

EL "OMBUDSMAN" O DEFENSOR DEL PUEBLO

MIGUEL M. PADILLA

I

Para una clara comprensión del instituto del ombudsman o defensor del pueblo es necesario partir del dato representado por la honda transformación operada desde mediados o fines del siglo pasado en torno a las ideas y definiciones concernientes a la misión del Estado.

Como una resultante de varias causas que venían actuando desde tiempo antes, pero primordialmente por obra de la revolución industrial y de sus implicancias socioeconómicas, el Estado abstencionista creado por el liberalismo fue mudando paulatinamente su fisonomía hasta ofrecer hoy la imagen de un poder omnipresente.

Sería ocioso detenerse sobre un tema que desde hace tiempo pasó a la categoría de los lugares comunes; baste, pues, recordar que el Estado contemporáneo tiene —porque tanto gobernantes como gobernados se los adjudicaron— fines mucho más amplios que su predecesor de un siglo antes. Prácticamente no existe sector de la vida humana que se mantenga al margen de sus regulaciones, y el otrora vasto ámbito librado a la decisión individual es hoy poco menos que inexistente.

Al propio tiempo se ha producido, merced al aporte de la revolución tecnológica en una multiplicidad de órdenes (transportes, comunicaciones, informática, etc.), un extraordinario incremento en los medios puestos a disposición del Estado para el cumplimiento de sus fines.

Por consiguiente, y como corolario de los dos factores enunciados, el campo de las libertades individuales se ha reducido notablemente, tanto desde un punto de vista teórico

—ampliación de las competencias estatales— como de un punto de vista práctico —mayor eficacia y rigor en el ejercicio de esas competencias— eliminándose así el margen de espontaneidad ignorado o tolerado de hecho en épocas pretéritas.

Esta indebida invasión estatal en el dominio reservado al individuo, encierra en acto o en potencia una inexorable amenaza al fundamento mismo de la sociedad política, a saber: que ella no representa un fin en sí misma sino solamente un medio propicio para que sus integrantes encuentren las mejores condiciones posibles para el despliegue de sus facultades y el logro de sus objetivos.

Es harto evidente, en efecto, que si el poder público pretiende regular hasta en sus aspectos más nimios las diversas manifestaciones de la vida individual y colectiva, está llamando inevitablemente a cometer más errores, arbitrariedades e injusticias que cuando asumía una actitud prescindente. No se trata de formular juicios de valor sino de dar cuenta de realidades insoslayables.

La confirmación práctica de esta conclusión teórica es suministrada a diario por la experiencia de todos. No hay, en efecto, individuo ni institución que alguna vez o frecuentemente no haya padecido frustraciones de todo tipo emergentes de su relación con la burocracia.

II

Frente a esta indiscutible e irreversible realidad, surge un imperioso interrogante: ¿Cómo hacer para prevenir o corregir los excesos de cualquier naturaleza que puedan originarse en el actuar de gobernantes y funcionarios dotados de amplísimas competencias y de poderosos medios para cumplirlas?

De una sola manera; perfeccionando los controles referidos al ejercicio del poder estatal, en su faz política y más aún en su faz administrativa.

Sugerida de tal modo la solución que se muestra como viable, parece claro asimismo que una porción muy extensa de esta irrenunciable facultad de control debiera pertenecer al órgano que dentro de la estructura del gobierno representa más cabalmente al conjunto de gobernados: el parlamento o Congreso.

Sabemos que hoy en día nadie —y menos aún los propios legisladores— conserva la ilusión de que el llamado “Poder Legislativo” sea quien de modo efectivo y no solamente formal confeccione las leyes. Ni siquiera los Estados más respetuosos de la voluntad popular y de su encarnación parlamentaria hacen excepción a esta realidad. De hecho, y aunque los textos constitucionales contemplen otras alternativas, la inmensa mayoría de las leyes son iniciadas por el Poder Ejecutivo y aprobadas por quienes carecen del tiempo —y a menudo, de la preparación— indispensable para estudiarlas seriamente.

En cierta medida —p.ej., mediante reformas en los procedimientos parlamentarios, ya aplicadas en algunos países— puede mejorarse tal estado de cosas, pero de todos modos debe aceptarse que el parlamento ha perdido casi por completo la efectiva competencia para legislar; por ello, se torna todavía más patente la urgencia en volcar gran parte de su dedicación hacia la otra atribución tan tradicional y tan antigua como la anterior, consistente en vigilar la actividad del gobierno o Poder Ejecutivo. En esta materia, el Poder Legislativo puede sin duda obtener buenos resultados, a condición —es prudente advertirlo— de que una complaciente y disciplinada bancada mayoritaria no amengüe casi por completo este quehacer parlamentario.

Pero cuando el mencionado control de tipo general apunta en concreto a los abusos de la administración en su trato con los gobernados, surge un obstáculo que virtualmente anula su eficacia, consistente en que por lo general, los legisladores no cuentan con el tiempo ni los medios para atender y buscar soluciones a numerosos asuntos que, si bien objetivamente revisten relativa o poca importancia, son sin embargo de gran trascendencia para los interesados.

Muy disminuida así la efectividad de este tipo de control por vía parlamentaria, encuentro que tampoco puede esperarse una plena tutela de los administrados merced a la actividad de la justicia, el otro poder estatal responsable de la función de control.

Hasta el mejor sistema jurisdiccional adolece a este respecto de limitaciones no imputables a quienes lo manejan sino a su propia naturaleza.

Por razones sobradamente conocidas, la justicia es cara, lenta y excesivamente formalista. Asimismo, no todos los supuestos en los cuales el ciudadano se siente agravado por actos u omisiones de la Administración Pública configuran

materia justiciable, esto es, susceptible de ser sometida a decisión judicial. Por otra parte, por falta de tiempo, por perseverancia e incluso por temor, el público en general—cuando no están en juego principios fundamentales o intereses de importancia— se resigna a pasar por alto el inadecuado comportamiento del Estado o de sus agentes, aceptándolo como algo inevitable.

Se advierte de este modo que aun cuando la gestión jurisdiccional constituye un valiosísimo elemento de control, tampoco alcanza a cubrir todas las necesidades que en este terreno se presentan.

III

Con el propósito de suplir todas estas limitaciones y buscando un instrumento de control que no pretenda reemplazar a los demás sino colaborar en el mismo empeño, muchos Estados han establecido la institución que de un modo general se conoce con la designación de ombudsman.

Es sabido que la creación de esta magistratura—originariamente concebida para fiscalizar la actividad de los tribunales— se remonta a los primeros años del siglo xix, cuando la Constitución sueca de 1809 estableció el cargo de Justitiombudsman, en calidad de delegado del parlamento—el "Riksdag"— para la vigilancia de la administración y la protección de los derechos individuales.

Adoptada mucho más tarde por los restantes países escandinavos—con características muy parecidas— desde mediados de este siglo la institución se extendió a un ritmo cada vez más acelerado. Hoy cuenta con ella la mayoría de los Estados de Europa Occidental (en Gran Bretaña, el "Parliamentary Commissioner"; en Francia, el "Médiateur"; en España, el "Defensor del Pueblo"; en Portugal el "Provedor de Justiça"; en varias regiones italianas, el "Difensore Civico"; en la República Federal de Alemania, el "ombudsman militar", etc.), algunas naciones asiáticas, Australia, Nueva Zelanda—cuenta con esa institución en el orden local—, Canadá, Suiza, la India, los Estados Unidos de Norteamérica, etcétera.

Existen por supuesto diferencias de cierta importancia entre esas diversas legislaciones, pero como rasgo fundamental común, como nota que tipifica a todas estas magis-

traturas, debe apuntarse que, sin excepción, persiguen la misma finalidad, a saber: prevenir, y eventualmente reprimir, los excesos, negligencias y arbitrariedades de la Administración Pública en su trato con los ciudadanos.

No conozco institución similar en nuestro mundo latinoamericano, pero sí existen algunas con parecidas finalidades. La Constitución peruana, por ejemplo, establece que el Ministerio Público tiene, entre otros deberes, el de asumir el de "Defensor del Pueblo"; desde 1985 funciona en México el "Defensor de los Derechos Universitarios" en la Universidad Nacional Autónoma; Panamá posee una "Oficina del Ombudsman" para la zona del Canal; en Brasil actúa un "Ouvidor para la Seguridad Social" además de los que se desempeñan en los municipios de Curitiba y Petrópolis, entre otros; en Costa Rica existen no menos de cuatro Defensores: de los Derechos Humanos, de los Consumidores, de los Refugiados y de los Detenidos.

Entre nosotros, la Cámara de Senadores de la Nación aprobó en junio de 1988, un proyecto del senador Menem —reiteración de otro anterior que no alcanzó a ser tratado por la Cámara baja— creando la institución de la Defensoría del Pueblo (desde mayo de 1988 se desempeña en la Capital Federal un Controlador General Comunal); por último debe señalarse que varias constituciones provinciales reformadas a partir de 1986 han incluido esta magistratura con la denominación de "Defensor del Pueblo"; son ellas las de San Juan, La Rioja, San Luis, Córdoba y Río Negro. Por su lado, en la de Santiago del Estero se previó la creación de una Fiscalía Provincial de Investigaciones Administrativas y en la de Salta, el cargo de comisionado legislativo.

Sobre el significado y posibles consecuencias de los cometidos asignados a estas instituciones en los mentados países de América latina y en los textos constitucionales locales haré al término de esta nota una breve reflexión.

IV

Por razones de espacio debo limitarme a una somera descripción del modelo sueco, elección que se explica naturalmente por tratarse del país del cual es originaria la institución.

Como continuidad de lejanos precedentes, en la figura de un magistrado que en nombre y representación del monar-

ca velaba por el cumplimiento de las leyes, la Constitución de 1809 creó, como ya lo dije, el cargo de *Justitieombudsman*, que en aproximada traducción equivale a "representante para la justicia". La inclusión de esta última palabra obliga a aclarar que como a comienzos del siglo pasado ni el Estado sueco ni ningún otro era intervencionista en el sentido moderno del término, la preocupación de su Parlamento no derivaba tanto de la actividad de una incipiente administración sino del funcionamiento de los tribunales. Pero inventado el instrumento, fue más tarde utilizado para los nuevos requerimientos.

Desde 1975 rige una nueva Constitución, cuyo texto prevé la elección por el Parlamento de uno o varios *ombudsman*; la ley *Riksdag*—parte de dicha Constitución— contiene detalladas prescripciones acerca de esta función.

Son ahora cuatro, cada uno dedicado a un área específica del sector público, actuando uno de ellos, a la vez, como supervisor, y los elige el pleno del *Riksdag* luego de una complicada serie de pasos en los que intervienen comisiones parlamentarias y los bloques de los partidos políticos representados.

V

Aunque la institución es hoy pluripersonal, para una mayor comodidad comentaré sus rasgos más destacados singularizándola.

Si bien constitucionalmente no se requieren en el candidato otras condiciones que "conocida habilidad legal e integridad sobresaliente", de ordinario se han nombrado personas de distinguida actuación, sobre todo en el campo de la magistratura judicial. Este aspecto es de real importancia si se tiene en cuenta—como destacaré luego— que el grado de éxito de su tarea depende más bien de las advertencias o sugerencias de tipo general que formule, que de las soluciones dadas a casos particulares, y la gravitación de aquéllas se encuentra en directa relación con el prestigio e influencia del *ombudsman*.

La pérdida de la confianza del cuerpo legislativo es razón bastante para que pueda ser removido de su cargo antes de concluir su mandato de cuatro años, con posibilidad de reelección; en la práctica, nunca se han producido destituciones.

Si bien por esta circunstancia pareciera que el ombudsman se halla sometido al órgano legislativo —por principio es su representante ante el poder administrador— en realidad se desempeña con casi total independencia de toda autoridad, lo cual constituye uno de los presupuestos y una de las causas de su efectividad.

Presentado así el personaje, veamos ahora cuál es su campo de acción, tanto en lo relativo a las personas como a la materia, y de qué medios o procedimientos dispone para cumplir sus tareas.

Bajo su jurisdicción caen todos los funcionarios administrativos —excepto los miembros del Gobierno— cuyo control incumbe directamente al Riksdag y los judiciales, tanto en el orden nacional como en el orden local.

En cuanto a la materia, el texto constitucional dice que el ombudsman debe supervisar la aplicación de las leyes y otras normas, y asegurarse que los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos no hayan sido vulnerados en los procedimientos de la Administración Pública.

Por tanto, aquello que constituye motivo del interés y la preocupación de este funcionario abarca una amplia gama de materias, pues todos los actos y procedimientos administrativos y judiciales en donde aparezcan o se denuncien comportamientos inapropiados, errores, negligencias o descuidos, medidas irrazonables o arbitrarias, incumplimientos o transgresiones a las leyes, e incluso diferentes o equivocadas maneras de interpretarlas, pueden ser investigados por el ombudsman.

Sus poderes, sin embargo, no le permiten modificar decisiones ya tomadas, desde que no constituye una instancia más —administrativa o judicial—, así como tampoco se halla facultado, en principio, para intervenir en asuntos en los que no haya recaído decisión final de las autoridades competentes.

VI

Si tan extendida aparece la esfera de actividad del ombudsman, no menos amplios son los medios de que ha sido provisto para cumplirla.

De acuerdo con los correspondientes textos legales, se encuentra autorizado para requerir información a los funcionarios de cualquier jerarquía con las salvedades apunta-

das más arriba y hacerlos comparecer; para tener acceso a toda información contenida en archivos y documentos oficiales, aun la más reservada y comúnmente inaccesible al particular (con escasas excepciones); para asistir a las deliberaciones de organismos administrativos o judiciales; para inspeccionar los locales de todo tipo utilizados por el Estado con cualquier destino, sin excluir establecimientos educacionales, asistenciales, militares y penales.

La complejidad teórica de la tarea de mantener el control sobre las fallas que puedan observarse en la actuación de tan elevado número de funcionarios, se ve en cierta medida atenuada gracias a la informalidad de los procedimientos empleados con tal finalidad.

El ombudsman inicia su intervención en un asunto ya sea por propia iniciativa, ya —y más frecuentemente— en virtud de quejas o presentaciones formuladas por particulares, cuyo único requisito es que consten por escrito, sin necesidad de gasto alguno, ni patrocinio letrado. No se da trámite a las denuncias anónimas.

Una primera revisión de las denuncias recibidas en las oficinas del ombudsman puede conducir a que no se dé curso a las que estén motivadas por un hecho acaecido más de dos años antes; o por ser evidente la falta de fundamentos, la falsedad, fantasía o insignificancia de una denuncia; o porque sus propios términos evidencien que aún no ha recaído decisión final en el caso, como asimismo en cualquier otro supuesto en que no se advierta la pertinencia de la denuncia. En todos estos casos, se hace conocer al remitente la decisión de no intervenir y, cuando ello es posible, se le indica la vía adecuada.

Con bastante frecuencia el denunciante queda satisfecho con una contestación del ombudsman explicándole los fundamentos y razones de la medida o acto que motivó su presentación, lo cual demuestra que el laconismo y la falta de una justificación razonada de las decisiones adoptadas por los órganos administrativos deja en los ciudadanos la impresión de que ha existido una actuación arbitraria. Esta evidencia ha movido a este magistrado a sugerir que se instruya a las dependencias estatales a fin de que incluyan en sus resoluciones la correspondiente fundamentación jurídica y de hecho.

Aunque una buena proporción de asuntos concluye de esta manera otros exigen que el ombudsman prosiga su gestión. A tal efecto, la etapa siguiente consiste normalmente

en solicitar a la dependencia administrativa que produjo la decisión objetada o donde tuvo lugar el procedimiento o actitud cuestionados, la remisión de las correspondientes actuaciones y, si es necesario, la elevación de un completo informe. Estudiados y analizados tales antecedentes, el ombudsman podrá disponer la comparecencia del denunciante, del funcionario que intervino o de cualquier otra autoridad o persona en condiciones de suministrar información sobre el caso.

Una vez que mediante este acopio de elementos ha podido llegar a una conclusión, la pone en conocimiento del denunciante, de las autoridades a quienes concierne el asunto y, según los supuestos que jueguen, informa asimismo al ministro del ramo correspondiente y al Parlamento. Su resolución se limitará tal vez a llamar la atención del funcionario que hubiere incurrido en descuido, negligencia o actuación arbitraria; podrá contener advertencias y sugerencias respecto de la manera de aplicar o interpretar disposiciones legales a fin de evitar que se repitan las mismas situaciones; quizás aconsejará que se indemnice al particular afectado por una decisión administrativa injusta o equivocada; finalmente —aunque esto ha sucedido pocas veces— si la gravedad del hecho lo justifica, pedirá la instrucción de un sumario administrativo o un proceso criminal contra el agente responsable o lo iniciará directamente. También se cuenta entre las facultades del ombudsman la de proponer directamente a su representado, el Parlamento, la sanción o modificación de preceptos legales si la necesidad de ello se pusiere de manifiesto a raíz de las investigaciones efectuadas en un asunto concreto.

Es importante tener presente que el ombudsman expresa sus opiniones y puntos de vista incluso cuando el error o negligencia de la Administración no ha causado daño, y no las fundamenta exclusivamente en consideraciones legales sino también en razones de orden práctico; y que sus consejos traducen el compromiso resultante del intercambio de opiniones, de las discusiones y conversaciones con los funcionarios competentes.

Al relatar las formas que asume la gestión del ombudsman es preciso recordar la competencia que le ha sido atribuida para llevar a cabo inspecciones en los establecimientos estatales.

Práctica ésta muy extendida en Suecia, se confía en que su resultado conduzca a revelar fallas y negligencias en el

funcionamiento de oficinas y tribunales. En este último caso, por ejemplo, se toman al azar veinticinco causas penales e igual número de causas civiles que luego son cuidadosamente examinadas en lo que concierne a la observancia de las formas procesales y al modo en que ha sido resuelto el fondo de la cuestión. De manera parecida se procede con las actuaciones administrativas, en las que se investiga si se han respetado los principios fundamentales del proceso administrativo. Otro campo importante para estas inspecciones lo constituyen los institutos penales y aquellos destinados al alojamiento de enfermos mentales.

VII

Como se indicó anteriormente, una de las obligaciones del ombudsmán consiste en presentar anualmente al Parlamento un informe acerca de sus actividades. A través de él y de las estadísticas compiladas por las respectivas oficinas, es factible establecer una tipología de los problemas que han solicitado la intervención de estos funcionarios.

Los más frecuentes se originan en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Tratamientos discriminatorios sin base legal.
- b) Restricciones indebidas a la libertad personal por parte de autoridades administrativas (p.ej., detenciones de inanos, alcohólicos, delincuentes juveniles, infractores a los deberes de asistencia familiar).
- c) Incompetencia por cualquier razón del funcionario actuante, o extralimitación de sus poderes.
- d) Inobservancia de reglas que hacen al procedimiento.
- e) Erróneas interpretaciones de normas jurídicas.
- f) Demoras en la resolución de los asuntos.
- g) Falta de fundamentación en las decisiones de la administración.
- h) Inapropiado comportamiento de los funcionarios en su relación con el público.

En lo que atañe a las resoluciones de órganos estatales dictadas en el ejercicio de una facultad discrecional, la intervención del comisionado es muy excepcional y sólo cuando hay evidencia de que ha existido irrazonabilidad o arbitrariedad.

Sin embargo, esta variedad de situaciones posibles no debe inducir la creencia de que el número de los casos en que interviene el ombudsman sea demasiado elevado. Anualmente recibe entre 3500 y 4000 reclamos, de los cuales cerca de un promedio de un 20 % se remite a otras oficinas o es rechazado de plano; más o menos la mitad de las restantes es desestimada por falta de méritos y sólo en el resto de los casos se disponen sumarios, amonestaciones, propuestas legislativas, etcétera.

Puede concluirse, por lo tanto, en que no es excesivo el número de problemas que demandan la actividad del ombudsman. En gran parte, ello es atribuible a que el nivel de la Administración Pública en ese país es alto en cuanto a eficiencia y a su correcto funcionamiento, y sin duda, algún papel no desdeñable ha jugado para llegar a esa situación la gravitación ejercida por las recomendaciones del comisionado parlamentario.

VIII

Poco antes anticipé que efectuaría un corto comentario relativo a las funciones que se han atribuido al ombudsman o Defensor del Pueblo en ciertos Estados latinoamericanos y en algunas de nuestras constituciones locales.

Al encomendárseles genéricamente la tutela de los derechos humanos (Costa Rica, Guatemala, p.ej., y entre nosotros en las provincias de San Juan y Río Negro), la protección del consumidor (Venezuela, México, Costa Rica), el amparo de los "derechos e intereses públicos" o de los "derechos colectivos o difusos" (La Rioja, Córdoba, San Luis), se ha extendido apreciablemente el campo de acción del modelo clásico descrito en los apartados anteriores.

Descontando que tales finalidades son del más alto valor, deben ser perseguidas —en mi opinión— por el Ministerio Público o por funcionarios dedicados exclusivamente a ellas; de lo contrario, se corre el serio riesgo de formalizar y burocratizar el quehacer del ombudsman, lo que naturalmente iría en desmedro de su prestigio y eficacia.

Por ello, estimo que ha de tenerse muy en cuenta que el ombudsman no es:

a) Un fiscal especial para custodiar los intereses de la Administración Pública como en la República lo es la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

b) Un mecanismo de protección al consumidor, como la Procuraduría del Consumidor mexicana o las similares experiencias de Venezuela y Costa Rica; la misión propia de estos órganos consiste especialmente en controlar todas las formas de publicidad comercial y en defender al consumidor frente a prácticas comerciales fraudulentas o engañosas; como se ve, no se asemeja para nada a la incumbencia del ombudsman.

c) Un funcionario para defender los derechos humanos en general, o para tutelar los derechos colectivos e intereses difusos.

Considero que cada una de las magistraturas que cumplió estas misiones puede y debe verse como un engranaje más destinado a configurar el sistema que brinde la mayor garantía de protección de los derechos y libertades ante cualquier tipo de agresión pero, al mismo tiempo, sostengo que resultaría notoriamente disfuncional concentrar en una sola de ellas los diferentes y heterogéneos cometidos que indiqué.

En definitiva, si se comparte la noción de que el ombudsman o "Defensor del Pueblo" ha de ser, como tan frecuentemente se expresa, una "magistratura de influencia o persuasión" —y justamente en esta característica reposa la mejor posibilidad de su eficacia— debe afirmarse que aquélla quedaría inevitablemente comprometida de atribuirsele funciones que despersonalizan la institución, convirtiéndola en un elemento más del Ministerio Público.

IX

Hoy, como siempre, la humanidad enfrenta el desafío consistente en cómo lograr una efectiva protección del don más valioso que le ha sido otorgado: la libertad de todos y de cada uno.

Esta libertad es blanco y víctima de grandes ataques pero también de amenazas menores, como las que se originan en el diario quehacer de la burocracia. Más peligrosas son, que duda cabe, las primeras, pero no dejemos de tener presente que la libertad puede ir sufriendo pequeñas erosiones y que, a la larga, la suma de todas ellas es de magnitud.

El instituto del ombudsman, cuando es adecuadamente empleado, representa un freno apto para detener las mani-

festaciones más abusivas y arbitrarias del intervencionismo estatal en la vida cotidiana. Así ha quedado demostrado en la experiencia de los países que desde hace décadas lo ven funcionar.

Ahora, cuando nuestra comunidad vive felizmente en un período signado por el imperio de la Constitución, nos encontramos ante una buena oportunidad para estudiar la conveniencia de adoptar una institución cuya bondad como tutora de la libertad individual se encuentra fuera de toda duda.