

XIII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL

I. EL OMBUDSMAN Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Comunicación: ***El Ombudsman. ¿Utopía o realidad?***

Autor: OSVALDO ALFREDO GOZAINI

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires; abogado, Profesor titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; profesor ordinario adjunto del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; profesor titular de “Recursos y vías de impugnación en la carrera de Derecho Procesal Profundizado”, de la Universidad Notarial Argentina. Miembro titular del Instituto de Derecho Procesal de La Plata (Buenos Aires, Argentina).

SUMARIO

1. Origen de la institución
2. Finalidades del ombudsman
3. La crisis del sistema que fracciona el “poder”
4. Categoría jurídica de los derechos humanos
5. Vigencia sociológica de los derechos humanos
6. El ombudsman ante los derechos humanos
7. Funciones del ombudsman
8. Las transformaciones de fines de siglo
9. Conclusiones

1. ORIGEN DE LA INSTITUCION

Durante el Siglo XVIII el Rey Carlos VII., Monarca de Suecia, afrontaba una prolongada guerra contra Rusia (del Zar Pedro I) lo que originó su reiterada ausencia del reino para encabezar la batalla.

Por este acontecimiento, encomendó a un colaborador las funciones de representación monárquica, a quien se autorizó a vigilar la observancia de leyes y reglamentos, de preservar la fidelidad al Imperio, y de fiscalizar el comportamiento de los servidores públicos.

En 1713, el funcionario pasó a integrar la oficina del Procurador Supremo, que en 1919, pasó a llamarse **Canciller de Justicia (Justitie-Kansler «JK»)**.

En 1809, la nueva Constitución estableció una división de autoridad entre el Rey y los Estados que formaban el Imperio, con la finalidad de evitar que una sola de las partes tuviese todo el poder. De este modo, el cuerpo ejecutivo se mantuvo en el Rey y el Consejo de Estados; la competencia legislativa se distribuyó entre éstos; y el poder judicial se discernió en magistrados independientes.

Estas reformas introdujeron además un nuevo cuerpo de control, el **Justitie-Ombudsman (JO)** que, en nombre de los Estados (años más tarde sustituido por el **Riksdag o Parlamento**) fiscalizaría la gestión y comportamiento de los funcionarios del reino.

El Canciller conservó sus atribuciones y continuó a las órdenes del Rey de quien se constituyó en principal consejero.

El JO debía controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios, y demandar ante la justicia competente a aquellos que en el ejercicio de su cargo hubieren cometido ilegalidad o descuidado el correcto desempeño en los deberes propios de su función, sea por parcialidad, favor o cualquier otro motivo.

Suecia fue así el primer país que origina una institución del tipo que abordamos.

Es más, la palabra **ombudsman** sólo tiene explicación en ese idioma; quiere decir: representante, comisionado, protector, mandatario, comisionado o representante del Parlamento, o Congreso; y, en consecuencia,

resulta genéricamente asumido como protector de los derechos del individuo.

Su repercusión en otros ordenamientos jurídicos fue sorprendente, sobre todo, a partir de la segunda mitad del Siglo XX.

En una aproximación superficial respecto de este éxito, puede señalarse que los instrumentos tradicionales de tutela de los administrados frente a un Estado cada vez más absorbente y dinámico; pretense "Estado social", benefactor, distribuidor, manager, etc., reúnen ya cualidades de ineficacia para la debida protección de los derechos e intereses legítimos de los gobernados, pues ni aquellos medios más sencillos como las reclamaciones ante los representantes populares, ni las más técnicas como los recursos administrativos, hasta llegar a los más sofisticados de la justicia administrativa, cuyo representante más conspicuo es el Consejo de Estado Francés, han logrado someter eficazmente y en forma estricta a esa administración tan poderosa, a los ordenamientos jurídicos⁽¹⁾.

Los antecedentes y sus proyecciones muestran cuál es el diseño propuesto para el ombudsman: **ser protector de los derechos del hombre en sus relaciones con el Estado, y en especial, con la Administración Pública.**

2. FINALIDADES DEL OMBUDSMAN

A primera vista, el instituto aparece como mecanismo de control, circunstancia que evidencia su rol, únicamente operante, en un sistema democrático de gobierno.

De resultar con este signado, cabe preguntar si el ombudsman es una figura que tiende a robustecer los carriles participativos, o bien, proviene de la desconfianza que el sistema merece (en cuyo caso, la fuente que la inspira se toma en actitudes claramente autoritarias o dirigistas).

El primer interrogante cifra este contenido ¿es el Defensor del Pueblo un sofisma del despotismo dictatorial?, o responde al espíritu del juego de pesos y contrapesos del Poder en un Estado de Derecho.

(1) GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "El defensor del pueblo (Ombudsman)". Ed. Ediar, Bs. As., 1989, p. 33.

Si atendemos el origen del Comisionado, la deducción comparte el planteo inicial, porque el Rey de Suecia pretendía mantener el poder monárquico a través de un representante que, más que ejecutar sus decisiones, controlaba y delataba las inconducencias de otros colaboradores.

Pero detenernos en esta simple constatación, evita considerar la evolución de la figura, claramente orientada a proteger la justicia del Derecho en un Estado libre e igualitario.

Bien se aprecia que "los pueblos sabios, avezados por las lecciones de la historia, que quieren asegurar su propia existencia como hombres libres en un Estado que hace justicia y no es discriminatorio, ponen todas las precauciones que están a su alcance para prevenir todos los procesos de entropía, es decir, de degeneración y desorden, que amenazan a cualquier obra humana" (2).

Tal sentido direcciona al ombudsman como mecanismo selectivo de control y participación en los problemas y asuntos que involucran al ciudadano en los actos de gobierno.

3. LA CRISIS DEL SISTEMA QUE FRACCIONA EL "PODER"

Las tendencias orientadas a frenar la ingerencia desmedida del Poder de gestión sobre las libertades individuales y sobre el rol naturalmente predisuesto para los órganos parlamentarios y jurisdiccionales, llevó a distribuir en otros organismos el control a la administración, propiamente dicha.

Al mismo tiempo, las Constituciones dan nacimiento a los derechos sociales, o **derechos de las masas**, que al decir de CAPPELLETTI están ejemplificados en el Preámbulo de la Carta Fundamental Francesa de 1946, haciendo accesible **a todos** lo que antes sólo era proclamado teóricamente. Así el Estado procura otorgar a los individuos (**masa**) nuevos derechos como consumidores, inquilinos, arrendatarios, trabajadores dependientes, y aún como simples ciudadanos (3).

(2) GINER DE GRADO, Carlos. "El defensor del pueblo en la teoría y en la práctica". Ed. Popular, Madrid, 1986, p. 10.

(3) CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant. "El acceso a la justicia". Ed. Colegio de Abogados de La Plata, 1983, p. 64.

En la mitad del Siglo XX se constata un fenómeno proyectado de los reconocimientos antedichos. El primer suceso alude la mimetización cultural de los hechos trascendentes que tienden a socializarse para encaramarse como universales. La Declaración de 1948 sobre los Derechos del Hombre, inicia un cuadro que abastecen derechos humanos inalienables e insustituibles.

El paso siguiente cursa la internacionalización de esos derechos, que supone el tránsito de lo puramente universal a lo interno de cada sistema jurídico. Cada Estado, cada Nación, reconoce la necesidad superior de esos valores que, siendo derechos, son anteriores a cualquier reconocimiento positivo porque pertenecen a la condición humana, al hombre como tal.

Se dan, entonces, como producciones sucesivas de una realidad cambiante; las tres características que han de atenderse para ver cómo opera y para qué sirve el ombudsman como Defensor de los derechos humanos:

1) Ha sido claro y evidente el empuje sostenido de los órganos de administración y dirección de un Estado, priorizando sus funciones y avasallando, de alguna manera, el rol activo de los cuerpos jurisdiccionales y legislativos.

A tal punto llega la intromisión, que la ciencia jurídica ha tenido que responder a los problemas aparentes de una presunta jurisdicción administrativa, como también, de la posible creación del derecho desde el Ejecutivo.

2) Se advierte en la ciencia constitucional, la evolución generacional de los derechos. La incorporación histórica de ellos revela el comportamiento del mundo al conjuro de los valores entronizados en cierto tiempo. De este modo, los derechos políticos, sociales y culturales, con su coetánea protección procesal a través de los tribunales constitucionales; la promoción de los derechos solidarios que ubican las necesidades de la sociedad superando el sofisma del derecho individual encolumnado tras las doctrinas civilistas del derecho subjetivo (lo que significa la responsabilidad del Estado para dotar de protección judicial la vulneración de esos derechos comunitarios que no tienen un ajustado encuadre en la legitimación procesal).

3) El tercer tiempo lo ofrece la notable evolución de los derechos humanos.

4. CATEGORIA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Americana proclamada en 1948 por la misma conferencia de la O.E.A. que adoptó la Carta de la Organización, ha llegado a ser aceptada a través de los años como una fuente legal autorizada para determinar qué categorías de derechos humanos son garantías fundamentales del individuo.

El impacto de sus disposiciones en el derecho local de cada Estado Parte fue evolucionando lentamente; a veces, como resultado de una suerte de respaldo universal o continental que lograban los países que regularizaban sus desniveles institucionales, en ese pasaje inestable que caracterizó un tiempo menesteroso de Latinoamérica, cuando la mudanza de la democracia a la tiranía era una constante dolorosa.

En gran parte de esa introducción de los derechos humanos en el orden jurídico interno no requirieron de una expresa positivización, porque se daban en el plano de lo naturalmente operativo.

Dicho de otro modo, ciertos derechos esenciales del hombre no necesitan de una concesión graciosa del derecho para estimarlos posibles, porque ellos le son inherentes y están por encima de lo puramente formal.

Al estar afuera de cualquier orden jurídico por ser "suprapositivos" (es decir, no establecidos por una declaración de la voluntad del hombre al instituir un sistema normativo) sólo puede colegirse su factibilidad a partir de una situación ideal. Algo así como un código de conducta; una ética del comportamiento.

Ahora bien; si los derechos humanos fueran sólo eso carecerían de la realidad ontológica de un orden objetivo, y como tales, serían consagraciones para una sociedad ideal.

Pero como ellos son trascendentes a la persona misma por interesar su acatamiento y realización a todo el conjunto de la humanidad, deben poseer un **status** donde situarse para obtener desde él su ejecución ⁽⁴⁾.

(4) En tal sentido PECES BARBA, Gregorio. "*Derechos fundamentales*". Ed. Latina (Colección Latina Universitaria), Madrid, 1980, pp. 16 y 31, donde sostiene que los derechos fundamentales son valores o paradigmas de un derecho futuro, y que de esos derechos sólo se puede hablar en sentido estrictamente jurídico una vez que son recibidos en un derecho positivo.

Si los derechos humanos son un valor a realizar, el mecanismo procesal que los ponga en vida determina una cierta positivización. El derecho mismo sería positivizado.

BIDART CAMPOS habla de la presencia positiva de los derechos humanos en el sector del valor justicia; como que hay plenitud de tales derechos en el sector de las conductas ⁽⁵⁾.

De manera que si "hay" derechos humanos es porque ellos coexisten en la realidad como derecho de posible cumplimiento y exigencia. Son valores coexistenciales que obran positivizados por la idea de imponer la justicia que ellos representan.

Tengamos por cierta y lógica la deducción antecedente para resolver ahora el problema de la calidad y de la legitimación.

Ambos son órdenes diferentes, pero contienen una simbiosis natural que razonan una interpretación armónica.

El hecho de aceptar como positivos a los derechos humanos no lleva a sostener que deban ser realidades escritas en un catálogo que los identifique y reconozca.

Lo que verdaderamente importa, es el esfuerzo intersubjetivo que concibe la practicidad a partir de la comprensión social que los incorpora y remedia como valores de tránsito constante.

Hay —dice PEREZ LUNO— una praxis histórico social en la que el derecho y los valores éticos-jurídicos —y por tanto, también derechos humanos— surgen y se desarrollan, lo que cifra el fundamento de los derechos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica ⁽⁶⁾.

La '**ratio**' de los derechos humanos es ésta: el conjunto de necesidades esenciales de cada individuo en convivencia.

(5) BIDART CAMPOS, Germán J. "*Valor justicia y derecho natural*". Ed. Ediar, Bs. As., 1983, p. 181.

(6) PEREZ LUNO, Antonio. "*Derechos humanos. Estado de derecho y constitución*". Madrid, 1984, p. 162. En idéntico sentido: GORDILLO, Agustín A. "*Derechos humanos*". Ed. Fundación de derecho administrativo, Bs. As., 1990, passim.

En el plano del reconocimiento ideal, las cosas suceden como se plantean; al menos en el estudio ofrecido en abstracto.

Cuando el derecho se vulnera, o se desconoce entramos en el problema del restablecimiento y, en su caso, en la persona capaz de reclamar la tutela.

Puede ser entonces que hallemos un nuevo contingente, cuál es que los derechos humanos conocen su verdadero contenido a partir de las limitaciones impuestas.

En efecto, por vía de principio, muy pocos de los derechos humanos son absolutos y el ejercicio de ellos, inclusive, puede estar limitado circunstancialmente. Si existe cercenamiento, y el derecho se resuelve como exigencia práctica, sólo el afectado podría pretender su reparación. Es decir, el que detenta el derecho subjetivo.

Esta peculiar situación que relaciona al titular del derecho con la pretensión esgrimible, en materia de derechos humanos pensamos que sólo tiene andamio a partir de resolver no tanto la calidad de quien reclama (legitimación procesal), sino la situación que se padece.

Es decir, podrían admitirse dos planos de movimiento permanente por la transformación de la sociedad: por un lado, el *ideal*, donde los derechos humanos se sostienen como valores realizables a partir del respeto y sujeción a un orden predeterminado. De otro, la *realidad práctica*, aquella que enfrenta al hombre con la sociedad; al hombre con el Estado, sea porque otro lo condiciona, o porque no goza de los derechos a que positivamente accede.

En el primero no es necesario individualizar a nadie; el sujeto principal es el hombre como tal y como partícipe de la sociedad.

En el otro, resulta preciso encontrar el derecho a la jurisdicción; porque será justamente ella quien retornará las cosas a su estado natural.

No escapa a esta última acepción que, quien instaure una pretensión para restablecer un derecho humano portaría él mismo un derecho subjetivo, y el valor a custodiar o reparar, estará positivizado como tal.

Inmediatamente, habría que resolver si la protección procesal (jurisdiccional o infraprocesal) es constitutiva del derecho subjetivo; y en su

caso, si otros interesados (situaciones jurídicas conocidas como interés legítimo, simple y difuso) podrían generar el mecanismo asistencial.

Hay en esto una realidad práctica: si el derecho no tiene posibilidades de protección, es como un ser inanimado, no tiene vida en la co-existencia social.

No obstante, la vía de tutela judicial o protección es subsidiaria; obra como garantía, pero no hace a la esencia constitutiva del derecho fundamental.

El derecho no se resuelve funcional por la coacción sino por su axiología. En tal sentido, enlazamos la problemática del parágrafo con el siguiente (vigencia sociológica de los derechos humanos), pues sólo hay positividad en los derechos humanos en la medida del consenso unánime de su necesidad; y con referencia a la protección, ella acontece como garantía, como instrumento cabal y eficaz para escudar a los derechos humanos sin retacear la tutela por la calidad individual del portante, sino por la cualidad trascendente que lleva la situación ⁽⁷⁾.

5. VIGENCIA SOCIOLOGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Derecho y realidad, dos situaciones que marcan una difícil confrontación entre lo ideal y lo posible.

Podrá existir el mejor sistema que anude derechos con deberes y obligaciones, pero bien cierto es que si ellos no se realizan caerán en la más pura abstracción.

Es evidente que, en materia de derechos humanos, podemos coincidir en reconocerlos como necesarios e imprescindibles, y aún obtenerlos consagrados por aplicación de normas fundamentales que los tengan en su télesis (v.gr.: artículo 33, Constitución Nacional). Son derechos de la comunión y la pacífica armonía del hombre en coexistencia; generan a su vez un marco de adecuación con el sistema político por el que atraviesan y por eso, aún manteniendo innato su espíritu, pueden reformularse en base a lo que podría denominarse como condiciones de viabilidad ⁽⁸⁾.

(7) GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "El proceso transaccional". Ed. Ediar, Bs. As., 1992, p. 78; también en "Introducción al nuevo derecho procesal". Ed. Ediar, Bs. As., 1988, p. 165.

(8) Ver al respecto: BIDART CAMPOS, Germán J. "Teoría general de los derechos humanos". UNAM, México, p. 241

La incorporación de la Convención Americana a nuestro orden interno crea las mejores condiciones de realización y praxis para los derechos humanos. Sin embargo, la juridicidad otorgada, que por sí misma importa viabilizar un marco propicio para su consagración, no ha determinado un sistema inmediato de vigencia práctica.

De lo que resulta que todo cambio en el sistema de los derechos y las libertades corresponde a los cambios que afectan a las oportunidades reales que permite la estructura social.

Ordenes distintos que generan respuestas distintas. Por un lado la norma trascendente que indica la voluntad del Estado y de su pueblo; por otro, la dependencia fáctica.

Sostenemos en esencia la operatividad inmediata del Pacto, pero a nadie escapa que la fuerza natural de las cosas dependiza su acatamiento, reacomodando esa universalidad en el cuadro cultural que el país ofrece.

Los contrapesos muestran que derechos idénticos pueden no ser derechos similares en todos los aspectos y que por encima de la igualdad abstracta es necesario colocar la solidaridad entre los individuos y la interdependencia entre las sociedades ⁽⁹⁾.

Esta quizá sea la actitud de llegada, pero el camino viene cruzado por dificultades que permanecen afincadas en cuestiones históricas, políticas, culturales y sociales.

MIRO QUESADA pone en claro uno de estos repliegues. Agudamente observa cómo las Declaraciones sobre Derechos Humanos olvidan el anacronismo de los **sucesos históricos**. Así como hoy a América Latina se le recuerda que el lenguaje de esos derechos logra autenticidad a partir de las luchas que precedieron a su discurso, comenzando por la de la burguesía revolucionaria contra el absolutismo del Estado; omiten mencionar que estas tierras debieron luchar por su emancipación, de modo tal que el aleccionador enseña sin ver sus retrógradas manifestaciones ⁽¹⁰⁾.

(9) ROCOEUR, Paul y otros. "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos". Ed. Serbal-Unesco, Barcelona, 1985.

(10) MIRO QUESADA, Francisco. "Fundamentos filosóficos...", cit, p. 334.

En esta línea de pensamiento se dice que antes de consagrar sugerencias tenidas como absolutas es preciso tomar conciencia del pasado, para desde allí alimentar un proceso de transformación y fomentar un sistema de defensa de los derechos humanos construido primero en las mentes y corazones de los individuos por medio de una fe y solidaridad comunes: "Un sistema universal de educación para los derechos humanos puede liberar a la humanidad de sus preocupaciones obsesivas por la economía y el materialismo y conducir a la primacía de la cultura y de la calidad de vida que es la salvaguarda más segura y perdurable de los derechos humanos" (11).

En verdad, el legado que recibe América Latina para dimensionar los derechos humanos no fue interpretado a pie juntillas. Diríamos que la superación esencial se basó en la afirmación de las libertades individuales y en el mecanismo ponderado para controlar y equilibrar el ejercicio del Poder.

Forzoso resulta concluir que las constituciones modernas deben postergar esa limitación, pasando de la individualidad normativa a la generalidad de los aconteceres, a lo que hemos llamado derechos de la solidaridad (12).

Los **problemas políticos** en la vigencia de los derechos humanos aportan otro contrapeso cuando el gobernante o el sistema no acompañan en el empeño por realizar francamente el compromiso de la comunidad.

Culturalmente aflora, a nuestro entender, el principio y el fin de la vigencia sociológica de los derechos humanos.

Todo derecho puede cobrar vigencia a partir de un hecho práctico como la publicación oficial, o por la ratificación del Poder Ejecutivo de un Tratado aprobado en el seno de las Cámaras del Congreso. Es cierto también, que normativamente las leyes se suponen conocidas por todos, lo que equivale a reconocer la imposición práctica y el castigo al que los violenta.

Sin embargo, ¿hasta dónde puede afirmarse que el derecho como tal es una noción de carácter popular, masivo?

(11) KIRPAL, Prem. "Fundamentos filosóficos...", cit. p. 333.

(12) GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "Introducción al nuevo derecho procesal", cit. p. 310.

La cultura de un pueblo que obre en favor de los derechos humanos supone como primer imperativo dar a conocer con precisión lo que esos derechos representan.

A partir de la difusión se fomenta la enseñanza; la racionalidad del espíritu de aquellos para obtener una armonía de grupos que no recicle por variables inesperadas, como la ignorancia de los derechos.

El conocimiento de los derechos y su debida valoración requieren ponerlos al acceso del descubrimiento intelectual y emocional por el pueblo, y difundirlos mediante una información continua, que bien puede valerse de la publicidad y la propaganda.

Una vez más aquí, se cuenta el progreso de los derechos del hombre a partir del proceso que los incorpora a la realidad del diario acontecer. No ser tan libres por vías declamativas, como libres sí porque le asigno a la libertad el valor que culturalmente tiene y conozco.

Finalmente, la sociedad toda personifica la tarea del reconocimiento. Va de suyo que los derechos humanos, en el marco de la vigencia sociológica que someramente delineamos, queda aprisionada a veces por las dificultades que encuentra en la tradición, la costumbre, el arraigo a situaciones soportadas y que ya no se ven como limitaciones sino como consecuencias de un estilo de vida, etc..

Sociología y derecho emparentan entonces los lazos entre los valores jurídicos presentes y los que aspiran a concretarse. El gran salto desde el **statu quo** hasta la esperanza.

Como tal, existirá siempre la nebulosa situación que presupone la esperanza: algo imaginable y auspicioso pero, como no lo tengo, puedo resistir mi presente por temor a que el gran cambio no sea tal.

Dificultades ciertas, es verdad, pero dominables cuando el movimiento político y jurídico de una sociedad se organizan francamente como protectores de los derechos humanos.

6. EL OMBUDSMAN ANTE LOS DERECHOS HUMANOS.

Nosotros pensamos que esta actitud de comunicación e información es la que mejor concilia la unión entre el ombudsman y los derechos humanos.

Ocurre que la intromisión de estas fundantes nociones que reposan en la esencia vital de los derechos del hombre, no siempre tienen una cálida recepción; existe un fenómeno de naturaleza sociocultural que los condiciona, y aún teniendo univocidad, los derechos se conciben dependientes de una sociedad determinada, concurrente e interactuante.

Precisamente, los derechos humanos tienen esa particularidad asociativa que lleva a considerarlos "siempre presentes", pero ciertamente difusos a la hora de aplicarlos estrictamente.

La difusión, como dijimos, permite a través del ombudsman recobrar un espíritu común, un alcance correcto, un adecuado sentimiento de valorización y realización.

No podemos olvidar que aquéllos obran concertados con valores; y la axiología es una disciplina que hilvana su tejido con materiales muy variados, logrando productos de la misma diversidad. Es decir: los valores tienen o pueden tener una recepción e idea común, pero se interpretan respondiendo a sus propias circunstancias de aplicación.

7. FUNCIONES DEL OMBUDSMAN

Resulta claro y dominante que las funciones pensadas para el ombudsman obran en estos sentidos:

a) Discutir, disentir, innovar, provocar la creatividad en el ámbito de la administración pública a través de la controversia y la discusión pública.

b) Investigar, publicar aquéllos comportamientos administrativos que constituyan un ejercicio defectuoso de la administración pública.

c) Investigar las denuncias que lleguen a su conocimiento. Dado su carácter, el ombudsman no necesita que las denuncias que le sean formuladas reúnan requisitos formales de naturaleza alguna; hasta puede y debe investigar las denuncias anónimas que le lleguen, en tanto contenga avisos mínimos de seriedad intrínseca.

d) Recomendar pública o privadamente a los funcionarios intervinientes, ya sea en informes privados o a través de su informe público anual, o por intermedio de partes o conferencias de prensa convocadas al efecto, cuáles acciones estima necesario que la administración pública

adopte, o cuáles comportamientos debe modificar, cuáles normas de procedimiento debe incorporar, etc..

e) Exhortar, argüir, influir sobre los funcionarios públicos que a su juicio actúen en forma inconveniente, incorrecta o inoportuna, para que adopten las providencias que sean necesarias para la enmienda de los comportamientos administrativos objetados.

f) Criticar, censurar, amonestar en el sentido de represión de índole moral o política, pero sin implicar ejercicio de potestad disciplinaria **stricto sensu** sobre los funcionarios públicos. Tanto las sugerencias o recomendaciones como las censuras o represiones pueden según los casos, formularse en forma privada o pública. Todo indica que el primero es el caso más aconsejable, y que sólo la reiteración de la conducta censurada, en caso de especial gravedad de la inconducta, hará pública su crítica.

g) Iniciar acciones o recursos judiciales contra la administración pública, en aquellos casos en que a su juicio los Tribunales por la índole del tema puedan brindar una solución idónea al fondo de la cuestión, pero en que por problemas de falta de personería, de legitimación, de fondos o de tiempo, pueda no haber un individuo legitimado o dispuesto a iniciar él mismo la acción.

h) Deducir acciones o recursos administrativos o ante Tribunales Administrativos donde éstos existan, en las mismas situaciones que el caso anterior.

i) Efectuar informe anual público sobre sus propias funciones, del cual resultan fracasos que ha tenido en sus intentos de influir para el mejoramiento de ésta y qué recomendaciones formula, en su caso, a los poderes públicos⁽¹³⁾.

8. LAS TRANSFORMACIONES DE FINES DE SIGLO

Trataremos ahora de observar si al conjuero de los cambios sociales y políticos que experimenta Latinoamérica y Europa a fines de este siglo, permiten afinar la relación entre ombudsman y derechos humanos.

(13) Seguimos en esta enumeración a GORDILLO, Agustín A. "Problemas del control de la administración pública en América Latina". Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 128-129.

Sintéticamente recordamos que las finalidades esenciales del Defensor del Pueblo son de control a la administración pública, protegiendo los derechos del ciudadano ante la burocracia exacerbada.

A veces, esa función se explica como "reaseguro contra las pequeñas injusticias", que hacen al diario convivir y a la armonía social.

Lo ideal enmarca que en esa competencia fiscalizadora no se excluya órgano alguno, aún cuando en la práctica, y a la vista de otras legislaciones, se aparta al ejecutivo como órgano político. Pero el ombudsman practica control, por sí o urgido por la denuncia, en todo el régimen administrativo. Su actividad se extiende a la inspección, la sugerencia, el recordatorio, y si ninguna de estas actitudes tiene respuesta válida, tendrá que acudir a las vías jurisdiccionales que el ordenamiento le ofrezca.

Ahora bien, al menos en nuestro país, existe un diseño político-económico que persigue acotar al máximo el intervencionismo estatal. Esta tendencia ocurre principalmente en la prestación de los servicios públicos.

Para lograrlo se echa mano a decisiones unilaterales que agreden la discusión natural que inspira todo esquema republicano de gobierno.

Si es lógico y prudente que el Estado se orqueste sobre la idea de pesos y contrapesos derivados de funciones propias: legislar, juzgar y ejecutar **¿porqué hacerlo sólo uno de los detentadores del Poder?**

Esta urgencia por actuar en lo inmediato, soslayando el debate abierto, se fomenta con el nacimiento de un derecho nuevo, o remozado: **el derecho de la emergencia.**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Peralta" (diciembre 27/90), tuvo oportunidad de establecer su tesis sobre el derecho de emergencia, sosteniendo entre otros argumentos que, el ejercicio del poder público sobre personas y bienes tiende a la protección no sólo de la seguridad, la moralidad y la salubridad, sino que se extiende al ámbito económico y social en procura del bienestar general.

En momentos de perturbación social y económica —agregó— y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia en atender la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio

del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad.

La "temporaneidad" que caracteriza a la emergencia, como resulta de las circunstancias mismas, no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses. "Todo lo que cabe afirmar razonablemente es que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado".

El cuadro de situación que nos ocupa atiende una emergencia de naturaleza esencialmente económica. Pareciera decir que la política económica compromete su suerte si no va acompañada de una legislación que la entorpece y de una justicia que no la desvirtúa.

Aparece así un extraño fenómeno, que se reduce a esta simple constatación: **la emergencia pone en juego la autoconservación del Estado y para evitar su desmembramiento es posible superar los controles de poder naturales en un sistema democrático.**

SAGUES habla de una situación de necesidad que autoriza la dispensa de la Constitución, aun cuando sujeta a ciertas restricciones como la razonabilidad y el control hacia los fines y los medios⁽¹⁴⁾.

Nuestra pregunta se cifra a sólo un aspecto de esta problemática, ¿es posible justificar el abandono de funciones precisas en pos de asegurar la ejecución de una política económica?, o es acaso, ¿qué la emergencia económica puede solucionarse con el sacrificio de derechos?

Si es cierto qué condiciones extraordinarias pueden exigir remedios extraordinarios, ellos no toleran un aumento de los poderes constitucionales, porque justamente la ley Fundamental no es un oráculo que dé justificación a los excesos; todo lo contrario, les otorga una razón para existir en el ámbito de un desenvolvimiento legítimo. La extraordinariedad sólo pone en marcha un derecho genérico que podrá o no ser constitucional de acuerdo con el modo específico como se resuelva. Por ejemplo, el estado de sitio es un derecho basilar de la urgencia y necesidad en conservar el orden jurídico y político de un Estado; pero no

(14) SAGUES, Néstor Pedro. "Derecho constitucional y derecho de emergencia". Rev. La Ley, 1990-D. p. 1058.

sería de igual condición si la ley de emergencia escapase de las garantías diseñadas por la Carta Magna.

En este contexto, ¿puede ser útil el ombudsman para equilibrar la inestabilidad institucional?

9. CONCLUSIONES

Avancemos algo más en el interrogante que precede.

Constituye una observación atinada decir que cuando la economía ingresa en el derecho modificando estructuras habituales, también el mundo jurídico debe adaptarse con soluciones propias para ellos. Este pasaje hacia la transformación no tiene siempre la vía expedita; en efecto, la confrontación de intereses despeja los ideales propugnados dando paso al debate político o judicial. En uno el fenómeno se transporta en la resistencia; en la otra el móvil común para demostrar la antipatía es el proceso.

No viene al caso encontrar ahora cuáles son esas vías conducentes, formalmente apropiadas o admisibles; por lo general, estas manifestaciones se han replicado por el carril del amparo y justo es recordar que el tiempo histórico influye en el ánimo del juzgador dando pautas que sólo el momento registra y que no se transmiten de las lecturas históricas, porque el sentimiento acude volátil en el recorrido de la vida.

En todos los casos, la disconformidad queda bloqueada sin resonancia alguna, ni repercusión que favorezca su racionalidad, si el órgano jurisdiccional (los Tribunales Superiores de un Estado) no acompañan ese grito de libertad.

Cuando una Nación quiebra o digita la independencia judicial, torna su legitimidad democrática auspiciando un gobierno sin límites.

Gobernar supone legitimidad para mantener a los descontentos en la legalidad⁽¹⁵⁾; y ello solamente se logra permitiendo la participación libre y dando posibilidad efectiva de control a la arbitrariedad.

(15) FRIAS, Pedro J. "Entre la emergencia y el estado de derecho". Rev. La Ley Actualidad, del 18-11-91, p. 1.

Si no hay referencia con el Estado de Derecho, el *ombudsman*, la *jurisdicción*, o el mismo ciudadano, serán una máscara que esconde sin disimulo la ausencia de legitimidad del obrar administrativo.

Hablamos de la libertad existencial, no del liberalismo económico, ni de los giros idiomáticos que la atraviesan dándole modismos crematísticos.

La Constitución Española cuenta con un acabado mecanismo que aligera la tensión. En efecto, el artículo 53 reza como precepto general que **“los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos”**; pero en los párrafos que siguen continúa la misma senda preventiva que es común advertir en el diseño hasta aquí denunciado.

De allí se comprueba que el ciudadano tiene protección jurisdiccional en sus derechos personales, cívicos y políticos; no así en los derechos económicos, sociales y culturales, porque estos quedan sujetos a la reglamentación pertinente.

Estimamos que el diagnóstico es aplicable a todos, particularmente en América Latina. Por ello, el Defensor del Pueblo podrá unirse como remedio contra esas injusticias del absolutismo moderno.

Queremos concluir reproduciendo un párrafo de GINER DE GRADO ⁽¹⁶⁾ quien a su vez recuerda al autor inglés RONAL DUWORKIN:

“...sólo aquéllos que valoren en todas sus dimensiones el significado derechos humanos y se los tomen en serio, serán capaces de comprender y justificar esta institución del Defensor del Pueblo. Y quienes se tomen en broma esta institución, hay que sospechar que también se toman a risa y desprecian los derechos humanos, y en definitiva, al mismo hombre”.

(16) Ob. cit., p. 22.