

CAPÍTULO V

EL OMBUDSMAN

SUMARIO

| | |
|---|-----|
| 1. Necesidad de su creación por insuficiencia de los controles existentes | 183 |
| 2. Funciones y atribuciones | 184 |
| 3. Comisionado parlamentario o ejecutivo | 186 |
| 4. El Ministerio Público y las Contralorías o Fiscalías como Ombudsman. Insuficiencia | 187 |
| 5. Estabilidad relativa..... | 188 |
| 6. Organo de crítica oportuna, no de investigación histórica..... | 188 |
| 7. Hombre o ratón, cazador de leones o de moscas..... | 189 |

Capítulo V

EL OMBUDSMAN

1. Necesidad de su creación por insuficiencia de los controles existentes

Existe bastante unanimidad en los países desarrollados en el sentido de que la tutela brindada tradicionalmente a los administrados frente a la administración pública es en muchos aspectos insuficiente y no puede ser corregida por un simple mejoramiento o perfeccionamiento de los mecanismos clásicos de control de aquélla, haciéndose así necesaria la creación de este nuevo y adicional órgano de control. La existencia del Ombudsman en la mayor parte de los países desarrollados es prueba más que suficiente de esa convicción.

Desde el punto de vista de los controles de naturaleza jurisdiccional, es bastante general la objeción que señala dos puntos centrales en que los mismos son deficitarios: Tiempo y costo;¹ ello, a su vez, produce que importantes sectores poblacionales de hecho quedan ajenos a la posibilidad de reclamar contralor judicial contra la administración pública, lo que lleva a hablar de sectores subrepresentados, esto es, insuficientemente representados legalmente ante la administración.² Sin duda, la inexistencia en la mayor parte de los países de América Latina de acciones de clase o *class actions*,³ que permitan a cualquier miembro de la comunidad solicitar tutela jurisdiccional no sólo de su Derecho subjetivo, sino también de su interés legítimo y aun de su interés simple, refuerza esa impresión de inaccesibilidad empírica del control a numerosos individuos.

¹Lo dicho sobre el Consejo de Estado francés, por ejemplo: *Supra*, cap. II. Bien se comprende que si la observación es válida en los países desarrollados, con mucha mayor razón lo es en los países en vías de desarrollo. Ver, por ejemplo, MASSEY, I. P., *Administrative Law*, Lucknow, India, 1980, p. 294; PUCHETA ORTEGA, *op. loc. cit.*, etc.

²En América se ha creado la Asociación Interamericana de Servicios Legales, con sede en Washington y oficinas regionales en el Caribe y Colombia, entre cuyos objetivos se encuentra precisamente el estudio del problema descrito.

³Salvo quizás el supuesto de la acción de amparo en el Derecho mexicano o el mandato de seguridad en el Derecho brasileño, cuya concepción es amplia.

El problema del tiempo y el costo no es con todo el único que torna insuficiente el contralor jurisdiccional. Está también la cuestión de la limitación de la revisión judicial a los aspectos vinculados a la legitimidad del acto, lo cual hace que todos los actos administrativos que son inconvenientes, o hasta gravemente inconvenientes, quedan exceptuados de aquel control. El particular tendría así tutela contra el acto ilegal, pero no contra el acto inoportuno, contra el ejercicio deficiente o defectuoso de la función administrativa que no alcance a romper el orden jurídico.

Los controles administrativos a cargo de organismos tales como Tribunales de Cuentas, Contralorías, etc., también en los hechos se ejercen con principal énfasis en el control de legalidad, dejando de lado los aspectos atinentes al mérito de la acción administrativa, al menos en cuanto función importante del contralor.

Los controles administrativos por vía de recursos (jerárquico, etc.), en la medida en que son dictaminados por los letrados de la administración pública, llevan también invariablemente en su decisión el sello del énfasis normativo en la legalidad de los actos cuestionados.

En suma, ninguno de los controles mencionados está en condiciones prácticas de ejercer un control político o de oportunidad, ni existe tampoco entre ellos ninguno que tenga a su cargo preocuparse de la defensa ante la administración pública de los intereses de aquellas personas o sectores de personas que por las circunstancias que fueren estén insuficientemente representados.

Todas esas circunstancias configuran una hipótesis de insuficiencia de control administrativo que la institución del Ombudsman trata de contribuir a remediar. Estimamos que en América Latina se da con exceso la deficiencia de control de la administración pública, y por ello consideramos indispensable que se instituya en los distintos países una institución de estas características.

2. *Funciones y atribuciones*

Existe una estrecha correlación entre las funciones a desempeñar por el Ombudsman y las atribuciones que ha de tener. En su mayor parte ellas pueden centrarse alrededor de las siguientes:

- 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* aquellos comportamientos administrativos que constituyen un ejercicio defectuoso de la función administrativa.
- c) *Investigar las denuncias* que lleguen a su conocimiento. Dado su carácter, el Ombudsman no necesita que las denuncias que le sean formuladas reúnan requi-

sitos formales de naturaleza alguna: Hasta puede y debe investigar las denuncias anónimas que le lleguen, en tanto reúnan visos mínimos de seriedad intrínseca.

d) *Recomendar privada o públicamente* a los funcionarios intervinientes, 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 nuevas normas de procedimiento 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 corrección de los comportamientos administrativos objetados.

Desde luego que este poder informal que tiene el Ombudsman para tratar de corregir las deficiencias de la administración pública se refuerza y respalda con el poder que también tiene de efectuar críticas y censuras públicas, lo que de hecho consiste en una potestad sancionatoria *moral* implícita, que puede no resultar despreciable en la práctica.

f) *Criticar, censurar, amonestar* en el sentido de reprensión 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 reprensiones, pueden, según los casos, formularse en forma privada o pública. Todo indica que primero el Ombudsman censurará privadamente al funcionario que considere actúa incorrecta o inconvenientemente, y que sólo ante la reiteración de la conducta censurada, o 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 puedan por la índole del tema 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) *Iniciar acciones o recursos administrativos* o ante Tribunales administrativos donde éstos existan, en las mismas situaciones que en el caso anterior.

i) *Efectuar un informe anual público* sobre sus propias funciones, del cual resultará cuál es el control que ejerce sobre la administración pública, qué éxitos y fracasos ha tenido en sus intentos de influir para el mejoramiento de ésta y qué recomendaciones formula, en su caso, a los poderes públicos al respecto.

De lo expuesto se desprende que el Ombudsman no tiene funciones decisorias, no puede revocar ni anular un acto administrativo, no puede ordenar nada a la administración pública salvo en cuanto a la averiguación o investigación de los

hechos: Su función es tratar de convencer, es influir, arbitrar, presionar, en función de su prestigio, de su *status* como órgano independiente y de su acceso tanto a las peticiones que puede efectuar a los demás órganos judiciales o administrativos, al mismo parlamento desde luego, y fundamentalmente a la opinión pública a través de los distintos medios de comunicación de masas. No es una función concebida para un abogado en cuanto profesional del Derecho, sin perjuicio de que puede serlo un abogado, sino para un político independiente o para una persona independiente con vocación política, en el sentido arquitectónico y constructivo de alguien que se ocupa de mejorar el manejo de la cosa pública sin perseguir ni defender intereses sectoriales determinados.

3. *Comisionado parlamentario o ejecutivo*

En los países democráticos desarrollados, el Ombudsman se creó y desarrolló como un comisionado parlamentario, un órgano designado por el parlamento aunque independiente de él, constituido como quedó dicho con el propósito de mejor controlar a la administración. En algunos países democráticos y desarrollados, en cambio, se lo ha instituido como un organismo creado por la administración misma, con suerte variada: En los Estados Unidos parece funcionar adecuadamente, no así en igual medida en Francia donde también se lo ha concebido como un desprendimiento del ejecutivo.⁴

En base a tales supuestos, y sin dejar de reconocer que quizá lo ideal sea un Ombudsman creado por el parlamento, no podemos ignorar la realidad de que en América Latina frecuentemente el parlamento de hecho no funciona.

Por ello, para que la propuesta de instituir un Ombudsman donde no hay parlamento ni democracia, no sea un simple ejercicio del absurdo, una irrealidad más de las que contribuyen a configurar la especial cultura de nuestros países, es que se torna pertinente considerar la creación del Ombudsman tanto en cuanto órgano *legislativo* como *ejecutivo*, pero en ambos casos *independiente y autónomo*.

Por lo demás, es interesante destacar que el reconocimiento de su necesidad se ha señalado no sólo en los países desarrollados, sino también en aquellos en vías de desarrollo,⁵ y que incluso en países africanos cuyo sistema no es el tradicional de las constituciones americanas también se lo ha adoptado con algún apreciable grado de beneficio público.⁶

Precisamente, por todo ello, la institución del Ombudsman ha comenzado a despertar inevitablemente interés en Latinoamérica, no sólo a nivel doctrinario

⁴ WYNER, ALAN J. (editor), *Executive Ombudsman in the United States*, Berkeley, 1973; véase FIX-ZAMUDIO, "Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman," artículo citado, pp. 136-137, 140 y 143.

⁵ MASSEY, *Administrative Law*, op. cit., p. 289 y ss.

⁶ GHAI, YASH P., "Ombudsmen and Others," artículo citado; MARTIN, ROBERT, "The Ombudsman in Zambia," artículo citado, y sus respectivas referencias.

o académico,⁷ sino también constitucional y legislativo, a lo que nos referiremos a continuación.

4. *El Ministerio Público y las Contralorías o Fiscalías como Ombudsman. Insuficiencia*

Dentro de las primeras aproximaciones latinoamericanas, el tema cabe mencionar al Perú, cuya constitución de 1979 prevé un Ministerio Público autónomo, con las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial, designado con idénticos requisitos y procedimientos, entre cuyas funciones se encuentra “actuar como defensor del pueblo ante la administración pública” (art. 250, inc. 4); en sentido parecido podría mencionarse también la Contraloría de la República en Venezuela.

Por nuestra parte, consideramos un error tratar de incorporar funciones de Ombudsman al Ministerio Público, o a las Contralorías de la República donde éstas existen: Su formación estrictamente profesional, por abogados y jurisconsultos, como el resto de sus funciones forenses, harán de algún modo inevitable que el énfasis dado a la función sea el legal. Ya vimos anteriormente que éste era precisamente el defecto por cuyo exceso pecaban todos los mecanismos de control existentes, a los cuales, a su vez, hemos calificado de insuficientes. Atribuir funciones de Ombudsman a un organismo de control legal es volver, para nosotros, al punto de partida.

Por el mismo motivo, tampoco consideramos que quepa mencionar como antecedente directo y valioso en la materia el caso de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, en la Argentina, concebida como parte del Poder Judicial: De hecho se dedica a la investigación de los *delitos* que se puedan haber cometido en la administración pública, con una organización, estructura y funciones similares a la de los fiscales penales. Una vez más, la asimilación con los fiscales, por ejemplo, en materia criminal, hace que el control funcione inevitablemente con criterio jurídico, lo cual en esta materia de Derecho penal significará que si no se encuentra estrictamente probado un delito reprimido por el Código Penal, ninguna acción podrá tomar la Fiscalía, y que en caso de duda corresponderá pronunciarse, sin duda, por la inocencia penal del inculcado, etc. No se trata de que no sea importante perseguir y castigar a los delincuentes, sino de que esto no basta ni es posiblemente lo más importante en materia de control de la administración. Mucho más frecuente, y por lo tanto más importante y grave, son los innúmeros supuestos de actos altamente inconvenientes o

⁷ FIX-ZAMUDIO, artículo citado; SOTO KLOSS, EDUARDO, “El Ombudsman nórdico-sajón,” en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 1, Buenos Aires, 1971, p. 37 y ss.; PADILLA, MIGUEL M., *La institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1976; BARROSO LEITE, CELSO, *Ombudsman: corregedor administrativo*, Río de Janeiro, 1976, etc.

gravemente inoportunos que no constituyen delitos,⁸ pero no por ello son menos perjudiciales para el interés público y para la colectividad.

5. *Estabilidad relativa*

Puesto que consideramos al Ombudsman un órgano político o administrativo más que jurídico formal, no estimamos que quepa atribuirle en América Latina la estabilidad *ad vitam* que es propia constitucionalmente de los tribunales judiciales. Más bien pensamos que debiera tener estabilidad relativa, sólo durante el período para el cual sea designado; por ejemplo, cinco o siete años. En lo posible puede ser deseable que su período no coincida con el período gubernativo.

No creemos que sea realista pretender atribuirle una estabilidad vitalicia que a veces ni tampoco los jueces tienen en nuestros países. Asegurarle una estabilidad legal de nada vale, tampoco, si cambia violentamente el sistema constitucional por uno de facto que lo primero que hace es echar por tierra con las propias normas que le daban estabilidad. A la inversa, tampoco nada demuestra que tenga la mayor de las estabildades si la usa no para innovar, disentir y criticar al gobierno y a la administración actuante, sino para investigar los delitos y fallas de la administración anterior.

6. *Organo de crítica oportuna, no de investigación histórica*

En el caso de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, en la Argentina, ella estuvo durante cerca de veinte años, y, por lo tanto, a través de muy diferentes gobiernos, incluidos varios de facto, a cargo de la misma persona. Hombre probo y respetado, no era con todo obstáculo político serio a gobierno alguno, porque siempre parecía investigar principalmente los supuestos o reales delitos del gobierno *anterior* al de turno. De ese modo el organismo se transforma en un historiador, al investigar hechos recientes, hasta historia casi contemporánea: Pero no en órgano de control de la administración pública, entendiéndolo por ello un control que pueda ser *oportunamente corrector* de lo que está siendo en el presente realizado irregularmente. Un pronunciamiento que diga que era irregular o delictuoso determinado acto del pasado que ya la administración no ejecuta porque están nuevos y distintos funcionarios en el poder, puede servir a la historia, pero no sirve al control. Para que el control sea efectivo, debe ser control oportuno que pueda corregir lo corregible del presente, y no meramente censurar lo que ya no tiene más remedio porque se encuentra irremisiblemente en el pasado.

⁸O que no se llega a probar que lo son. Sí no se puede probar el delito, pero sí la inoportunidad, es obvio que resulta preferible lograr lo segundo. Es más objetivo y realista que estar en cambio persiguiendo supuestos o reales delincuentes que jamás llegarán a ser condenados.

Desde este punto de vista, y en base a la experiencia latinoamericana, pensamos que la justicia es más que apta para investigar y sancionar hechos que pertenecen al pasado. Al Ombudsman, en caso de creársele, debe dársele el claro mandato de investigar los hechos del presente, señalando, por ejemplo, que no debe investigar ni formular conclusiones sobre el desempeño de funcionarios que ya no están en el poder. Si no puede hacer mucho útilmente, o no puede hacer nada, preferible que no lo haga antes que opere como una suerte de falso cohonestador del presente por vía de la fácil crítica del pasado.

7. *Hombre o ratón. Cazador de leones o de moscas*

El problema que hemos expuesto hace que su función no sea nada fácil, y ello ocurre tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo. Incluso ha dado lugar a ingeniosos juegos de palabras, en los cuales más de uno se ha preguntado si es un Ombudsman o un Ombudsmouse.⁹ Y ha dicho MARTIN, refiriéndose a Zambia y otros países africanos, en palabras que pueden ser también aplicables en América Latina, que “en los Estados en que la crítica frecuentemente se equipara a la subversión, es ilusorio pretender que pueda estar totalmente aislado de la política.”¹⁰ Por ello, dicho con palabras de ROWAT también referidas a la experiencia africana y que tampoco podemos desdeñar en América Latina, “puede ser cierto como dicen los críticos, que... no está muy bien equipado para cazar leones. Pero ciertamente puede aplastar bastantes moscas. Aun si funcionara en los países en desarrollo con sólo la mitad de su efectividad en el esquema original, su adopción valdría bien la pena.”¹¹

En climas políticos inestables, en que a veces el orden constituido tiene frente a sí no sólo a los opositores dentro del sistema democrático, sino también a aquellos que buscan por medio de la subversión violenta la instauración de un sistema dictatorial; en situaciones en que el orden constituido, cuando es autoritario y hasta dictatorial, tiene frente a sí no sólo a quienes aspiran el retorno a un sistema democrático, sino también los que quieren instaurar otro sistema tanto o más dictatorial sólo que de signo económico opuesto, en todos estos casos será siempre difícil la creación y desarrollo, y el desempeño mismo de una institución como el Ombudsman: Pues el Ombudsman ha de ser necesariamente innovador y crítico: “Es de la controversia que nace la creatividad;” “No puede ser de otra manera... que la oficina del Ombudsman y otras similares sean disturbadores del *status quo*, y esto significa controversia;” “A veces el Ombudsman es colocado en el rol del que disiente e innova. Desafortunadamente, los innovadores y los que disienten son frecuentemente considerados como enemigos del orden establecido,

⁹ GWYN, WILLIAM B., “The British PCA. Ombudsman or Ombudsmouse?,” en *The Journal of Politics*, febrero de 1973, pp. 45-69, citado por FIX-ZAMUDIO, artículo citado, p. 115.

¹⁰ MARTIN, “The Ombudsman in Zambia,” artículo citado, p. 245.

¹¹ ROWAT, *The Ombudsman Plan, op. cit.*, p. 138.

sin tener en cuenta sus motivos.”¹² Pero ésa es la función del Ombudsman como instrumento de control, y ésa es la aspiración final que transmitimos para mejorar el control de la administración pública en América Latina.

¹² IVANY, RANDALL, *Thirteenth Annual Report of the Ombudsman*, Alberta, Canadá, 1978, p. 1.