

Francisco Zúñiga Urbina*

Finalidad y ámbito de competencias del defensor del ciudadano

I. Prolegómenos

La institucionalización del Defensor del Ciudadano (Ombudsman) tropieza con una serie de dificultades prácticas; a saber: una cierta «ombudsmanía» (Rivero) que aqueja a ciertos partidarios de la institución, y el reproche recurrente de los críticos de la institución que dando cuenta de la suficiencia de controles sobre la Administración aluden al desarraigo cultural, político e histórico del Ombudsman y por tanto cierto esnobismo ante una institución «exótica», algo así como «importar elefantes para tirar trineos en tierras polares».¹

Sin embargo, la «soledad del administrado», las miserias de la Administración, el pequeño poder de los burócratas, hacen del administrado ciudadano un enano frente al moderno Leviatán que parece una «hidra de mil cabezas». En la lógica de los controles clásicos del Estado liberal se puede sostener con cierta razón que frente a las demasías de la Administración existe la Justicia Administrativa para la tutela del derecho objetivo y de los derechos subjetivos de los administrados. Pero en el contexto del Estado social el administrado-ciudadano es titular de derechos de diversa generación (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales, derechos de solidaridad y «pequeños derechos»), derechos que tienen diversos niveles de protección, y por tanto, mayor o menor dureza; por lo que frente a la «mala administración», se está por regla inerte; ya que usualmente esta no importa antijuridicidad justificable o bien no es objeto de Administración fiscalizadora.

Luego, en la institucionalización del Defensor del Ciudadano late de fondo una concepción del Estado y del individuo que denominamos «Estado social» y «per-

*Profesor de Derecho
Constitucional,
Universidad
Central de Chile.*

¹ Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro: *El Control Parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, INAR, 2ª Edic., Madrid, 1981, pág. 20.

sona administrado-ciudadano», en la que el Estado-sujeto o aparato está al servicio de la persona, y en especial la Administración debe realizar sus funciones con eficiencia, esmero, legalidad, jerarquía, coordinación, neutralidad, probidad y objetividad.

En cuanto a su finalidad el Defensor del Ciudadano como órgano de control de la Administración del Estado, y de tutela de derechos del administrado-ciudadano frente a tal Administración o prestatarios de servicios de utilidad pública, permite hacer frente a todas aquellas «pequeñas injusticias» que derivan de la «mala Administración» y del «pequeño poder» de «diestros burócratas» o de empresas que colaboran en la prestación de servicios públicos.

En cuanto a su competencia el Defensor del Ciudadano como órgano de control de la Administración del Estado y de tutela de derechos del administrado-ciudadano, debe dar cuenta del «nuevo Leviatán», del tránsito del tradicional Estado liberal o gendarme (Estado mínimo) al Estado benefactor e hiperburocrático, y de la contemporánea dialéctica de estatalización de la sociedad civil y de socialización del Estado; y con ello de las notables insuficiencias de los controles clásicos del Estado de Derecho. Todo ello explica que la crecida competencia del Defensor del Ciudadano está ligada a estos factores, y por tanto al «control de comportamientos administrativos que no revisten necesariamente la forma de acto y que, asimismo, en muchos supuestos, ni siquiera llegan a configurar un comportamiento antijurídico sino, en todo caso, deficiente, disfuncional, inoportuno» (Maiorano). Lo anterior significa, recogiendo a Maiorano, que el Defensor del Ciudadano delimita sus funciones en el plano de:

- «1) la investigación de las quejas o reclamaciones formuladas por los administrados, individual o colectivamente;».
- «2) la mediación entre la Administración Pública y los administrados;».
- «3) la promoción del cambio legislativo y reglamentario;».
- «4) la moralización del obrar administrativo a través de la posibilidad de la efectivización de las responsabilidades, de ese carácter, por parte de los agentes públicos». (pág. 28).²

II. Notas Acerca de una Teoría del Control.

El control puede ser analizado como fenómeno politológico y jurídico, poder o función que no tiene una definición única aunque se sostiene por autores como M. Aragón, en que el sentido constitucionalmente unívoco del control, nos permite un tratamiento teórico unitario. Para Aragón el control forma parte de un concepto político

² Maiorano, Jorge L.: *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las Instituciones Republicanas*. Edic. Macchi, Buenos Aires, 1987, págs. 21-28.

(Schmitt) y jurídico de Constitución, de suerte que solo una Constitución dotada de control de supremacía es norma normarum o conjunto de normas fundamentales³.

En este contexto, parafraseando a E-W Böckenförde, una teoría del control debe ser una teoría «constitucionalmente adecuada»; es decir, formulada en el marco del Estado de Derecho o si se prefiere Estado Constitucional.

En la obra clásica *El Espíritu de las Leyes* el barón de Montesquieu en el capítulo sobre la Constitución inglesa esboza el principio-dogma de la separación de poderes (Schmitt), en la que se imbrica el control sea como división horizontal o vertical del poder (Loewenstein)⁴.

En cuanto a la noción de control esta es vieja en la teoría del Estado y la teoría de la Constitución, siendo el molde clásico el esquema físico-mecánico de Montesquieu acerca de la separación o división de poderes y sus equilibrios. La palabra control proviene del término latino medieval *contra rotulum*, pasando al francés «contra - rôle» (*contrôle*), que significa «contra libro», es decir, «libro-registro», que permite contrastar la veracidad de los asuntos realizados en otros. En inglés significa «mando», «gobierno», «dirección», pero también «freno» y «comprobación»; en francés «registro», «inspección», «verificación», pero también «vigilancia», «dominio», y «revisión»; en alemán (*Krontrolle*), «comprobación», «registro», «vigilancia», pero también «intervención», «dominio», «revisión»; en italiano (*controllo*) «revisión», «inspección», «verificación», pero también «vigilancia», «freno» y «mando» (Aragón, pág. 87). En lengua española el término control significa: «inspección», «fiscalización», «intervención», «dominio», «mando», «preponderancia».

En nuestro ordenamiento jurídico estatal el control es un concepto polivalente en apariencia, dado que se asocia al control parlamentario, al control judicial, al control judicial-electoral, al control de constitucionalidad, y a toda suerte de controles políticos, frutos de una arquitectura del Estado asentada en el principio dogma de la separación de poderes. Luego nuestro problema es encontrar caracteres básicos del concepto control que presenten una noción unívoca y «constitucionalmente adecuada», en que pueda encuadrarse un instituto garantista como el Ombudsman o Defensor del Pueblo.

Con independencia de las formas de control reseñadas subyace una idea-fin común: el principio de limitación del poder. Sin compartir plenamente la caracterización de malignidad o demonización del poder político, que concluye que un poder no restringido o limitado se excede (Loewenstein), podemos aceptar que un poder incontrolado o absoluto está en las antípodas del Estado de Derecho. Precisamente la

3 Aragón, Manuel: «El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución», REDC N° 19, Madrid, 1987.; Ídem «Sobre las nociones de Supremacía y Supralegalidad Constitucional», REP N° 50, CEC, Madrid, 1986. De C. Schmitt: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

4 Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1970, 3ª Edic. 1985.

limitación del poder es la idea fuerza del constitucionalismo antiguo y moderno (Ch. McIlwain); sea bajo fórmulas como «gobierno de la ley», «gobierno mixto», «monarquía moderada» o «Estado de Derecho»; todas fórmulas que en la relación detentadores y destinatarios del poder buscan un equilibrio entre poder y libertad (A. Hauriou),⁵ con la peculiaridad que tal formulación modernista: el Estado de Derecho se produce en el contexto de fractura entre Estado y sociedad civil, que permite diseñar al primero como sistema de potestades y al segundo como sistema de necesidades y derechos (Hegel).

En nuestro medio el poder-función de control es repuesta en el análisis teórico a partir del diseño de Loewenstein que hizo fortuna en América, que sustituye la vieja triada del Barón de Montesquieu por una triada más politológica que institucional, a saber: la decisión política conformadora o fundamental (policy determination); la ejecución de la decisión (policy execution) y el control político (policy control). En este enfoque resulta cierto que el constitucionalismo como movimiento teórico-práctico (ideología inclusive) tiene como finalidad histórica encontrar los procedimientos o técnicas para «moderar y limitar el poder político; primero el del gobierno y después el de todos y cada uno de los detentadores del poder» (Loewenstein, pág 68). Lo expuesto permite conectar la democracia constitucional con componentes minoritarios (v.gr. Justicia Constitucional) que operan como «cheks and balances» (frenos y contrapesos) o como poder que contiene al poder («le pouvoir arrête le pouvoir»), que aleja a la democracia contemporánea de sus fórmulas rousseauianas o jacobinas (G. Sartori, J.R. Vanossi).⁶

El poder-función del control del poder no se agota en un principio de distribución del poder estatal (funciones) en diversos órganos supremos del Estado, sino que requiere además de diversas técnicas algunas de ellas autónomas, es decir, de empleo discrecional por órganos constitucionales o detentadores del poder. Loewenstein concibe el control y sus técnicas a los afectos, y en último término a la responsabilidad de los detentadores del poder: «En el Estado constitucional la función de control es doble: por una parte consiste en el hecho de que un acto estatal sólo tiene lugar cuando los diversos detentadores del poder están dispuestos a una común actuación. Aquí se da el control por la distribución del poder. Pero el control también puede consistir en que un detentador del poder impida la realización de un acto estatal, o que ponga en juego su existencia como ocurre en el caso de un voto de no confianza del parlamento por el gobierno. Aquí se da el control autónomo del poder. Distribución y control del poder no son en toda circunstancia idénticos. El punto crítico de la función de control político yace en la posibilidad de exigir responsabilidad política. Existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que

⁵ Hauriou, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (Trad. J. A. González), Edic. Ariel S.A., Barcelona, 1971, Págs. 36 y ss.

⁶ Sartori, G: *Teoría de la Democracia* Alianza Editorial, 2 tomos, Madrid, 1989.

dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada...»⁷.

Concluye Loewenstein distinguiendo los controles en intraórganos e interórganos. Los controles intraórganos operan dentro de la organización de un solo detentador del poder y los controles interórganos operan entre diversos detentadores del poder que cooperan la gestión estatal. Se sobrepone a esta taxonomía dual otra que guarda relación con la forma jurídica de Estado y forma jurídica política: controles horizontales y verticales. Los controles horizontales operan en un mismo nivel organizativo de los detentadores del poder y los controles verticales operan en relación con todos los detentadores del poder y todas las fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal, que pueden funcionar sobre una base territorial, pluralista y hasta individual.

En el esquema de Loewenstein podemos clasificar los controles del modo siguiente:

CONTROLES INTRAÓRGANOS:

1. Organización colegiada en el Poder Ejecutivo.
2. Controles intraórganos en el Parlamento:
 - 2.1. Autonomía funcional del Parlamento.
 - 2.2. Protección de minorías a través de mayorías calificadas.
 - 2.3. Sistema Bicameral.
3. Controles intraórganos en la función judicial:
 - 3.1. Organización.
 - 3.2. Selección y Nombramiento.
 - 3.3. Calificaciones.

CONTROLES INTERÓRGANOS

1. Parlamento–Gobierno.
2. Gobierno–Parlamento.
3. Tribunales–Gobierno y Parlamento.
4. Electorado–Gobierno y Parlamento.

CONTROLES VERTICALES

1. Federalismo.
2. Garantías Constitucionales.
3. Pluralismo.

⁷ Loewenstein, Karl: Ob. cit., pág. 70.

Con todas las reservas del caso podríamos aceptar la regla de oro de fondo mecánico y no dialéctico, de J. R. Vanossi: «a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigoramiento de los controles; o sea, que cada vez que se dilata la órbita de la competencia del poder, se deben ajustar congruentemente los resortes y mecanismos del respectivo régimen de control».⁸ En esta regla de oro, el resultado es que la función de control y sus técnicas son usualmente la antesala de la responsabilidad.

De este modo, para que el control sea antesala y presupuesto de la responsabilidad, deben guardarse tres recaudos: a) independencia del controlante respecto del controlado; b) un ámbito suficiente de lo controlado, y c) libertades inherentes a la función de control, como libertad de información, derecho de crítica y debida publicidad de los actos estatales. (Vanossi).

Lo expuesto se desenvuelve en el marco de una teoría clásica de poderes del Estado, y de una moderna teoría del control, que asocia este a sus fines y a la garantía de la Constitución.

Sin embargo, es menester esbozar una *teoría «constitucionalmente adecuada» del control*, que contenga precisiones conceptuales y matizaciones a la ligazón entre control y responsabilidad que un sector de la doctrina realiza, y para ello es necesaria una precisión lingüístico-conceptual, a saber:

- De la acepción en lengua gala, el control («contrôler») significa «comprobar», «inspeccionar», «verificar», «revisar», que tiene su correlato en lengua anglosajona en el término «to check»; dado que «to control» significa, además, de «verificar», «regular», «ejercer autoridad», «dirigir», «mandar» u «ordenar», «reprimir», «restringir», «dominar». En lengua española el término control, combina los significados del galicismo y del anglicismo: «comprobación», «registro», «inspección» y «supremacía».
- La unidad de fin de control: limitación del poder estatal permite sostener que el control es elemento inseparable del concepto de Constitución; pero es menester reconocer la multiplicidad de formas o técnicas de control y de ámbitos de control.

En este sentido los intentos de la doctrina italiana a través de S. Galeotti o de M. S. Gianinni no resultan completamente satisfactorios, por sus tautologías o reducciones. Así el propio Galeotti en Italia y F. Santaolalla L. en España asocian el concepto de control a la responsabilidad de los detentadores del poder, es decir, al «efecto conminatorio» o de sanción de la autoridad de control.

En cambio con la autoridad de G. Zanobini, Chimenti en Italia, C. Grewe y H. Ruiz Fabri en Francia, y Joaquín García Morillo y José Ramón Montero Gibert en España;

⁸ Vanossi, Jorge R.: *El Estado del Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, pág. 97.

limitan la función de control a la actividad de contraste o comprobación, eliminando el «efecto conminatorio». Así García Morillo y Montero Gibert a propósito del control parlamentario, señalan que el segundo momento del control el «efecto conminatorio», es un mecanismo de garantía jurídica o política de la actividad de control y por lo tanto no consecuencia o efecto necesario de la mentada actividad. Para Grewe y Ruíz Fabri se trata de la «racionalización del control» expresada en la confianza presumida, cuestión de confianza, censura constructiva y en la declinación del control como sanción, importando más la información e inspección con publicidad de la acción gubernamental que las responsabilidades.⁹

En el contexto reseñado me parece fértil el esquema teórico propuesto por M. Aragón en España, que reconoce la unidad de fin de la *función del control*, su pluralidad conceptual (pluralidad de técnicas y objetivos), y el distingo entre control, limitación y garantía.

De esta forma, si bien limitación del poder y control son conceptos fuertemente implicados, son también, conceptos distintos. En cuanto a la pluralidad de controles estos pueden ser: controles sociales (de opinión pública o de grupos de presión o interés) no institucionalizados, que Jellinek denominó «garantías sociales»; y controles institucionalizados, sean controles jurídicos o controles políticos.¹⁰ El control político es un control de carácter subjetivo y de ejercicio voluntario o discrecional del órgano o autoridad controlante que se encuentra en posición de supremacía o jerarquía. En cambio, el control jurídico es de carácter objetivado, es decir, basado en razones jurídicas y su ejercicio, necesario, no por el órgano que sea superior, sino por el órgano «independiente e imparcial», dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de Derecho (Aragón). El profesor M. Aragón señala esclarecidamente: «pero en el control jurídico, precisamente por ser un control objetivado, la limitación no resulta, como en el control político de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado»(pág. 97). En razón de ello el control judicial es el control jurídico por antonomasia y siempre es un control interórgano, dado que desde una posición de independencia y supremacía guarda el principio de jerarquía normativa sea a través de tribunales ordinarios o de un Tribunal Constitucional.

9 García Morillo, J. y Montero Gibert, J. R.: *El Control Parlamentario*, Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1985, pág. 26 y ss.

Idem. C. Grewe y H. Ruíz Fabri: *Droits Constitutionnels Européens*, PUR, Paris, 1995, pág. 521 y ss. y 551-566.

10 Jellinek, Georg: *Teoría General del Estado*, Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, pág. 591.

En consecuencia, la limitación del poder deviene en el efecto de la función de control y de sus múltiples técnicas.

- Finalmente, es menester distinguir entre *control* y *garantía*, que Jellinek confunde en su magnífica *Teoría General del Estado*, en un sentido específico las garantías constitucionales son medios o instrumentos para asegurar el cumplimiento de deberes con fuente en normas jurídicas, y más específicamente, aun las garantías constitucionales son medios de aseguramiento de la supremacía de la Constitución, como fuente de derecho objetivo y subjetivo. En consecuencia, el control es una garantía, pero no la única garantía jurídica, política o social de la organización estatal. «Unas veces –dice Aragón– el control opera como única garantía, otras, hace efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguientes que a su vez se hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Y ello porque el término garantía es más amplio que el de control aunque a veces puede confundirse con él «(...)». En resumen, las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas «garantías constitucionales»; y a su vez, la efectividad de esas garantías solo se asegura mediante los instrumentos de control» (pág. 99-100). Por último, la institución del Defensor del Ciudadano u Ombudsman debe insertarse adecuadamente en el concepto constitucional de control, y en los conceptos de limitación del poder político y de garantía; ya que esta magistratura revestida de auctoritas, pero sin potestas, para la tutela de derechos subjetivos públicos (derechos humanos y derechos fundamentales) e intereses difusos, opera como un control de humanidad (garantía de derechos) débil, sin generar responsabilidades directas (efecto conminatorio), pero abriendo la actividad de la Administración a la inspección, comprobación, registro y en último término guardando la supremacía de la Constitución y legalidad.

III. Defensor del Ciudadano como control de tutela de derechos

El Ombudsman o Defensor del Ciudadano es un instituto de tutela de derechos humanos e intereses difusos independiente, frente a todo acto de mala administración que lesione tales derechos e intereses. D.C. Rowat recoge como notas de identidad de la institución: «1) El Ombudsman es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la constitución, que vigila a la administración. 2) Se preocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y los errores. 3) Tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas»¹¹.

Me parece no este el lugar para abordar una descripción completa de la institución y sus antecedentes históricos o comparatistas, tarea hecha brillo por autores como D.C.

11 Rowat, D.C.: *El Ombudsman* (Defensor del Ciudadano), F.C.E., México D.F., 1ª edic., 1ª reimp, 1986, pág. 39.

Rowat, A. Gil Robles, V. Fairén Guillén, J. L. Maiorano y en nuestro medio por J.M. Quinzio F. Luego es menester hacer un compendio de acotaciones acerca del instituto del Defensor del Ciudadano y los controles clásicos; a saber:

1. El Defensor del Ciudadano no es una institución concebida para colisionar con otros órganos y procedimientos ya existentes de control, si no que completa la labor que ellos realizan para el logro cabal del imperio del derecho.
2. El Defensor del Ciudadano es una garantía institucional de los derechos humanos que ejerce un «control de humanidad» o de opinión pública, no en rigor un control jurídico o político.
3. El Defensor del Ciudadano en sus procedimientos de control está revestido de imperio o potestas, mas no sus informes, recomendaciones o exhortaciones; lo que nos permite hablar de una institución revestida de autoridad mas no potestas o imperio.
4. La «idea de humanidad» (Radbruch) que impregna en la postguerra el proceso de internacionalización y progresividad de los derechos humanos marca o define la impronta de esta nueva institución de control de tutela de derechos.¹²
5. Por la regla general, todo acto de la Administración o función administrativa queda comprendido en el objeto del control de tutela con independencia del control de legalidad de estos que les confiere una presunción de legalidad. También cabe incluir el «servicio judicial» como campo del Defensor del Ciudadano, dado que es Administración y no Jurisdicción.
6. El crecimiento del Estado propio del Estado Social o Welfare State, con las dialécticas de socialización y estatalización, exigen «rejuridificar» la Administración formal e invisible y los servicios públicos prestados o gestionados por entes públicos o concedidos a privados. No solo la Administración del Estado (art. 1º L.O.C.B.G.A.E.) sino todos los entes de la función administrativa: policía, prestación de servicios, etc.¹³
7. En períodos de normalidad republicana, los derechos «duros» es decir, derechos civiles y políticos, ceden en el plano de lo cotidiano frente a los derechos menos duros; derechos económicos, sociales y culturales y derechos del medio ambiente y de la solidaridad. Luego, el Defensor del Ciudadano está llamado a la especialización funcional para tutelar derechos del niño, de la mujer, de los discapacitados, del usuario y del consumidor, de indígenas y de minorías étnicas, culturales e incluso sexuales, frente a la discriminación abusiva del Estado o de los «poderes sociales». Los defensores especializados o adjuntos dan cuenta de este proceso de especialización.
8. En una sociedad organizacional (R. Maintz) como la contemporánea, en que parte de lo público (bienes públicos y bienes comunitarios) como resultado de

12 Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, FCE, México D.F., Breviarios, 1982.

13 García Pelayo, Manuel: *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

procesos de privatización o desregulación, son atendidos por grandes empresas privadas, el Defensor del Ciudadano, ya no solo debe actuar frente al Estado sino frente a estos «poderes sociales» (R. Zippelieus) que devienen en agentes activos potenciales o actuales de lesiones de derechos humanos. En este marco la vieja y casi periclitada concepción francesa del servicio público, todavía presta una utilidad para identificar los bienes públicos y comunitarios que presta el Estado a privados y cuya deficiente calidad o cantidad lesiona derechos del usuario.¹⁴

9. En América Latina y en el marco de regímenes presidencialistas el Defensor del Ciudadano encuentra una instalación entre los órganos supremos del Estado, aún bajo el molde del comisionado parlamentario, propio de regímenes parlamentarios.
10. Un defensor del Ciudadano revestido de legitimación procesal activa, conecta con la Jurisdicción Constitucional de la libertad (Cappelletti) y con una más perfecta tutela con imperio de los derechos públicos subjetivos de la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos; contribuyendo a superar la «fragilidad de los derechos del hombre»¹⁵.

IV. El Defensor del Ciudadano en el Estado de Derecho.

El tratadista Víctor Fairén Guillén indica que el término Ombudsman traducido literalmente al español significa «persona que da trámite» y hunde sus raíces como garantía institucional de los derechos humanos en el norte de Europa¹⁶. La razón de ser de Ombudsman en países nordeuropeos se halla (además de desconfianza en Tribunales como control de administración) «en que algunos cargos públicos disponen de gran autonomía y un régimen de descentralización administrativa jerárquicamente considerada» (Fairén Guillén).

El Ombudsman nace como institución bajo la figura de un «comisionado parlamentario» revestido de auctoritas mas no potestas, no sometido a mandato imperativo alguno, «sugerencias», «advertencias», «recordatorios», «admoniciones» o incluso «reprimendas» no vinculan a los órganos sometidos a control, en suma es una «Magistratura de disuasión y no de imposición coercitiva»; sin perjuicio de funciones acusatorias (ley penal de los funcionarios) o de cautela judicial por la vía de estar legitimada procesalmente para deducir acciones constitucionales de tutela de derechos fundamentales frente a la Administración del Estado.

¹⁴ Muñoz Machado, Santiago: *Servicio Público y Mercado*, Edit. Civitas S.A., Madrid, Tomo I, 1998.

¹⁵ Madiot, Yves: *Droits de l'homme*, Masson, 2ª edic., París, 1991, págs. 27 y ss.

¹⁶ Fairén Guillén, Víctor: *El Defensor del Pueblo—Ombudsman*, Edit. CEC, 2 vol., Madrid, 1982–1986, Tomo I, pág. 35 y ss.

Las decisiones del Ombudsman (Defensor del Pueblo o Defensor del Ciudadano) son eficaces dada la auctoritas de la «Magistratura», produciendo impactos «directos» o «indirectos» en los quejosos y en toda la comunidad. Al respecto Fairén Guillén recuerda: «Como medios con los que ha contado y cuenta el Ombudsman para adquirir esa auctoritas, deben contarse: a) la publicidad, el conocimiento del cargo de Ombudsman y de sus atribuciones; b) la publicidad de sus actitudes, que puede llegar incluso a los medios de comunicación masiva; c) el hecho de que sea muy fácil el acceso a él por parte de los ciudadanos; d) sus procedimientos, informales y rápidos; e) la publicidad general de sus «decisiones» (mediante los «informes» fundamentados). El resultado de la combinación de estos factores –y la base de los mismos se halla a su vez en la superioridad moral y jurídica del Ombudsman– es que, aunque según la letra de las leyes sus «decisiones» no vinculan a la administración en la práctica esta las obedece regularmente. El impacto directo de las decisiones del Ombudsman se produce sobre la persona «quejosa», y puede ser sencillamente de carácter psicológico (cuando el Ombudsman rechaza una «queja» explica las razones que tuvo la Administración para obrar así); el «impacto indirecto» se produce, a través de la publicidad de las decisiones del Ombudsman, sobre administraciones no involucradas en el asunto concreto, y a través de su influencia en el propio Parlamento, el cual, en muchas ocasiones, dicta nueva legislación, o reforma la defectuosa por la iniciativa del Ombudsman». «El elemento subjetivo del «impacto» se halla en la propia subjetividad –serena, pero enérgica– del Ombudsman, el elemento objetivo se halla en una constante tendencia a «humanizar» la aplicación de las leyes, en la celeridad, «modicidad» y «popularidad» de sus procedimientos»¹⁷.

Por encima de esta sinopsis de la institución del Ombudsman (Defensor del Ciudadano); lo que nos importa es concatenar la institución con el Estado de Derecho. El Estado de Derecho que designa una forma del Estado en su contenido político de tutela de derechos e institucionalización del poder, es una categoría compleja en el Derecho Constitucional general que posee una historia interna en la cultura jurídica germana y una historia externa en la cultura jurídica francesa e inglesa (A. Baratta); pero que con el tiempo se ha universalizado, dando origen a conceptos derivados: Estado liberal, Estado social, Estado democrático (P. Lucas Verdú, E. Díaz); con un piso de principios fundantes que en términos paradigmáticos enuncia el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre, del Ciudadano de 1789 «toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución»¹⁸. El Estado de Derecho en su versión liberal y formalizada, era organización de Derecho en un doble significado: «en cuanto que el mismo Estado y sus órganos actuaban en el cuadro del derecho preconstituido y en

17 ob. cit., pág. 78–79.

18 Díaz, Elías: *Estado de Derecho y sociedad Democrática*, Edit. Taurus S.A., Madrid, 8ª edic., 1981, 4ª reimp. 1985.

cuanto que el Estado garantizaba las situaciones jurídicas subjetivas conforme a su ordenamiento». De las notas características del Estado de Derecho podemos citar con de Vergottini: «a) supremacía de la ley parlamentaria, en cuanto expresión mediante el principio representativo, de la soberanía popular. El término ley, aunque se define de modo formalista (ley acto del parlamento) se entendió en sentido amplio de modo que comprendía la ley-base del Estado, su Constitución; b) un sistema jerárquico de normas jurídicas órdenes según grados diversos, con capacidad diferenciada de intervención en las relaciones sociales; c) separación de los poderes (estructuras organizativas) públicos, dotados de esferas de competencia propias, como garantía de la libertad; d) reconocimiento expreso y sistema de garantías de la libertad, previstas en la Constitución y las leyes. De la acción de la Administración y sistemas de recursos contra la actividad administrativa. En ciertos casos garantías frente a las posibles arbitrariedades del legislador mediante el control de constitucionalidad de las leyes»¹⁹.

Ciertamente el principio-dogma de la separación de poderes formulado por el Barón de Montesquieu, como división del poder con funcionalidad limitadora para garantizar la libertad, significaba concebir los poderes como verdaderos cuerpos regidos por una ley física de Newton (Schmitt), concepción sometida a quiebra teórico-práctica, pero conservando su núcleo y funcionalidad: un principio de distribución del poder estatal en funciones y órganos, reflejo de un proceso creciente de institucionalización y racionalización del poder (García Pelayo, Burdeau, Weber)²⁰.

En este esquema en que el Estado de Derecho en su versión liberal pasa a una versión social, con crecimiento de sus estructuras burocrático-administrativas, emerge el Ombudsman o Defensor del Pueblo como instituto de control; superando el viejo dogma trinitario por una división-distribución funcional del poder en correspondencia con el Estado contemporáneo.

Utilizando la aproximación teórica de J.R. Vanossi los «poderes» resultantes del proceso gubernamental se proyectan en: 1) asesoramiento; 2) decisión (policy determination); 3) ejecución (policy execution); 4) control y 5) responsabilidad (que es emergente de la función de control). En este cuadro de conceptos, la regla de oro es que todo poder debe tener control y todo acrecentamiento-vigorización de poder debe tener como contrapartida una vigorización de los controles, resultado «a mayor poder corresponde mejor control y debe exigirse mayores responsabilidades». Con acierto observa Vanossi: «si el control es la antesala y presupuesto de la responsabilidad, ello implica la exigencia de que dicho control sea real y efectivo, no puramente teórico o nominal. Para alcanzar esos resultados se requieren, al menos, tres recaudos: a) la

19 Vergottini, G. de: «Balance y Perspectivas del Derechos Constitucional Comparado», REDC Nº 19, CEC, Madrid, 2-28-22.

20 Burdeau, G.: *Traite de Science Politique*, Edit. L6DJ, París, 1953-58, T. I, 7º vol.

Ídem Max Weber: *Economía y Sociedad* FCE, México D.F., 2ª edic., 1984, pág. 172 y ss.

independencia del controlante respecto del controlado (toda vez que resulta ingenuo pensar en la virtualidad de un control a cargo de «sometidos» al controlado); b) un ámbito suficiente de lo controlado (puesto que si su órbita controlada carece de significación quedará fuera de control lo más importante del quehacer jurídico–institucional) y c) libertades inherentes a la función de control²¹. Entre estas, tienen la prioridad la libertad de información, que permite conocer los hechos (el «derecho a los hechos»), el derecho de crítica (que tiene particular relevancia tratándose de la crítica a los funcionarios públicos) y algo más que se supone como elemento material necesario, es decir, la debida publicidad de los actos de poder, sin cuyo conocimiento son impracticables el control y la responsabilidad». Conecta el control intra e inter órganos con el necesario pluralismo social o de intereses (Montesquieu, Tocqueville) y el pluralismo ideológico–político articulado en partidos políticos, puesto que de la fortaleza de la sociedad civil surge el equilibrio con el Estado.

V. Finalidad y Ámbito de Competencia del Defensor del Ciudadano.

Es menester a estas alturas recoger de modo sumario el proyecto de reforma constitucional (Mensaje N°007/343, del 27 de septiembre de 2000) que institucionaliza el Ombudsman, para tasar su finalidad y competencia:

1. Objetivos:

1.1. Velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas.

1.2. La misma competencia podrá ser ejercida por el Defensor del Ciudadano respecto de las personas, naturales o jurídicas, que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública.

2. Funciones:

2.1. Inspeccionar la actividad de los órganos de la Administración del Estado.

2.2. Formular sugerencias, recomendaciones y/o informes, que no tendrán carácter de vinculantes, destinados a la adopción de medidas que corrijan o eviten acciones que afecten la regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo.

21 Vanossi, J. R.: Ob. cit. pág. 97 y ss.

2.3. Ejercer las acciones judiciales establecidas en la Constitución y las leyes, ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, que afecten derechos e intereses colectivos o difusos.

2.4. Las funciones precedentes podrán ejercerse respecto de las personas, naturales o jurídicas, que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública.

2.5. Una vez al año, el Defensor informará sobre las gestiones realizadas en dicho período, así como los resultados de las mismas, al Presidente de la República y a la Cámara de Diputados. La cuenta será pública.

A mayor abundamiento me permito transcribir los más importantes preceptos contenidos en el proyecto de reforma constitucional (Capítulo IX A del Defensor del Ciudadano):

«Artículo 89 A.- Un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, con el nombre de Defensoría del Ciudadano, velará por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas.

Para el cumplimiento de sus funciones, podrá inspeccionar la actividad de los órganos de la Administración del Estado, pudiendo formular sugerencias, recomendaciones y/o informes, que no tendrán carácter de vinculantes, destinados a la adopción de medidas que corrijan o eviten acciones que afecten la regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo.

La Defensoría del Ciudadano podrá ejercer las acciones judiciales establecidas en la Constitución y las leyes, ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, que afecten derechos, e intereses colectivos o difusos.

Las mismas competencias y atribuciones señaladas, podrán ser ejercidas por el Defensor del Ciudadano respecto de las personas, naturales o jurídicas, que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública.

Artículo 89 B.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de la Defensoría del Ciudadano.

Artículo 89 C.-El Defensor del Ciudadano será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo de la Cámara de Diputados, adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio en sesión especialmente convocada al efecto.

Para ser nombrado Defensor se requiere tener a lo menos diez años de título profesional universitario, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. El Defensor durará cinco años en su cargo, solo podrá ser nombrado por una vez para un nuevo período, y cesará en él al cumplir 75 años de edad.

El Defensor del Ciudadano gozará de inamovilidad en su cargo, será inviolable por las opiniones que exprese en las sugerencias, recomendaciones y/o informes que emita en el ejercicio del mismo y le será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo y tercero del artículo 58.

El Defensor del Ciudadano, una vez al año, informará sobre la labor realizada en dicho período, así como los resultados de la misma al Presidente de la República y a la Cámara de Diputados. Dicha cuenta será pública.».

De la sola lectura de «finalidad y competencia» del Defensor del Ciudadano, se puede colegir un proyecto de reforma ambicioso, que transforma a la institución en un control de tutela de derechos e intereses difusos relevante en el cuadro de controles de la Administración y del poder administrativo, y en el cuadro de garantías de derechos humanos.

VI. A modo de conclusión.

Examinada la función de control y sus técnicas con una aproximación crítica y precisadas las tendencias más significativas en el fin de siglo de esta nueva institución de control de tutela de derechos humanos, cabe hacer a modo de conclusión un comentario acerca de dos reproches o críticas frecuentes en nuestro medio debido a que la institucionalización del Defensor del Pueblo se trataría de una institución «exótica» o snob de origen nórdico y que colisiona con controles judiciales, políticos, administrativos jerárquicos y de legalidad que lo hacen fútil e inane.

En cuanto al «exotismo» o «esnobismo» constitucional propios de la academia y por tanto fruto de un cierto «hermetismo constitucional», cabe señalar que en nuestras instituciones poco o nada hay de autóctono o propiamente histórico (derecho Indiano), ya que el telos ideológico de nuestras constituciones del siglo pasado y de sus instituciones es republicano liberal. Más aun la «política constitucional» de nuestros «padres fundadores» del Estado-Nación: M. de Salas, J. Egaña, J. J. de Mora, J. A. Rodríguez Aldea, M. J. Gandarillas, M. Egaña, y los constituyentes de 1870, es el constitucionalismo liberal de corte europeo.

Sin embargo, más sólida parece la segunda crítica: el Defensor del Ciudadano colisiona o se superpone a otros controles interórganos probados como el control político, control judicial o el control de legalidad, con lo cual un nuevo control es fútil o inane. De lo expuesto es fuerza concluir que los diversos tipos de control de nuestro ordenamiento constitucional: control político de la Cámara de Diputados y control jurídico, sea de legalidad de la Contraloría General de la República, sea judicial de los tribunales de justicia, sea de justicia electoral del Tribunal Calificador de Elecciones y Tribunales Electorales Regionales o bien sea el control de constitucionalidad de actos normativos a cargo del Tribunal Constitucional, son todas formas de control diferenciados a partir de la matriz básica: control político—control jurídico, de los actos sometidos a dicho control: actos de Gobierno, actos de la Administración, actos del poder,

cuestiones electorales y actos normativos, y también del tipo de vinculación a un parámetro o canon: subjetivo u objetivo (ley y Constitución).

En este marco el Defensor del Ciudadano es un nuevo control de tutela de derechos predominantemente jurídico, que tiene un parámetro abierto (Constitución y tratados sobre Derechos Humanos y legislación), un objeto determinado: los actos de la Administración del Estado, sea de los entes públicos que integran el Estado o de entes de Derecho privado que gestionan bienes públicos o comunitarios, que comprenden el campo de los servicios públicos. En suma el Defensor del Ciudadano es una institución del Estado de control de tutela de derechos «duros», de los menos duros y «pequeños» derechos.

También a modo de conclusión, cabe hacer un conjunto de planteamientos provisionales, objeto de otros debates y construcciones dogmático-jurídicas, que engarzan el instituto del Ombudsman (Defensor del Ciudadano, Defensor del Pueblo, Comisionado o Procurador de Derechos Humanos) en el Estado de Derecho, expresión institucionalizada de la democracia que en la década de 1980 fue restaurada-reconstruida en nuestra América; a saber:

1. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial sobre la base de la «idea de humanidad» (Radbruch) se inició un proceso de internacionalización y progresividad de los derechos humanos.
2. Asimismo, el crecimiento del Estado contemporáneo (Estado liberal que se transforma en Estado social) con un proceso de socialización del Estado y estatalización de la sociedad civil (García Pelayo, Habermas), marca un proceso de «rejuridización» de la actividad administrativa en que el Ombudsman adopta singular importancia (Maiorano), es la «sombra ética del poder».
3. El Defensor del Ciudadano u Ombudsman en cuanto instituto de control revestido de auctoritas, mas no potestas, no debe entrar en colisión con otros órganos y procedimientos de control (control político de las Cámaras o control judicial de tribunales contencioso administrativos), sino debe operar como un complemento o colaboración en la función de control del poder²².
4. En el cuadro de regímenes-tipos de gobierno presidencialistas, superlativos de su modelo americano del norte, la institución del Defensor del Ciudadano ha tenido un difícil, pero feliz posicionamiento en la medida que la órbita de competencias (imbricado en la función de control) descansa en la Constitución estatal.
5. El Defensor del Ciudadano en cuanto a su condición de organismo autónomo del Estado opera en América Latina sobre dos modelos: de comisionado parlamentario (nordeuropeo y eurocontinental) y de órgano ejecutivo (anglosajona y francesa), pre-

22 Stacey, Frank: «Ombudsman Compared», *Oxford University Press*, 1978.

domina el modelo de comisionado parlamentario que contrasta por regla con fuertes gobiernos presidencialistas. El proyecto de reforma constitucional en Chile es una verdadera mixtura en este punto.

6. En cuanto al ámbito de control del Defensor del Ciudadano en América Latina predomina el modelo tradicional referido a la Administración del Estado, extendiéndola al «servicio judicial» en la Administración de Justicia. El proyecto en Chile resulta ambicioso en cuanto al ámbito de control del Defensor.

7. En cuanto a la cobertura de derechos humanos respecto de los cuales el Defensor del Ciudadano es una garantía institucional (Pérez Luño), la tendencia en las Constituciones de América Latina es la de «crecimiento» del catálogo de derechos en sus diversas categorías o generaciones, incluidos derechos colectivos e intereses difusos, tendencia a la que el proyecto en Chile se adscribe.

8. A partir de 1985 se ha iniciado el proceso de constitucionalización del instituto Defensor del Ciudadano en nuestra América bajo la clara influencia del modelo nordeuropeo, pero mediada por la influencia del instituto implantado en la Constitución española de 1978. Ello no significa desconocer lejanas y fuera de contexto muchas veces raíces indianas, precolombinas y decimonónicas, como el Tucuyricuy incaico; el Protector de Indios creado a iniciativa de Fray Bartolomé de las Casas por el Cardenal Cisneros en 1516; la «Procuraduría de Pobres» de México creada en 1847; Personeros Municipales en Colombia, entre otros²³.

9. También en el concierto americano el Defensor del Pueblo junto a su órbita de control (Administración), interviene en procura de la tutela efectiva de derechos fundamentales al estar revestido de legitimación procesal en el campo de garantías jurisdiccionales específicas; ámbito en que el proyecto de reforma constitucional se encuadra.

10. El Defensor del Pueblo por regla general se constituye en institución nacional; sin perjuicio de especialización funcional a través de Adjuntos, o bien órganos especializados. Coincidimos con Gil-Robles en orden a que fomentar la proliferación de Defensores sectoriales o especializados, « es sin duda caer en la trampa de la división, la ineficacia y posiblemente el desprestigio a corto plazo ante los ojos de la población»²⁴. Ello no debe obstar a que el Defensor del Ciudadano en nuestro medio tenga especial cuidado de ejercer sus competencias en sectores sociales marginados o vulnerables, como niñez, ancianidad, género o minorías étnicas.

11. Finalmente, el Defensor del Pueblo crecientemente tiende a estar revestido de atribuciones legislativas indirectas al sugerir a los órganos legislativos orientaciones de

23 Majorano, J. L.: Ob. cit.

24 Gil Robles, A: «El Defensor del Pueblo y su Impacto en España y América Latina», Revista AIO N° 3º, 1994, pág. 82.

lege ferendae destinadas a perfeccionar la tutela (defensa y promoción) de derechos humanos y a una más eficiente Administración del Estado, ámbito en que el proyecto de reforma constitucional tiene un vacío.

Para concluir cabe observar que el proyecto de reforma constitucional al que estamos llamados a comentar se inserta de modo heterodoxo en nuestro régimen presidencialista, interviniendo en el nombramiento del Defensor el Presidente de la República y la Cámara de Diputados; revistiendo al Defensor del Ciudadano de autonomía y personificación, de autoridad y no de imperio en cuanto a control, y con una amplia competencia de tutela de derechos e intereses difusos frente a la mala Administración y a los servicios de utilidad pública en general, erigiéndose en un verdadero desafío de institucionalización para un mejor Estado de Derecho. La sentencia de Hobbes acerca del poder: «un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte» o la sentencia de Montesquieu: «...nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella...»²⁵, encuentra en el Estado de Derecho un intento de racionalización, lógica en la que se inserta el Ombudsman o Defensor del Ciudadano.

25 Montesquieu, Charles de Secondat, Barón de: *Del Espíritu de las Leyes*, Edit. Porrúa S.A., México D.F., 1985, pág. 103.