; en un segundo punto haré referencia a las valoraciones opuestas, esto es, aquellas que resaltan sus defectos o, incluso, critican su existencia y su naturaleza; por último haré un análisis de ambas posturas para emitir las propias.

Es importante señalar que estas consideraciones pueden ser aplicadas casi a cualquier *ombudsman*, es decir, que en el caso que nos ocupa valen tanto para la institución española como para la mexicana; por ello, y para evitar confusión en el lector, no se hará referencia al Defensor del Pueblo o Valedor do Pobo ni al Comisionado de Derechos Humanos nacional o estatal, particularmente, sino que se hablará del *ombudsman* en general.

El análisis encuentra mayor sentido si se toma en cuenta que como cualquier otra institución, el *ombudsman* ha presentado aciertos y desaciertos desde sus orígenes. Muchos de los desaciertos se han subsanado; sin embargo, otros se han incrementado en la medida en que esta institución se ha expandido en todo el mundo. Lo cierto es que desde una perspectiva positiva o negativa queda mucho qué discutir y analizar.

Trataré de exponer objetivamente las valoraciones hechas a la figura del *ombudsman*. Antes de hacerlo conviene advertir que evidentemente comulgaré con algunas de ellas y en algunos otros casos las refutaré, pero esto se hará siempre sobre una línea de respeto hacia la forma de pensar de los distintos autores y hacia la propia esencia de la institución de origen sueco.

Lo que busco con este análisis es proporcionar a la doctrina una crítica constructiva que permita situar al *ombudsman* en un escenario positivo o negativo a partir del cual se puedan llevar a cabo una serie de modifica-

ciones (si es que resultan necesarias después del estudio) para fortalecer una institución que, al menos hoy, parece ser indispensable para los Estados de corte democrático como México y España.

La figura del *ombudsman* es una institución que de ninguna manera se puede implantar de una forma idéntica dentro de dos sociedades distintas. Su perfil dependerá entonces, en gran medida, del régimen jurídico y político de cada Estado, así como de las exigencias que cada sociedad le demande.

250

El *ombudsman* encuentra su razón de ser dentro del marco del Estado democrático de derecho; claro está, conservando y adaptándose a sus respectivas peculiaridades de cada nación en concreto. Ya lo decía Beltrán Gaos:

el entorno social y político de cada país es determinante en alto grado para la realización y puesta en marcha del *ombudsman*; con lo cual, el proceso de creación e instauración del mismo, serán diferentes en aquellos países que viven en una tradición democrática de aquellos que se sitúen en el grupo de nuevas democracias, democracias jóvenes, o en proceso de transición de democracia.⁶⁶⁹

En el caso que nos ocupa, se trata de dos países de corte democrático pero con diferentes matices que evidencian los rasgos distintivos de esta figura. En cada uno de ellos el *ombudsman* se va moldeando de acuerdo a cada régimen jurídico, pues es la misma sociedad en la que actúa la que va exigiendo un perfil u otro; así, el *ombudsman* español será siempre distinto del mexicano. Aun con todas las semejanzas que guardan estas dos figuras, cada uno posee un perfil propio que lo hace embonar perfectamente dentro de su sociedad, sin que ello implique considerarla como una figura perfecta.

Valoraciones positivas de la institución

Actualmente, es bien sabido que este tipo de Estados (democráticos) presentan aciertos y fallos. La experiencia ha demostrado que el gobier-

⁶⁶⁹ Beltrán Gaos, M., *La protección descentralizada...* op. cit., p. 145.

no en el cumplimiento de sus responsabilidades puede equivocarse. En algunas ocasiones, a consecuencia de factores humanos y otras tantas a consecuencia de la propia estructura administrativa, pero siempre en perjuicio de los gobernados. Por ello, resulta indispensable que existan las condiciones adecuadas que permitan prevenir y subsanar dichas fallas. Frente a esta problemática, el *ombudsman* parece ser, para muchos, una posible solución.

Esta complicada tarea no es sólo responsabilidad del *ombudsman*, sino que se trata de una labor conjunta; en realidad,

251

el *ombudsman* sólo puede existir en donde hay un interés real porque cada día la protección de los derechos humanos sea mejor, donde las autoridades actúen de buena fe y estén interesados como los gobernados en que su 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.⁶⁷⁰

Se puede afirmar que la finalidad del *ombudsman* es actuar como complemento garantista en aquellos casos en los que los mecanismos de tutela existentes no sean suficientes para proteger los derechos fundamentales de las personas.⁶⁷¹ Su objetivo es lograr, ya no sólo la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, sino también, intentar corregir y prevenir los malos hábitos de la Administración Pública,⁶⁷² garantizando así el derecho a una buena administración.⁶⁷³

⁶⁷⁰ Carpizo, J., *Algunas reflexiones...* op. cit., p. 47.

⁶⁷¹ Corchete Martín, M. J., op. cit., p. 186.

⁶⁷² Ayeni, V. O., "El *ombudsman* en el logro de la justicia administrativa y los derechos humanos en el nuevo milenio", en Linda C. Reif (ed.) *Libro anual del ombudsman internacional*, Canadá, Kluwer Law International, 2002, p. 49, y Corchete Martín, M. J., op. cit., p. 174.

⁶⁷³ Bajo este contexto, el derecho a la buena administración debe ser entendido como "el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones". Artículo 41 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, septiembre de 2013.

Es como lo decía Ayeni: "sin ser negativo, los pueblos están cada vez menos dispuestos para aceptar cualquier condición de compromiso con respecto a sus derechos y a la calidad de la administración recibida. Mientras la institución del *ombudsman* seguramente sea su aliada, deberá estar preparada para atender las crecientes demandas del público por altos estándares de eficiencia".⁶⁷⁴

El valor de esta ardua tarea encuentra mayor significado si se logra comprender que en cualquier país y bajo cualquier circunstancia "el poder público debe constituirse en función de la dignidad humana y del pleno desarrollo de los derechos que derivan de la misma".⁶⁷⁵ De esta forma los derechos de los ciudadanos deben ser puestos en el centro y en la raíz de los sistemas de gobierno. Más aún si te toma en cuenta que en las sociedades modernas día con día surgen nuevas formas de actuación por parte de la Administración Pública, y nuevas expectativas y conductas ciudadanas que reclaman la rápida adaptación de esta institución al panorama que se les presenta.

Así, el *ombudsman* surge como:

un mecanismo que con su actuación debe lograr la reconciliación del individuo con el Estado, su labor ofrece el servicio de un diálogo reforzado entre ambos, en beneficio de una comunicación rectificadora y reparadora de los efectos de los actos de autoridad indebidos e incorrectos que hacen al ciudadano perder fe en el Estado [...] esa es una gran misión que se demuestra día con día y que cada día asegura su permanencia hacia el ilimitado futuro.⁶⁷⁶

Las recomendaciones que emite el *ombudsman* parecen ser, para muchos, el medio idóneo para lograr esa reconciliación pues a diferencia de muchas otras, no requiere usar directamente de la fuerza coercitiva para el cumplimiento de sus recomendaciones.

⁶⁷⁴ Ayeni, V. O., *op. cit.*, p. 54.

⁶⁷⁵ Fernández Rodríguez, J. J., "Los nuevos retos para las defensorías..." *op. cit.*, p. 239.

⁶⁷⁶ Acuña, F. J., *El ombudsman contemporáneo, entre la fidelidad al origen y el experimentalismo institucional*, México, Porrúa-CNDH-CEDH-Cámara de Diputados, 2005, p. 177. En el mismo sentido Constenla, C., R., *op. cit.*, p. 294.

Debido principalmente a una tradición política común en toda la región y a la inexistencia anterior de instituciones similares, se suele pensar que los órganos sin poder de coerción no pueden realmente cumplir un papel importante en el campo de la protección de los derechos de la persona frente a los abusos que en el ejercicio de sus funciones pudieran cometer los entes públicos. Sin embargo, este inicial escepticismo respecto a la labor [...] suele disminuir, conforme la institución va demostrando con sus actividades que es posible corregir los abusos de autoridad a través de la persuasión.⁶⁷⁷

Tomando en cuenta estas consideraciones habría que preguntarse: ¿qué ventajas presenta esta institución en relación con otras?, quienes se encuentran a favor del *ombudsman* coinciden en que su funcionamiento conlleva ciertas peculiaridades que la sitúan en una posición más favorable respecto de otras instituciones y órganos de gobierno. En las siguientes líneas expondré algunas de ellas.

Actualmente el *ombudsman* se ha constituido como una figura atractiva que ha crecido “cuantitativa y cualitativamente” en atención a las problemáticas que enfrentan hoy las sociedades de todo el mundo.⁶⁷⁸ Tal como afirma Roy Gregory:

una importante razón que explica el prestigio del que goza la institución del *ombudsman* en todo el mundo, es haber hallado una mejor forma de encaminar los reclamos y las quejas de la sociedad frente a los antiguos mecanismos establecidos. Las limitaciones de los tribunales son bien conocidas; litigar es siempre complicado, costoso y lento; y en los supuestos de agravios colectivos no hay instrumentos provechosos en la ley. Los casos de mala administración no necesariamente implican delitos. El sistema político no resuelve las disputas entre los ciudadanos y las autoridades...⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Villalba Benítez, L., “La tutela de los derechos fundamentales y el Defensor del Pueblo. Estudio comparativo de la institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay”, tesis para obtener el grado de maestra en administración y gerencia pública, Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, <http://www.portalfio.org/inicio/repositorio/libros/latutelaydefensor.pdf>, septiembre de 2013, p. 10.

⁶⁷⁸ Constenla, C., R., *op. cit.*, p. 248.

⁶⁷⁹ Gregory, R., “Comparing Ombudsman offices: statistics, statutory provisions, style and working practices”, *Looking for ombudsman standards*, Gante, Mys & Breesch éditeurs, 2000, p. 32.

Así, el *ombudsman* aparece como una institución cuyo campo de actuación se encuentra en aquellos espacios en blanco donde las actuaciones de los poderes públicos parecen no tener cabida en los mecanismos tradicionales de tutela.⁶⁸⁰ Por tanto, al no existir otro remedio para dicho mal, “tal vez será la más innovadora institución que nos plantea la teoría política de este tiempo y la que mejor contribuirá a hacer más democrática nuestra sociedad y más respetados los derechos humanos”.⁶⁸¹

254

Esta institución constituye, entonces, un medio eficaz de protección de los derechos fundamentales que no sustituye a los instrumentos de carácter judicial ni a las garantías ya existentes. Por el contrario, los complementa y colabora con ellos actuando de manera ágil y rápida a través de su peculiar procedimiento nada formalista.⁶⁸² “Se trata de una función no de sustituir sino de añadir”.⁶⁸³ De esta forma el *ombudsman* coadyuva con la importante tarea de mejorar las técnicas constitucionales de limitación al poder, redoblando así la eficacia de la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública.⁶⁸⁴

A lo largo de los capítulos anteriores quedó estipulado que la ferviente función de este tipo de instituciones estriba en la defensa de los derechos y de las libertades fundamentales de los ciudadanos, para lo cual, la propia Constitución (o cuerpo legislativo que le rige) le otorga facultades plenas para supervisar la Administración Pública. Aunado a lo anterior, el *ombudsman*, por naturaleza, no puede limitar su actuación al sólo hecho de conocer e investigar sobre las violaciones de derechos humanos y de asegurar una reparación para la persona agraviada⁶⁸⁵ sino que, “por esencia el *ombudsman* debe buscar la prevención de las violaciones, y la identificación y modificación de las prácticas administrativas y de gobierno

⁶⁸⁰ Corchete Martín, M. J., *op. cit.*, p. 186.

⁶⁸¹ Constenla, C., R., *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸² En este sentido Arteaga Izaguirre, J. M., *op. cit.*, p. 98, y Pérez-Ugena M. y Coromina, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁸³ Otero Parga, M., “Los derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁸⁴ Puy Muñoz F., “El Defensor del Pueblo pros y contras”, en F. Muñoz Puy y M. Otero Parga, *Los defensores del pueblo en la España de 2000*, Santiago de Compostela, Fundación Alfredo Brañas, 2000, p. 43.

⁶⁸⁵ En este sentido Ayeni, V. O., *op. cit.*, p. 49, y Oosting, M., “Protegiendo la integridad y la independencia de la institución de *ombudsman*: la perspectiva global”, en Linda C. Reif (ed.), *Libro anual del ombudsman internacional*, Canadá, Kluwer Law International, 2002, p. 23.

que constituyan un peligro para la vigencia de los derechos humanos”,⁶⁸⁶ hecho que, indudablemente debe ser tomado de forma positiva.

Por otra parte, y como rasgo peculiar de la figura del *ombudsman* (ibérico y criollo) se encuentra su preocupación en relación a la difusión y divulgación de los derechos fundamentales. Es aquí donde aparece un elemento distintivo que lo sitúa muy por encima del resto de las instituciones: su filosofía humanitaria. Su lucha imparable por crear y fortalecer una cultura de paz y de protección de los derechos humanos en el mundo entero lo reconoce como una figura indispensable y positiva para las sociedades actuales.⁶⁸⁷ Esta es la gran misión que distingue la labor del *ombudsman*. Es así como la nobleza de los ideales que pretende alcanzar le han hecho acreedor de la aceptación, confianza y credibilidad por parte de la sociedad al servicio de la cual debe su existencia.

255

Es precisamente esta confianza y credibilidad de la sociedad la que le otorga su autoridad moral. La *auctoritas* no sólo se define como el saber socialmente reconocido sino también como la influencia que tiene aquél al que se reconoce ese saber.⁶⁸⁸ Pero esta *auctoritas* no es una cualidad que una vez otorgada se mantenga de forma automática, por el contrario, debe ser ganada y consolidada con la publicidad y divulgación de sus actos dentro de la sociedad.⁶⁸⁹ Su gravitante función en el Estado y en la sociedad es el poder de influencia de sus decisiones; de modo que, cuanto mayor sea el peso de este poder, mayor efecto tendrán sus recomendaciones. “Este es el tramo del camino más difícil que deberá recorrer la persona que desempeñe esta responsabilidad”.⁶⁹⁰ Así, la autoridad moral es otro de los elementos que sitúan al *ombudsman* por encima del resto de las instituciones.

⁶⁸⁶ Soberanes Fernández, J. L., Recomendación General Número 5, México, 14.04.2003, <http://www.CNDH.org.mx/recomen/general/005.htm>, septiembre de 2013.

⁶⁸⁷ En este mismo sentido Fernández Rodríguez, J. J., “Los nuevos retos para las defensorías del pueblo: bases para una reflexión”, X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 16-19 de septiembre, 2009 y Constenla, C. R., *op. cit.*, p. 286.

⁶⁸⁸ Rovira Viñas, A., *op. cit.*, p. 26.

⁶⁸⁹ Beltran Gaos, M., *La protección descentralizada de los derechos humanos en México y España*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/6.pdf>, febrero de 2013.

⁶⁹⁰ Constenla, C. R., *op. cit.*, p. 267.

Los datos estadísticos que presentan los informes anuales de estas instituciones (en México y España) son una real radiografía que permite ver reflejado el éxito de sus recomendaciones, es decir, aun con el hecho de que el *ombudsman* carece de facultades coercitivas, sus resultados son, hoy por hoy, positivos. Esto se debe invariablemente a su *auctoritas*, a su poder de persuasión que a lo largo del tiempo ha logrado calar en lo más profundo de las sociedades modernas. Actualmente más de 80% de sus recomendaciones son bien aceptadas por parte de las autoridades a las que van dirigidas.⁶⁹¹ Por ello, “no es como maliciosamente se dice un adorno. Sus atribuciones son importantes y sobre todo adecuadas para servir como garantía a esta sociedad”.⁶⁹²

En virtud de lo anterior, la figura del *ombudsman* debe ser entendida como una magistratura de conciencia, de opinión, de influencia cuyas resoluciones no cuentan con fuerza coercitiva. Hecho que resulta positivo dada la naturaleza y esencia de esta institución. El *ombudsman* no es ni debe aspirar a ser un tribunal con poder ejecutorio.⁶⁹³ La eficacia de sus resoluciones radica en la fuerza moral que ostenta ante la opinión pública. “Su fuerza prescinde de elementos coactivos, es más bien propositiva, y de recomendación”.⁶⁹⁴ En este mismo sentido, Gil Robles afirma que “su actividad más que represora o quasi-represora, ha de ser amigable y persuasivamente correctora”.⁶⁹⁵

Para quienes están a favor de esta institución está más que claro que la función del *ombudsman* es muy distinta por naturaleza a la de los tribunales. Pero “a veces lo olvidan quienes sugieren dotar de fuerza vinculante directa a sus resoluciones, que dejarían de ser recomendaciones [...] se perderían así muchas de las ventajas que tiene la actuación de aquel con-

⁶⁹¹ En este sentido ver Colomer Viadel, A., *Defensor del Pueblo... op. cit.*, p. 205.

⁶⁹² Rovira Viñas, A., *op. cit.*, p. 33.

⁶⁹³ En este mismo sentido Granados Pérez, C., “Defensor del Pueblo y administración de justicia (la supervisión de la administración de justicia)”, Ponencia IV, Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 14 y 15 de enero, 1992.

⁶⁹⁴ Diccionario Universal de Términos Parlamentarios, www.diputados.gob.mx./cedia/biblio/virtual/dip/dicc.tparla/o.pdf, octubre de 2013.

⁶⁹⁵ Gil Robles y Gil Delgado A., *El control Parlamentario... op. cit.*, p. 220.

forme a su naturaleza singular, diferente a la que corresponde a los órganos judiciales".⁶⁹⁶ Por ello, no puede perderse de vista que el *ombudsman* no busca sustituir ni al Parlamento ni al gobierno ni a los jueces; se trata pues, de una institución especializada con atribuciones bien específicas, cuyas competencias están muy lejos de ser universales⁶⁹⁷ y un remedio para todos los males.⁶⁹⁸

Siguiendo a Escobar Roca, el *ombudsman* no puede conformarse con la verificación del incumplimiento del derecho, sino que va mucho más allá; sus competencias son mucho más amplias que las atribuidas a cualquier órgano del Estado o de gobierno. La Administración y los jueces pueden, en algunos casos, apoyarse en la ley para no atender los requerimientos de las personas, pero el *ombudsman* no puede,⁶⁹⁹ muy por el contrario, éste "tendrá que llegar donde las demás instituciones no lleguen".⁷⁰⁰

257

Otro aspecto por demás positivo en la forma de trabajar del *ombudsman* es la cercanía que tiene respecto de los ciudadanos, es decir, que en la mayoría de los casos se trata de una institución de acceso directo.⁷⁰¹ A diferencia de otras figuras, las personas pueden acudir directamente al *ombudsman* para realizar sus quejas y evitarse una serie de trámites engorrosos y por demás tardíos. Por otra parte, el contacto directo con la ciudadanía produce una gran confianza en la institución, hecho que sin lugar a dudas repercute de una manera positiva en el éxito social de esta figura y por consiguiente en la fuerza moral de sus determinaciones.

La actuación del *ombudsman* está caracterizada por una serie de elementos poco comunes que lo ponen en una clara ventaja respetto de otras ins-

⁶⁹⁶ García Ramírez, S., "Ombudsman y tutela interamericana de derechos humanos", en G. Escobar Roca (coord.), *El ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 90.

⁶⁹⁷ Carpizo, J., "Algunas semejanzas..." *op. cit.*, p. 8.

⁶⁹⁸ Zapatero Gómez, V., "Procedimientos no jurisdiccionales de protección en el ámbito estatal", *Tutela de los derechos humanos*, Madrid, Defensor del Pueblo, 2003, p. 123.

⁶⁹⁹ Escobar Roca, G., "Del derecho débil a la fuerza de los derechos", en G. Escobar Roca, (ed.), *El ombudsman en el sistema internacional de Derechos Humanos: contribuciones al debate*, Madrid, Dykinson, 2007.

⁷⁰⁰ Constenla, C. R., *op. cit.*, p. 270.

⁷⁰¹ Carballo Armas, P., *El Defensor del Pueblo... op. cit.*, p. 42.

tituciones. En primer lugar, se encuentra su autonomía; es decir, que no recibe órdenes ni instrucciones de nadie, tampoco del cuerpo colegiado que le designó. Esta característica le permite tener un mayor campo de actuación sin obstáculos ni limitantes que hacen más efectiva su labor.⁷⁰²

Su independencia, que es indudablemente otro punto a su favor, forma parte de una de las garantías esenciales de su eficacia.⁷⁰³ Ninguno de los poderes estatales puede darle instrucciones específicas para actuar. Su independencia se da desde cuatro vertientes: *institucional*, es decir, que el *ombudsman* no forma parte del gobierno ni de los poderes del Estado; *funcional*, que es libre a la hora de actuar; *personal*, que trabaja sin perjuicios y de una forma imparcial y, *presupuestaria*, que tiene la facultad de proponer su presupuesto y de destinarlo de la forma que crea más conveniente.⁷⁰⁴ Al final, la independencia en todos esos marcos será esencial para que el *ombudsman* logre con plenitud cumplir con su función fiscalizadora de la Administración Pública.

Otra cuestión positiva que presenta esta figura y que abona a su perfeccionamiento es su neutralidad política. En esta época es casi una realidad que todas las instituciones de gobierno se vean inmiscuidas en cuestiones políticas. Esto las califica indiscutiblemente como instituciones parciales que tienden a favorecer a un solo sector de la población. El punto a favor del *ombudsman* radica en que, a diferencia de otras figuras, se encuentra libre de toda presión política, es decir, es totalmente imparcial. Al no ser de elección popular, el *ombudsman* es expresión de la voluntad de la mayoría y no sólo de la parte que lo votó; aunado a que, al no tener intereses políticos puede actuar con plena libertad y sin ningún tipo de compromisos respecto de partidos políticos o con el propio gobierno.⁷⁰⁵

⁷⁰² Carpizo, J., "Principales diferencias entre el ombudsman... *op. cit.*", p. 7, Constenla, C. R., *Teoría y Práctica del Defensor...* *op. cit.*, p. 262 y López Basaguren, A. y Maestro Buelga, G., *Ararteko...* *op. cit.*, pp. 64-65.

⁷⁰³ Colomer Viadel, A., *El Defensor del Pueblo...* *op. cit.*, p. 61.

⁷⁰⁴ Oosting, M., *op. cit.*, pp. 19-21.

⁷⁰⁵ Colomer Viadel, A., *El Defensor del Pueblo...* *op. cit.*, p. 66 y Fernández Ruiz, J., *Derechos humanos y ombudsman en México*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/883/14.pdf>, septiembre de 2013.

De igual forma hay que destacar el umbral fundamental que engrandece la actuación del *ombudsman*; el principio *pro homine*, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁷⁰⁶ De esta forma, la función del *ombudsman* se constituye en una verdadera garantía de interpretación constitucional, que permite asegurar en y para todos los niveles el respeto y la vigencia de los derechos humanos.⁷⁰⁷

259

Los mecanismos flexibles con los que actúa el *ombudsman* es otro aspecto que resulta favorable. Esta flexibilidad hace que, a diferencia de otras instituciones rígidas, sea capaz de adaptarse de una mejor forma a las nuevas situaciones y necesidades sociales. Los problemas sociales que existían anteriormente no son los mismos a los que se enfrentan las actuales sociedades globalizadas, por ello, no serviría de mucho que el *ombudsman* trabajara de la misma forma que hace cincuenta años o, peor aún, que lo hiciera bajo los mismos parámetros en todas las sociedades cuya figura se encuentra reconocida. En razón de esto Fernández Rodríguez afirma que: "no sólo estamos ante una institución asentada en el mundo democrático sino también ante una figura que puede enfrentarse con éxito a los retos que el siglo XXI plantea a los derechos de la ciudadanía y a las dificultades que traban a la buena administración".⁷⁰⁸

En conclusión, la figura del *ombudsman* ofrece notables ventajas sobre los medios clásicos de control de la Administración Pública. Ventajas, que cada vez son más aceptadas por la doctrina, y que resume perfectamente Ricardo Pellón diciendo que:

⁷⁰⁶ Pinto, M., "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en M. Abregú y C. Courtis, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto, 1997, p. 163.

⁷⁰⁷ Castilla, K., "El principio *pro persona* en la administración de la justicia", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20, UNAM, México, 2009.

⁷⁰⁸ Fernández Rodríguez, J. J., "Los nuevos retos para las defensorías... *op. cit.*", p. 259.

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, insuficiente para atender todos los casos y caldeado por móviles y maniobras políticas, presenta la objetividad y profesionalidad de la función. Frente al carácter costoso, complicado y lento del control judicial, ofrece un procedimiento ágil, gratuito, rápido y flexible. Al administrado le basta con dirigir un escrito desprovisto de formalidades, y las actuaciones se ponen en marcha [...] No se precisa asistencia técnica [...] Además tiene un campo de fiscalización más amplio que el del juez; no sólo vigila la aplicación de la ley, sino que examina prácticas administrativas y formas de actuación que no quedan bajo el control jurisdiccional; vela por la moral administrativa en su más amplio sentido; [...] realizando una crítica constructiva de las deficiencias detectadas, dando consejos y recomendaciones para mejorar las relaciones administración-administrado.⁷⁰⁹

A pesar de estas claras ventajas, actualmente hay quienes se niegan a reconocer la eficacia de esta institución, que ha sido reflejo de su rápida expansión por todo el mundo. Y es que “más allá de las palabras y los conceptos, se ha justificado que los países que cuentan con sistemas democráticos que funcionan bastante bien, y cuyos habitantes gozan efectivamente de amplios derechos políticos y sociales, sin importar las diferencias de los sistemas jurídicos han aceptado esta institución y la han fortalecido”.⁷¹⁰

Por todo lo anterior, se puede afirmar que el *ombudsman* es una institución que llegó para quedarse; vino para fortalecer los sistemas democráticos, para reforzar los límites del poder público y el fortalecimiento del Estado de derecho, y especialmente, para lograr una mayor y mejor protección de los derechos humanos en el mundo. Para lograr esto se requiere, indiscutiblemente, tanto del reconocimiento de la sociedad como del apoyo de las autoridades administrativas, entendiendo, claro está, que el *ombudsman* no es un remedio para todos los males y que es una institu-

⁷⁰⁹ Pellón, R., *El Defensor del Pueblo... op. cit.*, pp. 17-18.

⁷¹⁰ Larios Díaz, A., “La protección no jurisdiccional de los derechos humanos”, *Diplomado de Derechos Humanos*, 27 y 28 de septiembre, México, 2012, <http://www.defensoria.ipn.mx/Documents/DDH8G/MODULO%202/MODULO%202.pdf>, noviembre de 2013.

ción que nunca estará plenamente acabada pues requiere ir cambiando y ajustándose a las necesidades de cada época y de cada sociedad.⁷¹¹

Valoraciones negativas de la institución

Todas las instituciones por muy buenas que sean presentan aciertos y fallos, es decir, que al lado de la vertiente positiva aparece siempre la negativa. En este sentido, el *ombudsman* no es la excepción, más aún si se toma en cuenta que al ser una institución que se encuentra en constante adaptación, suele funcionar con algunos desaciertos durante su eterno proceso de perfeccionamiento. Así pues, a partir de ahora me referiré a las valoraciones negativas que, aun cuando no se hacen con el afán de ofender a aquellos que siguen creyendo ciegamente en esta figura, lo cierto es que en muchos casos resultan bastante radicales.

261

Cierto es que la propia naturaleza de esta institución, poco común, hace que haya lugar a una infinidad de lagunas y cuestionamientos que ponen en duda su existencia y eficacia. Pecarían de ingenuos quienes piensen que será el propio *ombudsman* quien denuncie sus defectos y espacios en blanco. No hay duda de que es a la doctrina y a los estudios de ella a quien nos corresponde esta singular tarea, por lo cual, esta parece ser una de las tantas justificaciones de este libro.

Hay quienes afirman que, si bien el *ombudsman* es una figura cuya existencia no se puede negar, esto se debe únicamente al mal funcionamiento de orden jurídico, a su falta de aplicación y a la irresponsabilidad con la que actúan los funcionarios públicos, pero que cuando las cosas mejoren en cada país, esta institución deberá desparecer por inútil.⁷¹² Evidentemente, esta es una valoración que, al menos hoy, no puede ser comprobada, lo cual no implica que deba ser pasada por alto. De una manera menos radical, López Basaguren y Maestro Buelga, advierten que "hay que tener en cuenta que la institución lleva funcionando muy poco tiempo, por lo que todavía no ha calado suficientemente en la cultura política

⁷¹¹ En este mismo sentido Arteaga Izaguirre, J. M., *op. cit.*, p. 98 y Constenla, C. R., *op. cit.*, p. 258.

⁷¹² Larios Díaz, A., *op. cit.*

y administrativa, lo que, como es obvio, resulta decisivo, para la configuración de una magistratura de opinión".⁷¹³

Entre las críticas más comunes del *ombudsman* se encuentra que es una institución con poca autoridad⁷¹⁴ y que sus recomendaciones no tienen fuerza coercitiva.⁷¹⁵ El cumplimiento de sus determinaciones queda a la voluntad de la Administración Pública, lo que en todo caso tampoco favorece a la garantía de los derechos humanos. Aunado a lo anterior, se destaca que es una institución que no tiene competencia propia; que viene a usurpar las funciones de otros órganos,⁷¹⁶ y que es una figura que saldría sobrando si los órganos del poder cumplieran bien con sus funciones.⁷¹⁷

A todo lo anterior hay que agregar que su ámbito de actuación es limitado.⁷¹⁸ Desde este punto de vista su auténtica labor queda cortada en muchos ámbitos. A manera de guisa, el *ombudsman* no puede actuar si no ha existido intervención de la Administración Pública; tampoco si se trata de conflictos entre particulares⁷¹⁹ o en materia electoral y laboral; si ha transcurrido más de un año desde que se tuvo conocimiento de los hechos; si se trata de quejas anónimas; o si el caso está pendiente de una resolución judicial. Con esto lo que quiero enfatizar es que la función de este tipo de instituciones no abarca muchos sectores en donde siguen existiendo graves violaciones a los derechos humanos, por tanto, habría que poner en duda su existencia o al menos la eficacia en su actuación.

Mucho se ha dicho respecto a los costos que implica para un Estado la implementación y el mantenimiento de esta figura. Está por demás de-

⁷¹³ López Basaguren, A. y Gonzalo, Maestro Buelga, *op. cit.*, p. 260.

⁷¹⁴ Puy Muñoz F., "El Defensor del Pueblo... *op. cit.*", p. 46.

⁷¹⁵ Cazorla Pérez, J. y Cano Bueso, J. B., "Los Defensores del Pueblo: imagen pública e interrelaciones jurídicas", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Sociales, 1988, pp. 27-47, Constenla, C. R., *op. cit.*, p. 267, Larios Díaz, A., *op. cit.*, Puy Muñoz F., "El Defensor del Pueblo... *op. cit.*", 47.

⁷¹⁶ Larios Díaz, A., *op. cit.*, Puy Muñoz F., "El Defensor del Pueblo... *op. cit.*", p. 49.

⁷¹⁷ Larios Díaz, A., *op. cit.*

⁷¹⁸ Carballo Armas, P. *op. cit.*, p. 101 y Pérez-Ugøna M. y Coromina, *op. cit.*, p. 16.

⁷¹⁹ Este es un de los puntos más criticados dado que en la práctica hay una infinidad de casos de violaciones a derechos humanos en donde no necesariamente intervine un servidor público y que, sin embargo, resultaría positiva o al menos cuestionable la intervención del *ombudsman*.

cir que es una institución costosa.⁷²⁰ Los presupuestos que se destinan anualmente a estas instituciones son, en muchos casos, excesivos. Para algunos su función lo vale, pero para otros tantos, no. Éste es un punto que se ha cuestionado mucho, sobre todo en España, debido a la crisis económica por la que atraviesa actualmente. Existen estudios recientes en este país que afirman que se ahorrarían treinta millones de euros anuales con la supresión de once defensorías autonómicas, de esta forma, las funciones de estas defensorías pasarían a manos del Defensor del Pueblo.⁷²¹ Esta es una propuesta que se ha analizado últimamente en algunos países sobre todo de la Unión Europea.⁷²²

263

Otro punto de fricción que encuentra la doctrina es en las relaciones de las instituciones nacionales con respecto a las regionales o locales. En la praxis no hay una verdadera relación de cooperación ni comunicación entre ellas, sino más bien de conflictos.⁷²³ Esta situación resulta alarmante si se toma en cuenta que lo que se hace es desvirtuar y marginalizar a las instituciones regionales. “Estos problemas son, además, preocupantes porque vienen provocados por la regulación de la legislación orgánica, cuya modificación no parece ser considerada necesaria”.⁷²⁴ Y es que, al menos teóricamente, el *ombudsman* sin importar el nivel en el que trabaje, debe ser una institución que se caracterice por su autonomía. Esta cualidad no sólo puede ser atribuible a las instituciones de competencia nacional. En este sentido, la regulación legal parece ser poco precisa.⁷²⁵ Así, el *ombudsman* nacional parece tener preeminencia y exclusividad sobre las figuras similares en el ámbito regional, y peor aún parece ser la situación que le ocupa al *ombudsman* municipal.⁷²⁶

⁷²⁰ Bar Cendón, A., *op. cit.*, p. 77. y Puy Muñoz F., “El Defensor del Pueblo...” *op. cit.*, p. 46.

⁷²¹ Díez, A., “La supresión de los defensores del Pueblo autonómicos ahorrarían 30 millones al año”, *El País*, Madrid, 20 de junio de 2013.

⁷²² En 2010 se aprobó una ley italiana que suprime la figura del *ombudsman* local. Esto se hizo con la finalidad de reducir gastos. De esta forma se pretende que con el paso del tiempo esta figura deje de existir en los municipios de dicho país, <http://www.theioi.org/es/noticias/italia-una-nueva-ley-suprime-las-instituciones-del-ombudsman-local>, noviembre de 2013.

⁷²³ López Basaguren, A. y Maestro Buelga, G., *op. cit.*, p. 61 y Puy Muñoz F., “El Defensor del Pueblo... *op. cit.*, p. 46.

⁷²⁴ López Basaguren, A. Maestro Buelga, G., *op. cit.* p. 261.

⁷²⁵ González-Ares, J. A., *op. cit.* p. 275.

⁷²⁶ En relación a la situación del *ombudsman* municipal *Cfr.* Astarloa Villena, F., “El Defensor del Pueblo...” *op. cit.* y Rovira Viñas, A., *op. cit.*

Un claro ejemplo de esta problemática es la situación por la que atraviesa la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. ¿Qué grado de autonomía puede ejercer una institución cuyas resoluciones pueden estar sujetas a modificación de otra institución? ¿Es la CNDH un órgano superior jerárquicamente respecto de la Codhem? Esta situación resulta, sin lugar a dudas, poco favorable. El hecho de que no se valoren y respeten sus determinaciones pone en entredicho su autonomía y su eficacia. Así, la doctrina habría de reconsiderar la naturaleza de esta figura, pues una institución cuyas determinaciones se modifican a la voluntad de otra, puede ser todo, menos autónoma.

Relacionado con lo anterior, se encuentra el problema de las competencias concurrentes, y es que, al tener las primeras (instituciones nacionales) competencias en todo el territorio y, las segundas, (instituciones regionales o locales) una competencia parcial en el mismo terreno, existe la posibilidad de que se produzcan resoluciones dobles y contradictorias sobre el mismo caso, generándose así, un conflicto o colisión de actuaciones en un mismo campo competencial.⁷²⁷ De este modo, se puede provocar la absurda consecuencia de un trabajo doble e inútil que implica también un gasto innecesario. Por lo anterior, se requiere generar mecanismos eficientes de comunicación entre las figuras de ambos niveles que permitan evitar estas discrepancias.⁷²⁸

Por otra parte, es preciso resaltar algunos de los problemas más frecuentes a los que se enfrenta la institución a la hora de actuar, los cuales, comparten como principal consecuencia el debilitamiento de la figura. En primer lugar, se encuentra la falta de independencia, esto conlleva, sin lugar a dudas, al des prestigio de la institución. Desde este punto de vista intervienen varios factores: que el proceso de elección esté inmerso en cuestiones políticas, es decir, la mala cultura jurídica de la clase política; que la persona que esté a cargo de la institución no sea la idónea, es decir, que tenga más preocupación por intereses personales y políticos que por proteger realmente los derechos humanos y, finalmente, que no haya

⁷²⁷ Carro Fernández-Valmayor, J., “Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras autónomas afines”, *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, núm. 243, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1989, p. 531.

⁷²⁸ Fernández Rodríguez, J. J., “Defensor del Pueblo... op. cit., p. 265.

una verdadera cultura de derechos humanos en la sociedad que permita dar al *ombudsman* la legitimación que necesita para reforzar sus determinaciones.⁷²⁹

En segundo lugar, está el exceso de mecanismos de garantías. No me refiero a las defensorías regionales o locales sino a aquellas instituciones con funciones similares a las del *ombudsman* (de prensa, del consumidor, universitario, etc.). El hecho de que se creen infinidad de mecanismos ocasiona que los que existan pierdan valor ante la sociedad,⁷³⁰ ya que cada vez puede haber más conflictos de fondo y confrontaciones competenciales entre ellos. Esta situación implica invariablemente el des prestigio de la institución.⁷³¹ “El sistema de garantías debe ofrecer las vías que permitan proteger adecuadamente los derechos, no ofrecer muchas vías”.⁷³² La eficacia de esta institución no es como erróneamente se cree, una cuestión de números.

265

El tercer problema relacionado con la cultura de derechos humanos en la sociedad es el desconocimiento de la institución.⁷³³ Esto puede llegar a provocar confusión de sus funciones respecto de los de otros organismos.⁷³⁴ Los datos estadísticos, tanto de la institución española como de la mexicana, son prueba de ello. Aproximadamente una tercera parte de las quejas que recibe el *ombudsman* son rechazadas por no ser de su competencia.⁷³⁵ Ya lo decía el anterior Valedor do Pobo José Julio Fernández Rodríguez: “la complejidad jurídica de la naturaleza del *ombudsman* es una dificultad para su conocimiento por parte de la ciudadanía. De ahí la conveniencia de llevar a cabo campañas y planes que fomenten este conocimiento explicando la bondad de sus cometidos”.⁷³⁶

⁷²⁹ Cuéllar Martínez, R., *Estándares mínimos para el establecimiento y funcionamiento del ombudsman*, <http://www.catedradh.unesco.unam.mx/BibliotecaV2/html/Ombudsman.html>, junio de 2013.

⁷³⁰ Bar Cendón, A., *op. cit.*, p. 77 y Puy Muñoz F., “El Defensor del Pueblo... *op. cit.*”, p. 49.

⁷³¹ Puy Muñoz F., “El Defensor del Pueblo... *op. cit.*”, p. 49.

⁷³² Fernández Rodríguez, J. J., “*Defensor del pueblo...*” *op. cit.*, p. 248.

⁷³³ Cuéllar Martínez, R., *Estándares mínimos para el establecimiento y funcionamiento del ombudsman*, <http://www.catedradh.unesco.unam.mx/BibliotecaV2/html/Ombudsman.html>, junio de 2013, pp. 13-14.

⁷³⁴ Astarloa Villena, F., “El Defensor del Pueblo...” *op. cit.*, p. 121.

⁷³⁵ Colomer Viadel, A., *op. cit.* p. 204.

⁷³⁶ Fernández Rodríguez, J. J., “Los nuevos retos... *op. cit.*”, p. 249

Por último, se encuentra la politización y la burocratización de la institución. En este sentido, Villalba Benítez señala que: "la politización se produce a través de intentos de debilitar la institución a través de presiones políticas o de influir en la elección del *ombudsman*, y la burocratización mediante la designación de un número excesivo de funcionarios, principalmente para atender la demanda del trabajo".⁷³⁷

Estas son algunas de las dificultades por las que atraviesa actualmente el *ombudsman* en México y en España. Sin lugar a dudas estos problemas, que al día de hoy no ha logrado desaparecer, obstaculizan y ponen en entredicho su eficacia.

Con todo esto, ha quedado claramente evidenciado que el *ombudsman* al igual que todas las instituciones que existen, plantea pros y contras. La diferencia es que los primeros son más fáciles de detectar y los segundos muchas veces se prefieren pasar por alto. Se trata pues de una institución que, aun con todas sus cualidades, sigue teniendo muchos campos de actuación inconclusos, espacios vacíos que deben ser subsanados y situaciones que deben ser reconsideradas. Por tanto, más allá de criticarla, habría que pensar en implementar mejores formas que le permitan llevar a cabo, de una manera más eficaz, todos sus cometidos para los cuales fue creada. Esta es una tarea que no debe ser obviada dado que es mucho lo que está en juego.

Valoraciones finales

Una vez expuestas tanto las valoraciones positivas como las negativas parece necesario ir perfilando una postura que incluya ambos rubros y funcione como la síntesis de las tesis y antítesis previamente mencionadas. Considero que resultaría poco inteligente y nada propositivo tomar una postura radical ya sea a favor o en contra de la institución. De lo que se trata entonces es de abonar al perfeccionamiento de una institución que al menos, hoy por hoy, parece ser un mecanismo útil para la protección de los derechos humanos dentro del campo de la Administración Pública.

⁷³⁷ Villalba Benítez, L., *op. cit.*, p. 10.

Como es bien sabido, el *ombudsman* es uno de los fenómenos más notable en los últimos años. Se puede afirmar sin temor a equivocarse que esta figura es una realidad en países de todos los continentes. Las sociedades actuales se caracterizan por tener un sentimiento más exigente de la justicia y del respeto de sus derechos humanos.⁷³⁸ Esto conlleva a que los gobiernos se encuentren más presionados por sus gobernados que son cada vez más conscientes de la obligación que tiene el Estado de brindarles mecanismos de tutela más eficientes, que les permitan protegerse de las actuaciones irregulares de una Administración Pública que cada vez se hace más compleja.

267

Ya lo decía Puy Muñoz:

este alcance de las competencias y funciones del Defensor del Pueblo, aparece de extraordinaria importancia, puesto que hoy día en los modernos Estados industriales y formalmente democráticos, no es frecuente que el ciudadano tenga que soportar una flagrante y directa violación de sus derechos fundamentales, pero por el contrario constituyen el pan nuestro de cada día el conjunto de irregularidades, desatenciones o simple ineeficacia que caracterizan las relaciones entre el ciudadano y el moderno Leviatán de la Administración Pública.⁷³⁹

Actualmente existen tantas clases de *ombudsman*, como países que adoptan esta figura. Esto se debe a que cada país le da un perfil propio a la institución de acuerdo a su contexto jurídico-político, su realidad y su cultura de derechos humanos. Estos factores influyen invariablemente en mayor o menor medida para el establecimiento de esta figura en cada caso concreto.⁷⁴⁰

Por otra parte, es muy importante recordar que el *ombudsman* es un órgano del Estado, no del gobierno, es decir, es un ente público, creado por la Constitución o por la ley para que cumpla funciones públicas y cuyas atribuciones están expresamente señaladas, pero no es ni forma parte

⁷³⁸ Maiorano, J. L., *Perfil de un buen ombudsman*, http://www.jorgeluismaiorano.com/index.php?option=com_content&view=article&id=75&Itemid=56, diciembre de 2013.

⁷³⁹ Puy Muñoz, F., *Los derechos humanos...* op. cit., p. 34.

⁷⁴⁰ En el mismo sentido Cuéllar Martínez, R., op. cit.

de ningún órgano de gobierno.⁷⁴¹ Por tanto, no debe entenderse a esta institución como “un sistema alternativo nuevo o sustitutivo de los controles administrativos tradicionales”,⁷⁴² sino por el contrario, como un instrumento complementario que “refuerza la efectividad del estatuto constitucional de los derechos fundamentales”.⁷⁴³

Desde luego que la labor del *ombudsman* también desempeña una función preventiva. Sus recomendaciones, informes y documentos ejercen una influencia educativa para los funcionarios públicos y para la sociedad en general. Su actividad debe impactar en el mejor funcionamiento de la Administración Pública y en la cultura de protección de los derechos humanos. De esta forma, se podrán evitar muchas situaciones que ponen en entredicho el efectivo goce que puedan tener las personas respecto de sus derechos fundamentales.

En países democráticos como México y España, la institución del *ombudsman* desempeña un papel primordial: colabora al establecimiento y consolidación de una democracia sólida y estable y se constituye como un mecanismo de garantía complementario a los ya existentes. Así, “el *ombudsman* no es un lujo de las sociedades desarrolladas [...] es una necesidad evidente de todo Estado de derecho e inherente a una democracia avanzada”.⁷⁴⁴

Otra cuestión que se debe tomar en cuenta para el análisis de esta figura es el proceso de evolución que ha sufrido desde sus orígenes. El sistema político en el que surgió el *ombudsman* escandinavo es muy distinto al que existe actualmente. El número de habitantes es considerablemente mayor lo que hace que haya una Administración Pública más voluminosa y compleja.⁷⁴⁵ Por tanto, no es igual hablar de la institución sueca tal y como era entendida en sus inicios, que hablar de la institución que hoy en día predomina en el común de los países.

⁷⁴¹ Carpizo, J., *Algunas preocupaciones sobre la institución del ombudsman*, file:///C:/Users/Lic.%20Bernal/Desktop/conclusiones%20II.htm., noviembre de 2013.

⁷⁴² Arteaga Izaguirre, J. M., *op. cit.* p. 98.

⁷⁴³ Puy Muñoz F., “El Defensor del Pueblo...” *op. cit.*, p. 43.

⁷⁴⁴ Maiorano, J. L., *Perfil de un buen...* *op. cit.*

⁷⁴⁵ Arteaga Izaguirre, J. M., *op. cit.*, pp. 234-236.

En un inicio, las funciones del *ombudsman* se limitaban al control de la Administración Pública, mientras que hoy, con una visión más amplia, parece estar comprometida con valores esenciales como la protección de los derechos humanos, su divulgación y su fortalecimiento.⁷⁴⁶ De esta forma se puede afirmar que en el *ombudsman* “es una función pero también una misión: predicar el respeto por la dignidad humana, el derecho, la justicia y la paz”.⁷⁴⁷

Como acertadamente lo refiere Soberanes Fernández: “el papel del *ombudsman* implica no sólo parecerlo sino además serlo, pues la sola investidura no garantiza una buena faena para que la sociedad tenga acceso a la justicia por medio de la instancia encargada de proteger y defender los derechos humanos de sus integrantes contra los abusos del poder”.⁷⁴⁸ Para ser un verdadero *ombudsman* es necesario, en primer lugar, tener bien clara cuál es su misión; además, debe tener un sentido profundo de solidaridad y de humanismo. Quien se acerca a esta institución lo hace con la esperanza de que puedan ser atendidos y superados sus reclamos.⁷⁴⁹ Por ello, “el *ombudsman* necesita escuchar las críticas y aprender de ellas, de lo contrario se aleja del humanismo que debe caracterizarle, porque es un ente vivo que debe proyectar como protagonista a la persona humana”.⁷⁵⁰

269

La *auctoritas*, de la que ya mucho se ha hablado, es otro elemento *sine qua non* para la existencia y eficacia del *ombudsman*. Es una magistratura de opinión y de influencia. Su singular naturaleza le permite aconsejar y recomendar, más nunca obligar. La influencia que resulte de sus recomendaciones dentro de la sociedad es el punto clave para mantener de pie a esta institución. La fuerza de su autoridad moral “depende fundamentalmente del crédito que merezca, es decir, el que los ciudadanos le den por la dignidad con que desempeñe su función”.⁷⁵¹ La *auctoritas* de esta institución se gana y se pierde, no se hereda ni se recibe con la inves-

⁷⁴⁶ González-Ares, J. A., *op. cit.*, p. 35.

⁷⁴⁷ Constenla, C. R., *op. cit.*, p. 271.

⁷⁴⁸ Soberanes Fernández, J. L., *El ombudsman nacional...* *op. cit.*, p. 93.

⁷⁴⁹ Maiorano, J. L., *Perfil de un buen...* *op. cit.*

⁷⁵⁰ Hernández Sandoval, L. A., *op. cit.*

⁷⁵¹ Constenla, Carlos, R., *op. cit.*, p. 268.

tidura; por eso cada *ombudsman* deberá conservarla en la medida de sus actuaciones.⁷⁵²

Se trata entonces de que el *ombudsman* despliegue todas sus facultades persuasivas para prevenir que la Administración Pública vulnere los derechos fundamentales de los particulares con actos u omisiones que se encuentran totalmente fuera del marco de legalidad, y que sin embargo, no cuentan con mecanismos de sanción.⁷⁵³

270

Aunado a lo anterior, para actuar como un verdadero *ombudsman* se debe contar con un mínimo de elementos que aseguren el buen desempeño de sus funciones. En este sentido, debe gozar de independencia institucional, funcional, personal y presupuestaria para abarcar un radio de acción que no vulnere su misión. No puede permitir, bajo ningún motivo, que se interfiera en su trabajo. De igual forma, debe ser un ente apolítico, es decir, mantenerse al margen de cualquier interés político que pueda afectar su parcialidad;⁷⁵⁴ distinguirse por su procedimiento nada formalista y por sus resoluciones de carácter no vinculante; así como llevar a cabo todas sus funciones sin interferencia de ningún poder estatal y disponer de un presupuesto anual, el cual provendrá de una propuesta hecha por la propia institución, ya que es la que mejor conoce los recursos que requiere y cómo gastarlos.

Otro elemento que considero importante resaltar es el carácter cambiante que distingue al *ombudsman*. Se trata de una institución que evoluciona con la sociedad y con sus problemas. “Una catalogación definitiva redundaría en perjuicio de esta figura, que nunca debe mantenerse estática ni aferrada a un modelo determinado”.⁷⁵⁵ Por tanto, debe caminar de la mano de las nuevas demandas sociales y hacer frente a ellas; lo cual lleva a que cada día modifique aspectos que en algún momento fueron suficientes para garantizar los derechos fundamentales de los gobernados. Si la sociedad es un ente cambiante, el *ombudsman* también tiene

⁷⁵² Zapatero Gómez, V., *op. cit.*, p. 124.

⁷⁵³ Corchete Martín, M. J., *El Defensor del Pueblo... op. cit.*, p. 186.

⁷⁵⁴ Cuéllar Martínez, R., *op. cit.*, y Maiorano, J. L., *Perfil de un buen... op. cit.*

⁷⁵⁵ Corchete Martín, M. J. *op. cit.*, p. 186.

que serlo, más si se considera que su misión es estar siempre del lado de la sociedad.⁷⁵⁶

Requiere, por tanto, salir del estado de “confort” y tener la capacidad para adaptarse a los cambios y a las necesidades de cada sociedad y de cada época.⁷⁵⁷

Es como decía Arteaga Izaguirre:

al *ombudsman* corresponde la responsabilidad de canalizar las nuevas exigencias que van surgiendo de las sociedades modernas, para que en su día puedan cristalizar en una visión ampliada de los derechos constitucionales, o, por decirlo de manera más expresiva, para que los derechos que se le reconocen por las constituciones democráticas a los ciudadanos coincidan cada vez en mayor medida con los derechos humanos, en todo lo que aún implican de exigencia para superar situaciones de injusticia claras”.⁷⁵⁸

271

La cercanía de esta institución con la sociedad es un aspecto fundamental. El *ombudsman* “encuentra su legitimación más importante en el respaldo que reciba de la comunidad que protege”.⁷⁵⁹ Por tanto, la propia naturaleza de esta figura le demanda vivir para servir a favor de la sociedad. Un *ombudsman* que trabaje alejado de la sociedad nunca podrá asegurar su permanencia; probablemente pueda permanecer por algún tiempo atendiendo intereses políticos o personales, pero al final, la sociedad se lo demandará y su autoridad moral terminará por ser nula. Sin embargo, el hecho de que tenga que estar del lado de la sociedad no implica que sea enemigo de los funcionarios públicos, es necesario superar esa idea. A través de las actuaciones del *ombudsman* se puede poner de manifiesto hasta qué punto gran parte de esa mala administración de que se quejan los ciudadanos no es consecuencia directa de una mala conducta funcional, sino más bien de la estructura administrativa de cada gobierno.

⁷⁵⁶ Soberanes Fernández, J. L., *op. cit.*, p. 93.

⁷⁵⁷ Ayeni, V. O., *op. cit.*, p. 50.

⁷⁵⁸ Arteaga Izaguirre, J. M., *op. cit.* p. 98.

⁷⁵⁹ Cuéllar Martínez, R., *op. cit.*, p. 10.

El *ombudsman* tiene la difícil tarea de trabajar sobre una Administración que cada vez se hace más compleja. Debe resolver lo que nadie resuelve y llegar donde el resto de las instituciones no pueden; es decir, actúa sobre los espacios vacíos donde el desempeño de los poderes públicos parece quedar fuera del alcance de los mecanismos tradicionales de garantía. Tal como refiere Corchete Martín “ésta debe ser la auténtica finalidad de la institución: actuar como complemento garantista en todas aquellas situaciones que no puedan ser garantizadas mediante los mecanismos de tutela y control que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los particulares”.⁷⁶⁰

De esta forma, se abren dos caminos complejos sobre los cuales el *ombudsman* debe caminar: la evolución de los problemas de una sociedad cada vez más cansada de los abusos del poder y, los progresivos cambios que día con día nacen en la Administración Pública. Está claro entonces que la labor de esta institución es infinita. Garantizar los espacios en blanco donde el resto de las instituciones y poderes no puede actuar, requiere esfuerzo y constancia que, de no ser por esta figura, quedarían bajo la más absoluta inmunidad.

Entonces, al margen de los esquemas doctrinales, el *ombudsman* es una institución que se legitima por su propia actuación; esto es, por el trasfondo social que fundamenta su intervención. “Esta legitimación nace de la sociedad pero, también, del carácter que esta institución imprime al desarrollo de sus cometidos”.⁷⁶¹ Se trata de una figura que ha demostrado ser capaz de adaptarse a las distintas sociedades y de gozar con el respaldo social necesario para asegurar su permanencia.

Además de esta adaptación social, el *ombudsman* requiere ajustarse a los sistemas jurídicos de cada país, es decir, que la ley converge con su realidad. Es necesario, por tanto, que exista un escenario normativo que le respalde no sólo a nivel nacional sino también internacional. El *ombudsman* debe utilizar todo el marco legal disponible para una mejor promo-

⁷⁶⁰ Corchete Martín, M. J., *op. cit.* p. 186.

⁷⁶¹ Corchete Martín, M. J., *op. cit.* pp. 183-184.

ción y protección de los derechos humanos; esto le permitirá, indudablemente, un mejor desarrollo. En el caso de México y España no cabe duda que cuenta con un fundamento y sustento jurídico, tanto en la normatividad propia de cada país como en el ámbito internacional, hecho que sin lugar a dudas abona positivamente a su fortalecimiento.

Pero de poco o nada le sirve al *ombudsman* contar con medios legales apropiados, instrumentos eficaces y atribuciones sensatas si la persona que está a su cargo no logra comprender la importancia y la trascendencia de su función.⁷⁶² La efectividad de este tipo de instituciones dependerá en gran medida de la labor que lleve a cabo el titular de la misma. “Una tarea callada y sumisa puede redundar, a veces, en perjuicio de su propia efectividad pública, mientras que su presencia en conflictos sociales denunciando públicamente actuaciones irresponsables de la Administración llevaría al impulso de estas instancias de garantía y control”.⁷⁶³

El procedimiento nada formalista de esta institución es otra característica que le distingue. Desde un punto de vista personal, creo que ésta es una clara ventaja que sitúa al *ombudsman* por encima del resto de los mecanismos de tutela, cuyos procesos de actuación son complejos y por demás formalistas. Previo a ello se encuentra otro camino igual o más eficiente para resolver las quejas de la sociedad, se trata de su facultad para mediar o conciliar. La amigable composición será siempre más rápida que una recomendación. Ya lo decía Carpizo: “su flexibilidad y antiburocratismo las hace 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”.⁷⁶⁴

Es claro que la tarea que le compete a esta institución es muy dura; diariamente trabaja cara a cara con patologías políticas y sociales; hace frente a situaciones denigrantes de injusticias, desigualdades y abusos. Pero, por muy cruel y desalentador que parezca su escenario, el *ombudsman*

⁷⁶² Hernández Sandoval, L. A., *op. cit.*

⁷⁶³ Corchete Martín, M. J. *op. cit.* p. 176.

⁷⁶⁴ Carpizo, J. *Algunas preocupaciones...* *op. cit.*

debe permanecer siempre en la lucha constante y con un ánimo positivo. De esta forma, se convierte en “un heraldo de esperanza que no es la convicción de que las cosas saldrán bien, sino la certidumbre de que algo tiene sentido sin importar su resultado”.⁷⁶⁵

Esto no implica de ninguna manera que se deba dejar todo en manos de esta institución. La protección de los derechos humanos es una tarea que compete a todos por igual. Grande es la responsabilidad que a cada uno le corresponde diariamente para legitimar esta maravillosa institución, que en última instancia se convierte en un “canto de esperanza y una apuesta a la solidaridad”.⁷⁶⁶ Como acertadamente refiere González-Ares: “pecarían de utópicos quienes piensen que sólo con la implantación del *ombudsman* se solucionan todos los problemas que aquejan a una Administración, pero si no es ésta institución una panacea para todos los males que origine la burocracia, siempre su aportación tendrá un valor indiscutible como parte del sistema de control de la Administración Pública”.⁷⁶⁷

Con todo lo anterior, me parece estar en una situación para poder afirmar que el *ombudsman* es una institución que resulta favorable para combatir los abusos u omisiones de la Administración Pública, y para garantizar la protección de los derechos humanos de los gobernados. Parece ser, al menos hoy, un mecanismo viable para tan importante misión; no obstante, que sigue presentando una serie de desajustes que deben ser subsanados. Dentro de su composición y su funcionamiento en cada país, aún existen aspectos particulares que habría que reconsiderar para un funcionamiento más efectivo, lo cual me lleva a pensar que más que una figura perfecta o imperfecta se trata de una institución incompleta cuyo camino al perfeccionamiento parece ser infinito.

A pesar de sus irregularidades, y aun cuando siguen existiendo personas que dudan de la conveniencia de esta noble institución, puedo concluir que su valor dentro de toda sociedad moderna es evidente. La

⁷⁶⁵ Constenla, C. R., *op. cit.*, p. 277.

⁷⁶⁶ Maiorano, J. L., *Perfil de un buen...* *op. cit.*

⁷⁶⁷ González-Ares, J. A., *op. cit.* pp. 36-37.

autoridad moral que viste al *ombudsman* lo ha llevado a alturas insospechadas que lo hacen ser una figura plenamente reconocida a nivel mundial. Esto lo convierte en un ferviente propulsor de la justicia, la igualdad, la dignidad humana y la paz. De modo que, si bien hay que aceptar que el *ombudsman* no es una figura totalmente acabada, parece ser, hoy por hoy, el mejor puente para lograr reconstruir la confianza de un pueblo en su propio gobierno y la efectiva protección de los derechos humanos.