

## EL OMBUDSMAN. SU INTERES EN LA ACTUAL SITUACION DE HISPANOAMERICA

HÉCTOR GROS ESPIELL (\*)

### I

Aunque la Institución del Ombudsman no es de reciente establecimiento, ya que la primera Ley sobre la materia se remonta a 1809, no puede discutirse que su difusión y adopción, con este u otro nombre, en países de muy diversos grados de cultura, tradición jurídica y ubicación geográfica, es reciente. Por eso puede decirse que es un tema novedosamente actual. Cada día se comprende mejor que su establecimiento responde excepcionalmente bien a muchas de las circunstancias que caracterizan hoy las consecuencias del creciente desbordamiento de la actividad administrativa, de la crisis de los sistemas tradicionales de control jurisdiccional y de la necesidad de una mejor, más simple, menos formal, más rápida y más eficaz defensa de los derechos de los individuos frente al Poder público.

Sin embargo, si pasamos lista a los sistemas jurídicos que han recogido la Institución del Ombudsman, con este nombre u otro, y entre ellos podemos citar a: Suecia, Finlandia, Noruega, Dinamarca, Israel, Australia, Nueva Zelanda, Portugal, República Fede-

---

(\*) Profesor de la Universidad de Montevideo; Miembro del Consejo del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo); Miembro del Consejo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José, Costa Rica); Vicepresidente del Instituto Internacional de Derechos Humanitarios (San Remo).

ral de Alemania, Inglaterra, Francia y España, y ahora Japón, y a algunos casos provinciales, estatales o municipales en Estados Unidos, Canadá y Suiza, vemos que casi todos ellos son ejemplos que se dan en países del mundo desarrollado, que acepta, además, una particular concepción política y económica.

En primer término, la inexistencia en la lista de países comunistas es el resultado de las particularidades de su sistema institucional y político en lo que se refiere a la defensa y garantía de la «legalidad socialista», atribuida en lo esencial, aunque no de manera exclusiva, en muchos de ellos, a un órgano esencialmente distinto al Ombudsman, la «Prokuraturía».

En cambio, en los países del Tercer Mundo la situación es distinta y debe hacernos meditar; pero no significa la no recepción de la idea de la existencia del Ombudsman, la imposibilidad, *a priori*, de su adopción futura. Creo que en muchos casos este fenómeno de la inexistencia de la figura del Ombudsman en la mayoría de los países del Tercer Mundo, ya que sólo pueden citarse cinco o seis ejemplos de Ombudsmans en estos Estados, puede ser la consecuencia de que la Institución fue originariamente ajena a la tradición jurídica de los sistemas en que se basó la Organización institucional de los países del Tercer Mundo. Pero, además, puede haber sido también el resultado del error, predominante en los años sesenta, pero actualmente ya superado, de creer que una política de desarrollo económico y social es incompatible con un sistema estricto de contralor jurídico de la administración y con un régimen muy riguroso de protección y garantía de los Derechos Humanos.

Hoy, por el contrario, se estima que el verdadero desarrollo sólo es posible si se realiza aceptando los contralores jurídicos y si se armoniza con la protección esencial de la libertad del hombre. De tal modo la concepción generalmente aceptada en nuestros días, que ve el desarrollo económico y social de los países jóvenes como un proceso que debe cumplirse dentro del Derecho, de la Justicia y de la libertad y la existencia de nuevos modelos asimilables, en función de la tradición histórica de los sistemas jurídicos de muchos de estos países del Tercer Mundo, permite pensar en la posibilidad de que la Institución del Ombudsman puede llegar a ser adoptada en gran parte de los países en vías de desarrollo. El caso

particular de la América Latina y las perspectivas y posibilidades de la adopción en ella de la Institución del Ombudsman lo trataremos de manera especial más adelante. Sin embargo, puede adelantarse que en nuestra América la inexistencia del Ombudsman es el resultado de nuestra herencia jurídica, de una tradición constitucional, influida básicamente por los modelos francés, estadounidense y español, que ignoraban esta Institución y por la presencia de otras figuras más o menos análogas (Fiscal General, Procurador General, etcétera), que podían considerarse como aptas para cumplir atribuciones del tipo de las que posee el Ombudsman. Las propuestas ahora consideradas en Colombia y Costa Rica para establecer esta institución y la discusión del tema en otros países latinoamericanos, son una manifestación de la vigencia de la idea en nuestros días.

Actualmente, sobre todo después de lo que al respecto resulta del precedente de las nuevas Constituciones de España y de Portugal y de los modelos ya existentes en el Derecho francés y en el Derecho anglosajón, es posible pensar que los obstáculos iniciales de tipo jurídico tradicional han dejado de existir.

\* \* \*

A mi juicio, todo análisis de la Institución del Ombudsman debe comenzar por situarla dentro del conjunto de regímenes, sistemas o procedimientos destinados a asegurar el control jurídico del Poder público en general y de la Administración en particular. Estos sistemas o procedimientos, por diferentes vías o mediante distintas fórmulas, tienen como objetivo esencial el de hacer realidad la existencia de un Estado de Derecho en el que la seguridad jurídica sirva de fundamento a la libertad en un orden integral de justicia.

El Contralor de la Constitucionalidad de las Leyes, que en sus variadísimas formas es un sistema que se encuentra ampliamente difundido en el Derecho Comparado, y el control jurisdiccional de la Administración, ya sea en sus formas judiciales, atribuido a los Tribunales del Poder Judicial o a Tribunales Especiales que no integran este Poder o en las fórmulas inspiradas en el modelo francés de la competencia anulatoria del Consejo de Estado, se

consideran hoy elementos indispensables para la vida de un Estado de Derecho.

A estos sistemas orgánicos se une la existencia de procedimientos tradicionales, cuyo conocimiento es atribuido generalmente a los Organos del Poder Judicial o a Tribunales especiales, destinados a proteger y garantizar los derechos y libertades de la persona humana, especialmente los derechos llamados de la libertad. El *Habeas Corpus*, en su acepción restringida, como garantía específica de la libertad física, o en su concepto amplio de garantía genérica de los Derechos Humanos, el Recurso de Amparo y el Mandado de Segurança, son ejemplos de Instituciones que han prestado un gran servicio a la causa del imperio del Derecho y a la defensa de la libertad.

A estos sistemas, procedimientos o recursos, se unen, en muchos casos, las competencias ejercidas por las Fiscalías o Procuradurías.

La creación del Ombudsman no significa renunciar a estos sistemas ni eliminar estos recursos. Es, por el contrario, algo que debe adicionarse a todas o a algunas de estas Instituciones o recursos, según los distintos sistemas jurídicos, para complementar desde una óptica distinta, actual y diferente, el control de la Administración y la protección del individuo. Por eso, no se trata de plantar una opción, sino de resolver un problema de armonización y coordinación en función del objetivo esencial: fortalecer y hacer más eficaz el sistema institucional para que el Estado de Derecho sea una realidad veraz y viva.

## II

En esencia, el Ombudsman es un órgano encargado de asegurar el desarrollo correcto de la actividad administrativa y la tutela de los derechos de los administrados. Por eso, las atribuciones que se le asignan son, con preferencia, de vigilancia y de control. Pese a que muchas veces sus competencias pueden tener carácter parajurisdiccional, el órgano generalmente se ha encuadrado dentro del Poder legislativo. Se le ha considerado como un delegado del Parlamento, pero sin que esto afecte su amplia autonomía y su

completa independencia. No es titular de poderes de orientación política. Su acción se dirige a la corrección del mal uso del Poder administrativo y de la lesión de los derechos individuales, sin que pueda llegar a sustituir, con su acción, a la Administración pública.

La verdad es que la Institución se ha desarrollado con gran empuje en los últimos tiempos, como consecuencia de la ineficiencia del sistema tradicional de garantías jurisdiccionales, frente a la acción progresivamente creciente, en intensidad y en amplitud, de la Administración.

Por lo demás, el Ombudsman ha tendido a asegurar la eficacia del control parlamentario, frente a las consecuencias negativas del hecho que resulta de la coincidencia de la mayoría del Parlamento con la línea seguida por el Gobierno. Ante este extremo, las formas tradicionales de control a cargo de la oposición parlamentaria se han visto fundamentalmente disminuidas y ha sido preciso pensar en una nueva forma de control del Parlamento, pero a cargo de una persona absolutamente independiente de la mayoría o de las minorías. De tal modo el Ombudsman tiende hoy a asegurar la existencia de un control parlamentario —más allá de las contraposiciones entre intereses de la mayoría y de las minorías—, sobre el funcionamiento de la Administración pública.

Es un control no sólo sobre el aspecto objetivo de la acción administrativa. El Ombudsman actúa asimismo para tutelar las situaciones individuales frente a la actuación de la Administración. Por eso se podría decir, como síntesis provisional, que el Ombudsman es un órgano vinculado al Poder legislativo, sin atribuciones estrictas de control político, garante del correcto uso del Poder administrativo, que asegura el buen proceder de la Administración y la defensa de los derechos lesionados por la actividad administrativa. El Ombudsman no integra el Parlamento, no está sometido a las instrucciones de éste; es apolítico, imparcial y objetivo, tanto por el régimen de su designación, que en general obliga a un acuerdo interpartidario, como por lo relativo a la duración de su mandato y a la independencia de sus funciones. Por lo demás, su autonomía de acción está, en general, reforzada por la discrecionalidad de que goza en la organización de su despacho, en la elección de sus colaboradores y en la dirección y desempeño de sus activida-

des. Sus poderes no son de revisión ni de anulación. Han sido calificados como el poder de la persuasión y la influencia respecto de la autoridad administrativa, el poder de adoptar iniciativas para plantear la corrección de los actos irregulares o lesivos de estas autoridades y el poder de dar a conocer sus críticas y sugerencias.

Hay otras características del Ombudsman que lo transforman en una Institución particularmente útil y hasta diría yo que especialmente necesaria hoy. Se trata de su aptitud para promover y proteger, frente a la Administración, no sólo los derechos civiles y políticos de los individuos, sino también sus derechos económicos, sociales y culturales. Esta categoría de derechos, cada día más importante, si se quiere pasar de una democracia formal a una democracia integral, cierta y estable, constituyen verdaderos derechos, es decir, que poseen una innegable jurisdicción y resultan de la misma raíz que los otros, ya que todos derivan de la esencial dignidad del ser humano. Pero estos derechos económicos, sociales y culturales, requieren para realizarse un hacer positivo del Estado, una actitud del Poder que brinde los medios materiales para que, por ejemplo, el derecho al trabajo, a la salud, al bienestar social, a la vivienda y a la seguridad social, se realicen efectivamente. De aquí que el control de la Administración, para evitar que no cumpla o cumpla mal o cumpla discriminatoriamente con sus obligaciones para dar vida a esos derechos, es esencial en nuestros días. Pero esta vigilancia del hacer de la Administración no puede ser obra de los sistemas tradicionales de control jurídico, pensados en la mayoría de los casos para hacer frente a las violaciones de los derechos políticos y civiles. En esta materia, pues, el Ombudsman puede tener que cumplir un papel capital. Y si esto es así en todos los sistemas políticos, es obvio que es mucho más importante en los países en vías de desarrollo, en que la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales tienen una relevancia fáctica y una trascendencia política mucho mayor que en los países desarrollados, con niveles de vida altos y administraciones competentes y bien organizadas.

El Ombudsman puede tener hoy, asimismo, una tarea esencial para afirmar la seguridad jurídica, integrada con la idea de justicia. Es sabido que una maléfica doctrina, surgida o, mejor dicho, difundida en los años 60 y 70, especialmente en América Latina,

pretendió hacer de la llamada Seguridad Nacional o Seguridad del Estado la clave y la esencia del quehacer político.

La doctrina de la Seguridad Nacional afirmó que la defensa del Estado se sobreponía a cualquier otro principio y que para destruir a los enemigos del Estado no había límites éticos ni jurídicos. Esta absurda tesis, que tanto mal ha hecho en nuestra América Latina, está hoy en retroceso, pero aún tiene cultores. Es nefasta, porque supone la destrucción de la esencia del Estado democrático, ya que el Estado democrático ha de defenderse con medios democráticos, dentro del Derecho, con energía, decisión y firmeza, pero con las armas de la Ley. Por eso hay que crear una teoría democrática de la Seguridad Nacional que se integre con la defensa de los valores de la libertad y que comprenda que la mejor protección de la Seguridad del Estado está en actuar mediante el Derecho, dentro de los límites fijados por el Derecho.

El Ombudsman puede brindar una esencial cooperación para que la doctrina de la Seguridad Nacional, en su versión antidemocrática, perezca definitivamente y se elabore y aplique, como lo recomendó el reciente Seminario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, una teoría democrática de la seguridad que, fundamentada en la justicia, garantice el orden en la libertad.

Pasemos ahora a la cuestión del Ombudsman en América Latina. Es cierto que en algunos países hermanos pueden encontrarse Instituciones análogas. Es cierto que, en otros, hay figuras tradicionales de nuestros sistemas jurídicos, como los Procuradores Generales o los Fiscales Generales, que presentan significativas semejanzas y que pueden poseer objetivos y competencias similares. Pero no puede negarse que se carece en los países de América Latina —sin desconocer las iniciativas existentes en Colombia y Puerto Rico— de una Institución como el Ombudsman, tal como se da en los sistemas constitucionales o legales de los países que, con este u otro nombre, lo han establecido.

Creo sinceramente que, especialmente hoy, ante las características algunas generales, otras específicas de una subregión o de un país, que se dan en América Latina, es necesario encarar el estudio de la posibilidad de su creación por los sistemas constitucionales o legales de la América nuestra. En un artículo reciente, escribí

sobre el tema y dije al respecto: «Puede haber llegado el momento de revisar esta actitud negativa, comprendiendo que, junto a las formas tradicionales de Contralor jurisdiccional del Poder público (declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, anulación de actos administrativos ilegales, etc.) y a los recursos para garantizar los derechos individuales (Habeas Corpus, Amparo, Mandado de Segurança) y a otras formas políticas de control, es útil agregar la existencia de un órgano nuevo y distinto que, coexistiendo con estos procedimientos, sirva de moderno, simple y rápido sistema de Contralor, sin formalismos jurisdiccionales ni poderes de revisión sobre la Administración y que sea, al mismo tiempo, garantía de los derechos de los individuos ante la acción del Gobierno y de sus servicios, cada día más extendidos».

»Y esta posibilidad se presenta, con mayor interés, en el tránsito de los regímenes autoritarios a la democracia, en que debe realizarse la ardua tarea de restaurar el concepto y la realidad del Estado de Derecho que, después de su pasajero eclipse en muchos de nuestros países, ha de renacer, ajustado a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales. Evidentemente, no puede pensarse, sólo para estos casos, en la creación en América Latina de la Institución del Ombudsman, pero sin perjuicio de que se estudie la cuestión con referencia a todos los Estados de la región, pienso que el tema presenta un interés y una actualidad especiales, frente al proceso de retorno a la democracia que se da o se insinúa en muchos de los Estados de la América del Sur.»

Ahora bien, en los países en que se avizora el próximo fin de los regímenes autoritarios que han padecido, el Ombudsman puede cumplir una tarea esencial para asegurar que este tránsito se haga bajo el imperio de la Ley, que la transición política sea pacífica, justa, sin venganzas ni revanchismos injustificables y que se realice con la seriedad y la prudencia que aseguren la estabilidad y la duración de la democracia que se reinstaurará.

El Ombudsman, como todos los sistemas de Contralor, pero especialmente por el hecho de ser una emanación del Parlamento, órgano que desaparece en los gobiernos de facto o en las dictaduras de Latinoamérica. Pero esto ocurre también con todos los procedimientos de Contralor, incluso con aquellos que aparentemente sub-



sisten luego del derrocamiento del orden legítimo. Hace un tiempo, en un trabajo sobre «La Jurisdicción Constitucional en el Uruguay», expuse unos conceptos, que creo corresponde ahora reiterar: Es preciso desde ya, decir que no pueden ser iguales el papel, el sentido y los límites reales de la acción de una jurisdicción constitucional que actúa en un sistema político que funciona normalmente bajo el imperio de la Constitución, que cuando se está ante una jurisdicción constitucional que se ejerce en un régimen nacido del arrasamiento de la Constitución anterior, sustituida por otro y otros textos adoptados con desconocimiento de los procedimientos de reforma que establecía el sistema antes legítimamente vigente y en un período histórico, en el que no se han realizado elecciones, para integrar los poderes legislativo y ejecutivo. Por eso, analizar la cuestión de la jurisdicción constitucional en casos como éstos, examinando tan sólo, con un enfoque únicamente normativo y formal, las disposiciones relativas a la materia que se estiman jurídicamente vigentes, constituye una actitud científicamente errónea, un intento de escape de la realidad, que ignora el marco político general que, necesariamente, determina la consideración del problema.

«Sin perjuicio de la importancia y del sentido positivo que la acción de la jurisdicción constitucional, aunque limitada y condicionada, puede tener en las situaciones a que antes nos referimos, creemos que sólo en la plena vigencia de un sistema constitucional, democrático y pluralista, la jurisdicción constitucional alcanza su verdadero e integral sentido y significación.»

Pero no sólo en estos casos de retorno al sistema democrático el Ombudsman es útil y hasta necesario. En las democracias latino-americanas que se presentan como estables, como es el caso, por ejemplo, de Colombia, Venezuela y Costa Rica, el control de la Administración a cargo de un Ombudsman puede ser un elemento coadyuvante para asegurar la estabilidad y la permanencia del sistema. Los estudios e iniciativas que se analizan en Colombia y Costa Rica y la discusión del tema en Venezuela, son una demostración de esta importancia.

En otras regiones de América Latina, en donde la guerra civil y los conflictos internacionales generan focos de tensión gravísimos,

aprovechados para la confrontación de las superpotencias, el Ombudsman puede ayudar a restaurar la idea de la democracia, la fe en el Derecho y la esencia de la libertad y ser así un factor esencial de pacificación.

Y en otros casos, como en el atípico y apasionante sistema político mexicano —cuyo modelo, logrado después de arduas luchas, aseguró el orden, la estabilidad y los gobiernos civiles durante largos años, pero que comenzó a demostrar signos de fractura hacia 1968, acentuados luego y cuya actualización se intentó efectuar con la reforma política de 1977—, la figura del Ombudsman puede ser un elemento para devolver la perdida estabilidad popular en el Estado de Derecho y en la protección honesta y no discriminatoria de los derechos del hombre, frente a una administración tradicionalmente ensoberbecida por su omnipotencia.