



El defensor del pueblo en América Latina

Carlos R. Constenla*

Índice

Introducción; 1. Antecedentes; 2. Signos de identidad en Latinoamérica; 3. El defensor del pueblo en América Latina; 4. Recorrido histórico en la región; 5. Países latinoamericanos en los que no existe esta institución; 6. De cara al futuro; 7. Naturaleza jurídico institucional; 8. Un balance general; 9. Progresos; 10. Cuestiones pendientes; Conclusiones

Palabras clave

Defensor del pueblo, ombudsman, derechos humanos

Introducción

El más significativo aporte al constitucionalismo latinoamericano de las últimas tres décadas, fue la introducción de la figura del defensor del pueblo, conocido genérica y algo impropiamente como *ombudsman*.

Se entiende que cuando hablamos de defensor del pueblo nos referimos a instituciones defensoras de derechos humanos que, según los llamados Principios de París, sancionados por la asamblea general de las Naciones unidas en 1993, deben ser independientes, creadas por una norma constitucional o legal, y cuya designación estará establecida a través de un procedimiento que asegure la representación pluralista de todas las fuerzas sociales, extremo que se expresa habitualmente por el parlamento a través de mayorías calificadas.

1. Antecedentes

El *ombudsman*, es una institución que se consagró en Suecia en 1809 a partir de antecedentes propios de la tradición jurídica y política escandinava. Su misión fue la de controlar a los funcionarios de la administración pública y a los jueces, por mandato del Parlamento. En el mismo siglo XIX se intentó crear una institución análoga en Noruega, pero fracasó. Hubo que esperar el fin de la primera guerra mundial para que, en 1919, se estableciera la segunda institución homónima, esta vez en Finlandia, cuando se

* Presidente del Instituto latinoamericano del *ombudsman* - Defensor del pueblo.



convirtió en república, y se separó de la unión dinástica que por más de cien años la había ligado a los zares de Rusia. El tercer *ombudsman* conocido fue el de Dinamarca, aunque ya con otras características.

En el resto del mundo, no se hablaba de esta figura. Las razones de esta desconcertante morosidad por adaptar tan singular institución, fue estudiada por el jurista francés André Legrand quien advirtió, que el *ombudsman* era un funcionario asimilado a la cultura política escandinava, con muy pocas posibilidades de prosperar en otro entorno jurídico: «La creación del *ombudsman* en 1809 fue en respuesta a la pregunta que se hacían la mayor parte de los Países europeos a principios del siglo XIX: ¿cómo substituir un régimen de absolutismo monárquico que había sido hasta entonces la forma predominante de gobierno? Preocupada por limitar el poder real, Suecia no mantuvo el modelo parlamentario que apenas se esbozaba en la Inglaterra de entonces, sino que optó por una solución original en Europa, más conforme a sus tradiciones históricas: una organización burocrática, con funcionarios con mucha independencia respecto al poder real. Pero, al mismo tiempo, lo ideales del momento, sumados a una fuerte desconfianza respecto a la burocracia, que es una de las tradiciones de la historia sueca, llevaron a los constituyentes de 1809 a asociar esa burocracia independiente del poder político, a una suerte de *rule of law*. Fue con esa intención que el derecho sueco estableció esta institución original, el *ombudsman*, cuya acción se integraba con un conjunto de instituciones que apuntan al mismo objetivo»¹.

Las singularidades del instituto sueco no fueron óbice sin embargo para su desarrollo posterior, cuando después de la segunda guerra mundial, y siguiendo el patrón danés que excluyó a la justicia de su mandato, e incorporó al gabinete de ministros (es decir al gobierno), se impuso en la Europa occidental un modelo de Estado cuya participación en el proceso económico alcanzó un papel relevante. Fue el tiempo del Estado providencia, el Estado fáustico², en el que por su tamaño la Administración pasó a tener un papel decisivo en la vida de las personas. A ésta, más que a cualquier otra razón se debe el desarrollo de la institución del *ombudsman* a partir de su consagración en Dinamarca en 1954. Un Estado democrático, con objetivos sociales, no podía permitir los abusos en el que incurría una Administración cuya exorbitancia jurídica sobrepasaba los mecanismos de control parlamentario tradicional³.

A partir de los años Cincuenta del siglo pasado, el *ombudsman* fue un magistrado de prestigio que ofició como un controlador externo de la administración, fiduciario del parlamento que lo designa y ante quien es responsable. Independiente del poder político, sus opiniones y resoluciones carecen de fuerza vinculante. En estos términos se comprende que el *ombudsman* haya sido concebido como un comisionado

¹ A. Legrand, *Une institution universelle: l'ombudsman?*, en «Revue Internationale de Droit Comparé» de la Société de Législation Comparé, París, octubre-diciembre 1973, pp.853/4 (T. del A.).

² J. Lajugie, *Los sistemas económicos*, traducción por Ida Deschamps de Guerrero, 6ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 1968, p.42.

³ Ver C.R. Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, Reus, Madrid; Zavalía, Buenos Aires; Temis, Bogotá; Ubijus, México, 2010, pp.97 y sigs.



parlamentario como es llamado en Inglaterra y como lo identificó en un temprano estudio sobre esta institución en la Argentina, Miguel M. Padilla⁴.

Ana María Moure Pino dice acertadamente que el *ombudsman* europeo reconoce su rasgo primordial «en la identificación y la denuncia de los abusos que la administración pública comete, incluso cuando se mueve en la órbita de la legalidad. Es decir, su actuación se ve reducida a un mínimo común denominador de la defensa del ciudadano frente a la mala administración, pero siempre con la salvedad de que el poder de intervención del *ombudsman*, su verdadera razón de ser, reside en definitiva, en el hecho de completar y corroborar el sistema del Estado de derecho»⁵.

2. Signos de identidad en Latinoamérica

En América Latina a mediados de la década de los años Ochenta y, fundamentalmente desde los Noventa, se introduce esta figura, pero con otros nombres, y también con otros contenidos. Se siguió el modelo ibérico, establecido en las constituciones de Portugal (1976) y España (1978) que asignan a esta magistratura un mandato cuyo objeto central es la protección de los derechos humanos. Los atributos del *ombudsman* europeo clásico, serán en parte conservados, pero adoptando otros, que lo apartan de éste, mucho más allá de su misión primordial de defender los derechos humanos: a) su absoluta independencia del parlamento que lo designa, b) su mandato por períodos preestablecidos, ajenos al voto de confianza de las mayorías legislativas, c) la posibilidad de interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo y d), por lo menos en toda América del Sur, República Dominicana, Panamá y parcialmente en Costa Rica, su nombre: defensor del pueblo, onomástico que lo emparenta, como en sus otros signos esenciales, con una tradición mediterránea clásica de raíz romanística.

El defensor del pueblo se identifica con el escandinavo por tres razones importantes pero que no pasan de ser instrumentales: 1) por su condición de órgano de control independiente, externo a la administración, que no recibe instrucciones de nadie, ni aún de quien lo designó; 2) por su nombramiento parlamentario a través de mayorías calificadas y 3) por carecer de poder positivo. Son atributos de mucha significación, al punto que la falta de alguno de ellos, desfiguraría su naturaleza institucional.

Sin embargo cabe preguntar ¿puede asegurarse que nuestro defensor del pueblo tiene una identidad que lo asimile con el *ombudsman* escandinavo o más genéricamente con el *ombudsman* europeo? Es parecido, tiene similitudes técnicas, pero no es de su linaje y tampoco comparte su naturaleza jurídico-institucional. Y esta afirmación no busca solventar un antecedente histórico, ajeno a nuestro interés en este caso. Participa el agua

⁴ M. Padilla, *La institución del comisionado parlamentario*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972, p.81. Padilla fue uno de los primeros divulgadores y promotores de este instituto en América Latina, aunque poco se lo recuerde.

⁵ A.M. Moure Pino, *El ombudsman. Un estudio comparado con especial referencia a Chile*, Dykinson, Madrid, 2013, pp.22/3.



las calidades de la tierra por donde pasa, decía Gracián⁶. Debemos tener en cuenta que esta figura del defensor del pueblo tiene perfiles todavía difusos, misiones que se cuestionan y objetivos condicionados por razones que se ubican lejos de las invocaciones éticas que inspiraron su creación. De allí que, según sea la interpretación que se haga de su naturaleza, será el contenido de sus acciones, sus alcances sus efectos.

Afirmamos así que el modelo clásico del *ombudsman* escandinavo y más genéricamente hablando, el *ombudsman* europeo, no define al menos en Latinoamérica los perfiles y competencias del defensor del pueblo. Y menos todavía, lo que la sociedad espera de él, que no es poco, porque esto determina su compromiso.

3. El defensor del pueblo en Latinoamérica

La idea en torno a la introducción de la figura del *ombudsman* en Latinoamérica, fue promovida por el Instituto latinoamericano del ombudsman⁷, cuyo nombre más tarde sería complementado con el de "defensor del pueblo", aunque es conocido con su antigua sigla: Ilo⁸.

Este impulso inicial se hizo bajo una definida referencia al *ombudsman* clásico escandinavo, concebido básicamente como un organismo de control. La participación en 1985, en un coloquio del Ilo celebrado en Buenos Aires, del primer defensor del pueblo de España, Joaquín Ruiz Jiménez, inició un debate sobre los alcances de las funciones de la emergente institución, que advirtió sobre las novedades que introducían las constituciones portuguesa y española con la singular y preciosa lucidez de haber ubicado a este instituto en lo que se conoce como derecho constitucional de la libertad (parte declarativa) y no en lo que es el derechos constitucional del poder (parte orgánica). Decimos preciosa lucidez porque con este simple procedimiento metodológico, quedó explícitamente excluido de la órbita de los organismos o funciones del poder. En esto la Constitución de Portugal en su concisión, fue más clara. La española adjetiva innecesariamente la identidad del instituto, diciendo que es «un alto comisionado de las cortes generales» (art.54). Detalles aparte, la Constitución española de 1978, tuvo una enorme importancia para esta institución en Latinoamérica, desde los claros alcances del mandato, hasta su bizarro nombre, cuyas raíces corren por las venas de Iberia, desde el *defensor civitatis* en tiempos del bajo imperio romano.

⁶ Ver B. Gracián, *Oráculo manual y arte de la prudencia* (1647), edición del Consejo superior de investigaciones científicas (facsimil de la edición de 1954), Madrid, 2003, p.27. En realidad Gracián escribió: «por las cualidades buenas o malas de las venas por las que pasa». La feliz adaptación corre por cuenta de Azorín, *Espanoles en París* (1939), 3ª edición, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1944, p.154.

⁷ J. Santistevan de Noriega, *El defensor del pueblo en Iberoamérica*, Gaceta Jurídica, Miraflores, Perú, 2002, p.9.

⁸ El papel del Ilo fue determinante en la creación de las defensorías del pueblo de la Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Adviértase que en todos estos casos – y solamente en ellos – se los llama «defensor».



Los proyectos por establecer la figura del defensor del pueblo en los Países latinoamericanos fueron en buena medida satisfechos. Sólo Chile y Brasil no cuentan con esa figura, aunque en este último hay instituciones parcialmente sucedáneas.

4. Recorrido histórico en la región

El primer defensor del pueblo de América Latina fue establecido con rango constitucional y con el nombre de procurador de los derechos humanos, en Guatemala en 1985 para evitar las graves violaciones a los derechos humanos que se vivían en ese País como consecuencia de duros enfrentamientos armados.

Lo siguió la República del Salvador. En las reformas a la Constitución de 1991, sancionadas como consecuencia de los acuerdos de paz, con el cometido esencial de promover y proteger los derechos fundamentales de sus habitantes, se instituyó esta figura, bajo el nombre de procurador para la defensa de los derechos humanos. Ese mismo año se lo reconoce también con jerarquía constitucional en Colombia. En 1992, en México, una reforma constitucional le acuerda carácter de *ombudsman* a la Comisión nacional de derechos humanos que existía desde antes, pero designada por el Poder ejecutivo.

En Costa Rica en 1992, se sancionó la ley que creó la figura del defensor de los habitantes. La Argentina lo estableció por ley en 1993 y constitucionalmente a través de la reforma de 1994. La República del Paraguay lo creó por la Constitución de 1992, pero recién en 2001 se designó al primer defensor del pueblo. En 1995 y 1996, respectivamente se instituyó esta figura en Nicaragua y Honduras. En Perú se la estableció por la Constitución de 1993 y se designó al primer titular en 1996. El mismo año también, pero sólo por una ley, se creó en la República de Panamá. En 1997 por ley se establece en Ecuador, y con rango constitucional en Bolivia. En Venezuela se crea mediante la Constitución sancionada en 1999. La República Oriental del Uruguay, en el año 2012 consagró por ley la Institución nacional de derechos humanos – defensoría del pueblo. En 2013, se puso en funcionamiento en la República Dominicana.

Dos Países de habla inglesa – es decir Países no iberoamericanos pero que tienen un común destino con éstos –, crearon esta institución antes que en la Península Ibérica. Primero Guyana en 1966 y luego en Trinidad y Tobago en 1976. Puerto Rico por su parte, en su particular condición de Estado libre asociado a Estados Unidos de América, tuvo iniciativa propia en la creación, en 1977, de su procurador de los derechos del ciudadano o magistrado del pueblo. Jamaica lo estableció en 1978. En otros Países del Caribe se instituyó más tarde: Santa Lucía en 1981, Barbados y Haití en 1987. Tiempo después: Antigua y Barbuda en 1995, Belice en 1999, Curaçao 2001, Islas Vírgenes 2003, Territorio de Ultramar Británico de las Islas Caimán 2004, Bermudas 2005, St. Kitts and Nevis (San Cristóbal y Nieves) en 2008, Grenada en 2009, Sint Marteen en 2010.



5. Países latinoamericanos en los que no existe esta institución

Al reformar su constitución en 1988, Brasil consideró la posibilidad de crear esta institución. Por entonces sólo existía en Guatemala. No hubo acuerdo en la convención constituyente y el sistema de protección de derechos quedó expresado en dos instituciones que, si bien pueden ser exhibidas como entes de protección de los derechos de las personas, no reúnen las condiciones de un verdadero defensor del pueblo. Ellas son la procuraduría de la defensa de los derechos del ciudadano, dependiente del Ministerio público federal y el otro las ouvidorias públicas, creadas en el ámbito de todos los organismos públicos en todas las escalas, cuyos titulares son designados por el propio titular del ente a controlar⁹.

Con relación a Chile, a pesar de los empeños de organizaciones de la sociedad civil, en especial del capítulo chileno del ombudsman, no fue posible consagrar hasta el presente esta figura. Abre una expectativa en este sentido, el compromiso de la presidenta Bachelet, de promover su creación en el curso de su mandato.

6. De cara al futuro

Nos interesa en este trabajo consignar algunas referencias sobre el modo de encarar su futuro en esta región, en la que si bien parece consolidado el sistema de elección democrática de sus gobiernos, está aún lejos de asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos y limitar las arbitrariedades del poder. Por otra parte, tres décadas de existencia, justifica proponer un juicio crítico para fortalecer a esta institución ante los desafíos del futuro.

7. Naturaleza jurídico-institucional

La primera cuestión que se debe considerar y revisar es la naturaleza jurídico institucional del defensor del pueblo. Esto nos impone un análisis científico, que necesariamente debe partir de la consideración del marco histórico en el que aparece como institución, y de los propósitos con los que se establece.

Como hemos dicho más arriba se consideró a esta institución como una comisión del parlamento. Al tal punto que en Gran Bretaña, hasta no hace mucho, las quejas de los ciudadanos debía hacerse a través de un representante de la cámara de los comunes que era el que a su vez la derivaba al *ombudsman*. La raigambre parlamentaria fue aceptada acriticamente y prácticamente no hubo autor que se ocupase de este instituto, que no lo

⁹ Para conocer en profundidad el estado de la cuestión y valorar los empeños por crear un sistema nacional de ouvidorias (defensorías del pueblo) democráticas e independientes, ver entre otros trabajos al respecto: R. Pinto Lyra (*et al.*), *A ouvidoria pública no Brasil. Modelos em disputa*, Editora Ufpa (Universidad Federal de Pará), Joao Pessoa, 2014.



haya aceptado de este modo. Las agudas observaciones de Legrand señaladas más arriba no fueron advertidas, y se pensó que lo que no había tenido cabida en el constitucionalismo liberal decimonónico no era consecuencia de su disfuncionalidad técnica con el sistema institucional si no de una omisión o de un olvido. Efectivamente, el sistema político liberal nacido del «espíritu de las leyes» del barón de Montesquieu estableció el modelo de la democracia representativa y un régimen de garantías sostenido en la división de poderes. En ese esquema, la existencia del *ombudsman* era un injerto que no podía tener otra razón que la de amenguar los excesos de las burocracias nórdicas. En una palabra, el establecimiento del *ombudsman* en Europa durante los años Cincuenta y Sessenta del siglo pasado, no fue un hallazgo de la «arqueología jurídica», sino producto de un contexto histórico que asumía la inconsistencia de un sistema que se mostraba ineficaz a la hora de proteger derechos, favorecer la buena administración y sobre todo que, para poder llamarse democrático, debía apelar a dispositivos políticos de directa participación popular, a pesar de haber sido estigmatizados por poco prácticos o peligrosos por los prudentes ideólogos del emergente constitucionalismo liberal¹⁰. Era la hora de «democratizar» la democracia y de ese modo, el dogma de que «el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes», fue retrocediendo frente al progreso de las consultas populares, los plebiscitos, los consejos económicos sociales, las audiencias públicas, la revocación de los mandatos, en fin una serie de instrumentos que nada tenían que ver con lo que parecía ser una inmarcesible forma de gobierno representativa. Estos mecanismos sin embargo son instrumentales; era necesario consagrar una figura que cumpliera, lo que el sistema de garantías imperante no podía cumplir.

El constitucionalismo liberal, había puesto toda su confianza en el dogma de la división y equilibrio de los poderes. Sin embargo este sistema bien concebido en la teoría, no pasó de ser el mecanismo práctico que alguna vez imaginó Aristóteles¹¹, pero cuando los beneficios de los derechos se extendieron a capas sociales tradicionalmente ajenas a su disfrute, resultó insuficiente; fracasó y puso así en evidencia que era necesario un instrumento de defensa no jurisdiccional de los derechos de las personas.

Así apareció el defensor del pueblo; entender su contextualización histórica y si se nos permite su teleología, es tanto como entender por qué y para qué existe. Atarse por el contrario a un preconcepto dogmático, importa tanto como arrojar a este instituto al rimerero de las buenas pero apocadas intenciones. Suponer que debe haber un defensor del pueblo para que obre como un comisionado o delegado del Parlamento, como un

¹⁰ Ver: W. Blackstone (1765-1769), *Commentaries on the Laws of England*, book the first, Introduction, section II, the eighth edition, at the Clarendon Press, Printed for William Strahan, Thomas Cadell and Daniel Prince, Oxford, 1778, pp.51/2; Inmanuel Kant (1793), *Acerca del refrán: 'Lo que es cierto en teoría para nada sirve en la práctica'*, en *Filosofía de la historia. Qué es la ilustración*, traducción por Emilio Estiú y Lorenzo Novacassa, Terramar, La Plata, 2004, p.119; E.J. Sièyes, *Observations su le rapport de Comité de Constitution*, Artículo IV, Boudoin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, Versailles, 1789, pp.33/4/5.

¹¹ Aristóteles, *Política*, Libro III, capítulo VII, Versión de Pedro Simón Abril (1584), Hyspamérica Ediciones Argentinas, Buenos Aires, 1985, T. I, pp.136-140.



simple instrumento de control de legalidad y de facilitación para quejarse, no sólo es ponerle la quinta rueda a un carro sino incurrir en una petición de principios.

Para hallar las raíces y explicación de esta institución de garantías; para ensayar una interpretación de sus alcances y razón de ser, debemos buscar en las fuentes alternativas a las que construyeron el ideario liberal del siglo XIX, hijo del pensamiento del barón de Montesquieu. Es allí en que podremos observar que sus raíces están en otro lado; en la institución del Tribuno de la Plebe de la antigua Roma, a través de la interpretación de Maquiavelo en el libro I de los «Discursos sobre la Primera década de Tito Livio» y, fundamentalmente en el capítulo 5 del libro IV del *Contrato social* de Rousseau, en el que el filósofo ginebrino sintetiza la misión del tribunado, como la de quien no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo.

Los antecedentes ibéricos que señalamos, marcan la diferencia con el modelo escandinavo. Nuestro defensor del pueblo no puede hacer nada, pero puede impedirlo todo. ¿Cómo es esto? Si no puede hacer nada como no podía el sueco y después los nord europeos, si no tiene poder ¿cómo puede impedirlo todo? Porque si bien carece del poder de veto que tenían los tribunos romanos puede por la vía judicial, sin necesidad de acreditar legitimación procesal, asumiendo la protección de derechos individuales o los de incidencia colectiva, impedir la aplicación de normas que a su juicio contraríen valores jurídicos superiores. No es un poder entonces, ni siquiera un extrapoder; es un contra poder, o como lo llama como mayor propiedad la doctrina italiana un poder negativo¹². Es natural que así sea porque los derechos humanos no se pueden proteger, ejerciendo solamente una magistratura de persuasión. Así lo dijo un tribunal de justicia de Buenos Aires, la Cámara nacional de apelaciones en lo civil, evaluando la posibilidad de reconocer legitimación procesal por primera vez al defensor del pueblo local: «no cabe pensar que pueda crearse una institución sin dotarla de los poderes explícitos e implícitos indispensables para la consecución de sus fines, porque despojaría de todo sentido a la creación misma de esa institución, que no pasaría de ser un organismo burocrático incapaz de satisfacer las necesidades que fueron llamadas a solucionar»¹³.

Esta interpretación se ve fortalecida con las más novedosas formulaciones de este instituto en algunos Países de la Europa oriental, en el Estatuto de Cataluña y de modo especial en la Constitución del Ecuador en el que se confiere al defensor del pueblo, siguiendo al antiguo tribuno de la plebe, la posibilidad de dictar medidas precautelares.

¹² G. Grosso, *Diritto di sciopero e l'intercessio dei tribuni della plebe*, en «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 1953, pp.3-7; P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Paravia, Torino, 1971; P. Catalano, *Diritti di libertà e potere negativo*, en «Revista Archivio Giuridico», volume CLXXXII, fascicolo 1, 1972, pp.321-427; P. Catalano, *Un concepto olvidado. "Poder negativo"*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo LXXX de la segunda época, n.3; G. Lobrano, *Dal "defensor del pueblo" al tribuno della plebe: ritorno al futuro*, en P. Catalano, G. Lobrano, S. Schipani, «Da Roma a Roma». *Dal tribuno della plebe al difensore del popolo. Dallo Jus Gentium al Tribunale penale internazionale*, Istituto Ítalo-Latinoamericano, Roma, 2002; C.R. Constenla, *No quedó en el olvido: El poder negativo*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», enero marzo, 1, 2014, pp.7-18.

¹³ Causa Cartañá, *Antonio y otro c/ M .C. B. A. S/Amparo*, «Revista Jurídica La Ley», 1994, E, p.391.



Más aún, la tan mentada «magistratura de persuasión» que ejerce el defensor del pueblo, no es, conceptualmente, mucho menos que el veto del tribuno de la plebe. Él tampoco tenía un procedimiento «formulario» para vetar una norma: mostraba el ápice de lo que podría pasar si no se escuchaba su recomendación¹⁴. No es pequeña cosa para el derecho, invocar una autoridad moral, sobre todo cuando la ley escrita es muchas veces escarnecida en materia de derechos humanos: «Inoperancia y corrupción logran que leyes muy bonitas no sirvan para nada»¹⁵.

Esta, nuestra insistencia en afirmar la naturaleza tribunicia del defensor del pueblo, es lo que lo habilita a ejercer competencias residuales a favor de aquellos a los que medirlos a través de la criba de la legalidad, la mayor de las veces los dejan afuera. El derecho no es la ley y su razón se sustenta y justifica, en el delicado equilibrio que debe protegerse entre el poder y el pueblo. Administración, legislación, justicia, son atributos del poder, y no descubriremos nada si afirmamos que no siempre se administra, se legisla y se juzga de igual modo a todos. Apelamos a Rousseau para interpretar la naturaleza del defensor del pueblo, porque además de consignar las notas características de esta institución, su pensamiento abriga la más perturbadora sospecha de la legitimidad del sistema político. Dicho en sus mismas palabras: «Esta igualdad es más aparente que ilusoria: sólo sirve para mantener al pobre en su miseria y al rico en su usurpación. En realidad las leyes son siempre útiles a los que poseen y perjudiciales a los que no tienen nada»¹⁶.

¿Cómo sostener si no en una interpretación afín al tribunado la mediación en un conflicto o en la intercesión para evitar que un desalojo judicial procesalmente irreprochable, deje en desamparo seres humanos? ¿Cómo fundar el compromiso con personas, grupos o sectores que están en conflicto con el poder aún en contra de dictados de la Administración en el marco de sus competencias o de una norma legalmente sancionada? ¿Cómo substraer a esta misión de protección de los derechos humanos, de una visión judicial con partes que pone al defensor del pueblo en función de juez imparcial? ¿Cómo construir una ciudadanía inclusiva de acuerdo al modelo romano que supere el concepto tutelar del más vulnerable como un disminuido social, según se protegía a los indios en tiempos de la colonia con una curatela?

El defensor del pueblo no está contra el sistema político; está por fuera de sus resortes, por eso nos parece muy apropiada la ubicación que le dio la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al ponerlo por fuera del poder del estado, integrando lo que llama el Consejo moral republicano.

¹⁴ Sobre este punto ver: C.R. Constenla, *Del Monte Sacro a Salvador de Bahía*, en «Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires», n.5, diciembre de 2013, pp.195-208.

¹⁵ M. Caparrós, *El hambre*, Planeta, Buenos Aires, 2014, p.127.

¹⁶ J.J. Rousseau (1762), *Du contrat social*, Nota al capítulo 9 del libro I, Flammarion, Paris 2001, p.64.



8. Un balance general

A treinta años de la primera institución de estas características en Latinoamérica, estamos en condiciones de hacer un balance, una reflexión crítica global si cabe, de su breve historia, de sus avances y estancamientos; de lo bueno (progresos) y de lo malo (cuestiones pendientes). Pero siempre con la idea de mejorar a la institución; hacerla más visible, más independiente, más transparente, más participativa, más informal, en una palabra, más democrática.

A partir de esta concepción que nos anima, que es la de una defensoría del pueblo que no nació de una secesión, ni de una barricada, sino de la objetiva comprobación de que un enunciado legal de reconocimiento y tutela de derechos, por importante que sea, no es suficiente si no va acompañado de un instrumento institucional de garantías, debemos tener bien en claro qué es lo que progresa y qué es lo que debe mejorar y qué debe cambiar. Sólo así, y sin dogmas, no se retrocederá.

9. Progresos

En todos estos años, la institución del defensor del pueblo ganó en confianza y credibilidad. Más allá del desempeño individual de las personas que estuvieron a cargo de sus oficinas, en todas sus escalas, la sociedad – aún en los momentos de mayor crisis política, económica e institucional –, no dejó de dar crédito a este instituto. La mejor prueba de ello es que el número de consultas y reclamos fue en aumento, y en aquellos Países, provincias y municipios en que no existe, se siente como un deber político incumplido, el no contar con una defensoría del pueblo.

En general esta institución, en mayor o menor grado, fue dotada de legitimación procesal, lo que le permitió, aún en escalas locales (Argentina y Colombia), hacer derogar textos legales, reglamentos y actos administrativos, a través de acciones judiciales.

Debe computarse favorablemente la creciente intervención del defensor del pueblo en cuestiones no estrictamente ceñidas a su competencia formal, derivadas de situaciones en las que se verifica una violación de derechos. Vale esta reflexión para los defensores del pueblo en todas las escalas como así también a la propia Administración y sus organismos descentralizados y prestatarios de servicios públicos, que pocas veces cuestionan la competencia del defensor del pueblo para atender un reclamo hecho por su intermedio.

En relación a lo anterior, los defensores del pueblo, reconocen que sus competencias las determina el pueblo, muchas veces al margen de sus mandatos legales específicos.

Por último es destacable de qué manera la sociedad fue asumiendo que el defensor del pueblo es un mediador por excelencia y un real facilitador para solucionar conflictos por vías no adversariales. Esto es válido para los conflictos entre sectores de la sociedad civil y el Estado, como así también conflictos intersectoriales y aún entre particulares.



10. Cuestiones pendientes

La primera observación negativa es su demora en desarrollarse la institución en las escalas regionales, provinciales o locales en Latinoamérica. Ni en la Argentina ni en México, ambos Países federales, existe en todos los estados provinciales. Peor es el caso de Venezuela, que según su constitución es un País federal y descentralizado, en que el único defensor del pueblo que existía – fuera del nacional – desapareció. En la escala local, con excepción de Colombia en la que existe un sistema de personerías locales que cumplen esas funciones por mandato constitucional, y la República Argentina en que existen más de treinta, en el resto de América Latina son desconocidas, salvo el caso de Montevideo, capital de la República Oriental del Uruguay y Asunción, capital del Paraguay. Rechazamos desde ya que se pueda suponer que una delegación de una defensoría del pueblo, la pueda suplir institucional y políticamente. La creación de las defensorías del pueblo no debe interpretarse como una potestad soberana de las provincias o de los municipios. «La totalidad de los textos internacionales enfatizan que la creación del mecanismo del ombudsman en los diversos ordenamientos jurídicos es necesaria y no meramente facultativa para supervisar la administración y, más recientemente como garantía institucional de los derechos y las libertades frente a la actuación de los poderes públicos»¹⁷.

La designación del defensor del pueblo está muy ligada a la política partidista. En pocos lugares existe algún grado de involucramiento de la sociedad civil, lo que determina que la elección de un defensor del pueblo, es antes un problema político que un deber institucional. Uno de los principales desafíos por delante que se le presenta a esta institución, es la de consolidar un sistema democrático y autónomo con una mayor legitimación social¹⁸. Resulta más criticable todavía, la inclinación de ciertos defensores del pueblo a aprovechar tareas de promoción de derechos humanos, para exaltar las acciones del poder político. Ser un «colaborador crítico» de la administración, como suele decirse, no lo exime de mantener una absoluta neutralidad política que se expresa en la abstención de elogios al gobierno. Ya cuenta éste con poderosos instrumentos propagandísticos, como para comprometer al defensor del pueblo con esas rebajadas actitudes. Siempre es bueno recordar lo que pasó con Pompeya Sila, la segunda mujer de Julio César, según nos contó Plutarco.

El defensor del pueblo camina por la cornisa. Esto es verdad; vive acosado por la sociedad y por el gobierno. Por la sociedad que generalmente busca en él las soluciones

¹⁷ J. Vintó Castells, I. Aragonés Seijo, *El marco internacional de la institución del ombudsman*, edición del Sindic de Greuges de Catalunya, Barcelona, 2014, p.9.

¹⁸ Sobre este particular es singularmente importante la lectura de un trabajo de autor brasileño que, aunque orientado a esclarecer aspectos de la ouvidoria pública en su país, es de rigurosa vigencia en cualquier otro de nuestra región: R. Pinto Lyra, *Modelos de ouvidoria pública no Brasil. A construção de um perfil de ouvidoria autónoma e democrática*, en *A ouvidoria pública no Brasil. Modelos em disputa*, Editora de Ufpa (Universidad Federal de Pará), João Pessoa, 2014, pp.43-56. Allí se ponen de relieve casos emblemáticos como los de la *Ouvidoria do polícia do Estado de São Paulo*, la *Ouvidoria da defensoria pública do Estado de São Paulo* y de la *Ouvidoria geral do Município de Santo André*.



que la política no da, y así, siempre espera más de su gestión; por el gobierno porque se resiente por las acciones de impronta popular. La figura del defensor del pueblo escalando de mediador, gestor o curador de derechos, a tribuno del pueblo le disgusta e incomoda a la mayoría de los gobernantes. Esto genera el más severo de los obstáculos que se le presenta al defensor del pueblo: el de la autocensura, la autolimitación, a la que converge, sibilamente la amenaza sobre la subsistencia del instituto. La autocensura es la peor de las consejeras, porque lo lleva a reducirse o desmadrarse; es la que lo hace abrir el paraguas con sol o salir al descampado con una tormenta eléctrica; la que lo calla cuando debe hablar o lo hace hablar cuando debe callarse. Le pasa lo que a aquel fraile predicador español del siglo XVI: «El grande trabajo del predicador es el oficio de dar siempre malas nuevas, reñir con todos, decir a todos sus faltas sin respetar personas. Si reñimos a los viciosos o poderosos, apedréanos, cobramos enemigos, no medramos y aún suelen desterrarnos. Si no reñimos mándanos Dios ahorcar por ello. Mirad qué bien librados estamos»¹⁹. El defensor del pueblo debe recordar a los gobernantes que nadie acude a sus oficinas a expresar su complacencia con el gobierno.

Conclusión

Como no existe un protocolo que diga cuando hablar y cuando callar y cuando hacerlo en forma pública o reservada ni cuando ir a la prensa y cuando no, el defensor del pueblo toma en solitario una decisión y carga con las consecuencias. Esto no favorece su trabajo porque lo arrincona o lo expone. Para superarlo deberá recurrir a variantes objetivas y otras subjetivas.

Las objetivas son las que le indican el derecho internacional de los derechos humanos. De ese modo se va equivocar poco y aunque incomode, su recomendación será inapelable. Otra es ubicarse desde las posiciones de las organizaciones de la sociedad civil; ellas podrán brindarle la fortaleza que tal vez no halle en la política. Deberá relacionarse con la prensa, desde el principio; a sabiendas de que sus incursiones podrán ser usadas con otras intenciones. El poder político debe saber que ese defensor del pueblo habla con la prensa, con mesura, con prudencia, pero que habla. Así no va escandalizar a nadie cuando tenga que decir algo por esa vía o comunicar una resolución de esa forma.

Las subjetivas la determina su conciencia. Como dice Octavio Paz «desde que el hombre comenzó a pensar, es decir desde que empezó a ser hombre, un silencioso testigo, lo mira pensar, gozar, sufrir y, en una palabra vivir: su conciencia»²⁰. Ella debe ser para él su mejor orientación. Si lo eligieron defensor del pueblo, se presume que fue por algo: porque acreditó respetabilidad, honestidad, prudencia y aptitud moral. No es necesario apelar a impostaciones épicas ni heroicas, porque como advertía Vaz Ferreira,

¹⁹ F. Terrones del Caño (1617), *Instrucción de predicadores*, Espasa Calpe, Madrid, 1960, p.36.

²⁰ O. Paz (1993), *La llama doble*, Seix Barral, Buenos Aires, 1994, p.185.



no se trata de crear moralidad, sólo recomendar que se emplee la que se tiene²¹, si es que se la tiene.

Referencias bibliográficas

- Aristóteles, *Política*, Libro III, Capítulo VII, Versión de Pedro Simón Abril (1584), Hyspamérica Ediciones Argentinas, Buenos Aires, 1985, pp.136-140.
- Azorín, *Espanoles en París* (1939), 3ª edición, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1944.
- Blackstone W. (1765-1769), *Commentaries on the Laws of England*, book the first, Introduction, section II, the eighth edition, at the Clarendon Press, Printed for William Strahan, Thomas Cadell and Daniel Prince, Oxford, 1778.
- Caparrós M., *El hambre*, Planeta, Buenos Aires, 2014.
- Catalano P., *Diritti di libertà e potere negativo*, en «Revista Archivio Giuridico», volume CLXXXII, fascicolo 1, 1972, pp.321-427.
- Catalano P., *Tribunato e resistenza*, Paravia, Torino, 1971.
- Catalano P., *Un concepto olvidado. "Poder negativo"*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo LXXX de la segunda época, n.3, marzo, 1980.
- Constenla C.R., *Del Monte Sacro a Salvador de Bahía*, en «Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires», n.5, diciembre, 2013, pp.195-208.
- Constenla C.R., *No quedó en el olvido: El poder negativo*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», enero marzo, 1, 2014, pp.7-18.
- Constenla C.R., *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, Reus, Madrid; Zavalía, Buenos Aires; Temis, Bogotá; Ubijus, México, 2010.
- Gracián B., *Oráculo manual y arte de la prudencia* (1647), edición del Consejo superior de investigaciones científicas (facsimil de la edición de 1954), Madrid, 2003.
- Grosso G., *Diritto di sciopero e l'intercessio dei tribuni della plebe*, en «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 1953, pp.3-7.
- Kant I. (1793), *Acerca del refrán: 'Lo que es cierto en teoría para nada sirve en la práctica'*, en *Filosofía de la historia. Qué es la ilustración*, traducción por Emilio Estiú y Lorenzo Novacassa, Terramar, La Plata, 2004.
- Lajugie J., *Los sistemas económicos*, traducción por Ida Deschamps de Guerrero, 6ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 1968.
- Legrand A., *Une institution universelle: l'ombudsman?*, en «Revue International de Droit Comparé» de la Société de Législation Comparé, octubre-diciembre, 1973.
- Lobrano G., *Dal "defensor del pueblo" al tribuno della plebe: ritorno al futuro*, en Catalano P., Lobrano G., Schipani S., *"Da Roma a Roma". Dal tribuno della plebe al difensore del popolo. Dallo Jus Gentium al Tribunale penale internazionale*, Istituto Ítalo-Latinoamericano, Roma, 2002.

²¹ C. Vaz Ferreira (1909), *Moral para intelectuales*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, p.117.



- Moure Pino A.M., *El ombudsman. Un estudio comparado con especial referencia a Chile*, Dykinson, Madrid, 2013.
- Padilla M., *La institución del comisionado parlamentario*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.
- Paz O. (1993), *La llama doble*, Seix Barral, Buenos Aires, 1994.
- Pinto Lyra R. (et al.), *A ouvidoria pública no Brasil. Modelos em disputa*, Editora Ufpb (Universidad Federal de Paraíba), Joao Pessoa, 2014.
- Pinto Lyra R., *Modelos de ouvidoria pública no Brasil. A construção de um perfil de ouvidoria autónoma e democrática*, en *A ouvidoria pública no Brasil. Modelos em disputa*, Editora de Ufpb (Universidad Federal de Paraíba), Joao Pessoa, 2014, pp.43-56.
- Rousseau J.J. (1762), *Du contrat social*, Nota al capítulo 9 del libro I, Flammarion, Paris 2001.
- Santistevan de Noriega J., *El defensor del pueblo en Iberoamérica*, Gaceta Jurídica, Miraflores, Perú, 2002.
- Sièyes E.J., *Observations su le rapport de Comité de Constitution*, Artículo IV, Boudoin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, Versailles, 1789.
- Terrones del Caño F. (1617), *Instrucción de predicadores*, Espasa Calpe, Madrid, 1960.
- Vaz Ferreira C. (1909), *Moral para intelectuales*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1962.
- Vintró Castells J., Aragonés Seijo I., *El marco internacional de la institución del ombudsman*, edición del Sindic de Greuges de Catalunya, Barcelona, 2014.