



Cortes Generales

EL DEFENSOR DEL PUEBLO



Federación
Iberoamericana de
Defensores del Pueblo,
Procuradores, Comisionados,
Provedores de Justicia y
Presidentes de Comisiones Públicas
de Derechos Humanos



COMUNIDAD EUROPEA

CONGRESO ANUAL
DE LA FEDERACIÓN IBEROAMERICANA
DE DEFENSORES DEL PUEBLO
II
MEMORIA

Toledo, 14 a 16 de abril de 1997

QUINTA SESIÓN

Moderador: Antonio Rovira Viñas
Adjunto Primero del Defensor del Pueblo de España

PONENCIA V: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEFENSOR DEL PUEBLO

Jorge Luis Maiorano
Defensor del Pueblo de la Nación Argentina

1. INTRODUCCIÓN

La celebración del Congreso de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, que hoy nos convoca en esta histórica ciudad de Toledo, es motivo propicio para abordar nuevamente el tema de la relación entre Administración de Justicia y Defensor del Pueblo.

En realidad, desde hace varios años se viene acentuando el interés por determinar los espacios y la forma de convivencia entre el Poder Judicial y el Defensor del Pueblo. Así, por ejemplo, el Primer Congreso de Ombudsmanship, realizado en Puerto Rico en 1991, abordó el tema del «Ombudsman Judicial»; el Seminario Regional «Ombudsman, Democracia y Derechos Humanos», realizado el mismo año en Bolivia, también incluyó un capítulo sobre esta cuestión; la Conferencia Internacional convocada por la Comisión de Derechos Humanos de México en 1993 se efectuó bajo el título «El Ombudsman Judicial. Perspectivas Internacionales»; los Congresos de Ombudsman de Australasia y del Pacífico, organizados por la COMAC, en Nueva Zelanda (1994) y Hong Kong (1995), incluyeron ponencias acerca de la «Jurisdicción del Ombudsman en relación a las Cortes y Tribunales», y «El Ombudsman y el sistema judicial»; lo mismo aconteció en el Congreso Internacional realizado en Taipei, en 1994, en tanto uno de los talleres de trabajo de la VI Conferencia

Internacional recientemente celebrada en Buenos Aires, en octubre del año próximo pasado, analizó «El Ombudsman especializado en materia judicial».

No cabe duda entonces que es motivo de preocupación creciente la forma de armonizar la labor del Poder Judicial y del Defensor del Pueblo. Por ello, esta ponencia aspira a compartir con ustedes algunas reflexiones sobre este tema, asumiendo desde ya, que no agotaré todas las ricas facetas que él ofrece y que, con seguridad, serán expuestas en los debates respectivos.

En esta instancia, creo interpretar la generalizada convicción entre quienes ejercemos la titularidad de la Institución del Ombudsman en Iberoamérica, pero sobre todo en América Latina, que la cuestión que hoy nos convoca no fue, precisamente, una de las prioridades a la hora de institucionalizar en nuestros países el Defensor del Pueblo, Procurador de los Derechos Humanos o Comisiones de Derechos Humanos. Superando el modelo clásico del Ombudsman escandinavo concebido para actuar en el plano de la mala administración o de la disfuncionalidad administrativa, el Defensor del Pueblo de Latinoamérica nació con un fuerte compromiso con la protección de aquellos derechos humanos que eran manifiestamente violados en la década de los años ochenta, es decir, vida y libertad. Sin embargo, a medida que la figura se fue afianzando en el entramado social y en el sistema institucional, los desafíos fueron cada vez mayores.

Hoy no sólo tiene un papel protagónico en los procesos de paz, entendida ésta con el sentido restringido de ausencia de conflictos armados, sino que también ha asumido un importante rol en la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales al amparo de las desigualdades sociales y en el marco de las políticas económicas neoliberales que se han generalizado en los países del área. De la misma forma, en nuestros días la figura del Ombudsman latinoamericano también se involucra en la protección de los derechos de la llamada «tercera generación» o derechos de solidaridad; en esta materia, todos los días nos enfrentamos ante requerimientos de ciudadanos que ya no se conforman sólo con que sus derechos a la vida, a la libertad o a la dignidad sean reconocidos. El habitante de nuestros países hoy exige una mejor calidad de vida, lo cual implica mucho más que su vida o libertad sean respetadas.

Es justo tener presente aquí lo difícil que fue incorporar la figura del Defensor del Pueblo en los países de América Latina; cuánto costó convencer a las autoridades acerca de las bondades de estas instituciones; cuánto hubo que esperar hasta que se normalizaran jurídicamente nuestros

países. Esas y otras dificultades fueron superadas y hoy, con legítimo orgullo, podemos exhibir al mundo los avances producidos en esta materia.

Sin embargo, algunos hechos acaecidos recientemente deben preocuparnos: las amenazas a la integridad física de algunos colegas; las restricciones presupuestarias que limitan el desenvolvimiento de algunas Defensorías y Procuradurías; la acción judicial promovida por el Fiscal General de la República de Venezuela por la cual se pretende la eliminación de la figura del Defensor del Pueblo del Estado de Mérida; la anulación de los nombramientos del Procurador y Subprocurador de los Derechos Humanos de Nicaragua, son señales que no debemos obviar, ya que pueden, lamentablemente, multiplicarse.

2. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA-DEFENSOR DEL PUEBLO: UNA SINGULAR RELACIÓN

Formuladas estas reflexiones iniciales, a continuación analizaré lo que he dado en llamar una relación singular: Administración de Justicia y Defensor del Pueblo. Como idea inicial, destaco que el Poder Judicial ha sido, tradicionalmente, uno de los Poderes más refractarios al Defensor del Pueblo. Diría que, por lo menos en teoría, es mayor la resistencia hacia nuestras Instituciones en el Poder Judicial que en la propia Administración Pública. Desde aquella clásica afirmación de Drago cuando sostuvo, casi de manera soberbia, que «el mejor Ombudsman es el Consejo de Estado» hasta la necesidad que tuve, hace pocos meses, de acudir a un organismo internacional para denunciar la denegación de justicia de la Corte Suprema de mi país, a menudo encontramos testimonios de una relación no siempre armónica y a veces caracterizada por la incompreensión hacia nuestras funciones.

En el Congreso Internacional celebrado en Ciudad de México, en 1993, y cuando sólo podía exhibir, con relación a esta figura, un profundo interés académico junto a una férrea convicción personal acerca de sus bondades, me pregunté si podían conjugarse el Ombudsman y el Poder Judicial sin deteriorar la independencia de éste, ni desnaturalizar a aquél. Sostuve que, en principio, la respuesta negativa parecía fluir de modo natural, ya que un órgano extrajudicial que controle al Poder Judicial constituiría la abierta negación a uno de sus presupuestos inexcusables: la independencia. Sin embargo, afirmé en aquella oportunidad, y lo reitero ahora desde la riqueza de la experiencia cotidiana, que es imprescindible diferenciar dos planos complementarios, pero diversos: a) la estricta función de impartir justicia, es decir, la función jurisdiccional caracterizada

esencialmente por su independencia, y *b*) el funcionamiento de los bunales en tanto servicio público.

Nos encontramos ante dos situaciones distintas y diferenciables: una parte, el Poder Judicial integrado por los jueces y magistrados ejercen la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, por la otra, la Administración de Justicia que desborda el reducido marco del Poder Judicial y que comprende el correcto funcionamiento del aparato judicial, en cuanto servicio de justicia.

Debe quedar fuera de toda duda que nadie, no sólo el Ombudsman, puede inmiscuirse en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde, con carácter exclusivo, a los Tribunales judiciales. Es obligación de todos, incluso nuestra, respetar y reconocer la competencia exclusiva de la Jurisdicción para juzgar y ejecutar lo juzgado, así como su independencia en el acto de juzgar. Pero esta independencia ha de entenderse como jerárquica y funcional, nunca como sinónimo de irresponsabilidad que habilite al órgano judicial a desconocer tanto la Constitución como la ley. Aquí suenan como clásicas aquellas expresiones de nuestro gran amigo y maestro Álvaro Gil Robles cuando señalaba que «la independencia nada tiene que ver con el hecho de cumplir con eficacia y celeridad el servicio público de la justicia, es decir, con la tarea de ir al juzgado, de dictar sentencias, de escuchar a los acusados, de asegurar el trabajo del secretario, de garantizar que no se pierdan los documentos y de que no tome ocho años el resolver los pleitos. Todo esto, que nada tiene que ver con la independencia de la justicia, más bien concierne a la esfera de un servicio público, en este caso el funcionamiento de la oficina judicial». En la medida, entonces, que la actuación del Ombudsman no invada o interfiera el ejercicio de la función jurisdiccional del órgano judicial, no puede alegarse que existe violación o lesión a su independencia. No desnaturaliza al Defensor del Pueblo que su competencia incluya la actividad no jurisdiccional del Poder Judicial, siempre y cuando en el ejercicio de sus competencias mantenga las notas características de órgano mediador y conciliador. A mi juicio, la valoración de esta cuestión depende del perfil con que el Defensor del Pueblo aborde las cuestiones referidas a las disfuncionalidades administrativas del Poder Judicial. Si lo hace como un censor es posible que encuentre resistencias; en cambio, si se ofrece como un colaborador crítico que aspira a encontrar soluciones y no culpables, su labor será reconocida como aquella que pretende cooperar al mejor logro de los valores y principios de una Constitución.

¿Debilita o fortalece al Poder Judicial que el Defensor del Pueblo controle el funcionamiento material o instrumental de la justicia? Frente

a este interrogante, respondo sin hesitar que, en el marco de los límites antes señalados, la actuación del Defensor del Pueblo contribuye al fortalecimiento del Poder Judicial ante la opinión pública. Recuerdo aquí a nuestro querido y respetado Eduardo García de Enterría, quien en su reciente obra *Democracia, jueces y Control de la Administración*, lúcida y acertadamente destaca una idea que es obligación construir o restaurar cual es «la confianza del pueblo» en las instituciones, hoy degradada y a riesgo de perderse. Puntualmente expresa que «la situación actual de la democracia impone un reforzamiento, y en modo alguno, una relajación de los controles». El Poder Judicial no puede mostrarse ajeno a este planteo que, por otra parte, desnuda una cruda realidad. Frente al descrédito de la justicia, frente a los cuestionamientos a su eficacia y a la generalizada sensación de impunidad que nos rodea, el Defensor del Pueblo puede presentarse como una instancia apta para colaborar desde la crítica; puede mostrar una radiografía de las insatisfacciones de los justiciables; se erige en una alternativa válida para defender el derecho a la jurisdicción; es, en última instancia, un interlocutor calificado desde su condición de institucional estatal, no gubernamental, que actúa con plena independencia funcional y que tiene relación con seres humanos y no con expedientes.

Sobre este tema, en aquella recordada Conferencia Internacional de México expresé que el Defensor del Pueblo, ante el Poder Judicial, ha de situarse en el marco de las siguientes condiciones: *a)* debe constituirse en un órgano que, desde su función de control y tutela, exhiba una vocación de colaboración; es decir, que represente más un auxilio que un estorbo; *b)* no debe invadir el ejercicio de la función jurisdiccional, no pudiendo modificar ni revisar pronunciamientos judiciales; *c)* no puede olvidar que el derecho a la tutela judicial efectiva constituye un derecho humano que lo legitima, no sólo para actuar en el ejercicio de una facultad, sino que lo obliga en el cumplimiento de un mandato imperativo.

3. LA SITUACIÓN EN LA ARGENTINA

Veamos algunos de los supuestos concretos de relación entre la Administración de Justicia y el Poder Judicial, con especial referencia a la labor que desarrolla el Defensor del Pueblo de la Nación Argentina.

Como sucede en la generalidad de nuestras Instituciones, el Defensor del Pueblo en mi país ha sido diseñado por la Constitución Nacional sancionada en agosto de 1994 como un órgano con la doble misión de control y tutela. «Control del ejercicio de las funciones administrativas públicas» (con lo cual su función comprende a las personas físicas y jurídicas

que sean titulares, por ejemplo, de contratos para la prestación de servicios públicos) y control ante «hechos, actos u omisiones de la Administración», incluyendo de esta forma a todos los órganos que ejerzan materialmente la función administrativa (art. 86 de la Constitución Nacional).

La misión de tutela queda definida en el mismo artículo antes citado cuando le encomienda la «defensa y protección de los derechos humanos, demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes...»; por su parte, el artículo 43 de la Carta Magna argentina lo compromete en una enumeración ejemplificativa con la defensa de «los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general... y contra cualquier forma de discriminación...».

Con relación al caso particular del Poder Judicial, la Ley Orgánica de la Institución núm. 24284, sancionada con anterioridad a la norma constitucional, excluyó del ámbito de su competencia al «Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad» (art. 16, *in fine*).

De la comparación de las normas aludidas surge que la Constitución Argentina, posterior en tiempo y superior en rango a la ley comentada, amplió la competencia del Defensor del Pueblo con relación al marco clásico que estableció, originalmente, dicha norma legislativa. Es evidente que los artículos de la Ley, a la fecha, no condicen ni con el texto ni con el espíritu de la Constitución, en mérito a lo cual se ha propiciado una iniciativa legislativa tendente a adecuar la Ley Orgánica a las normas constitucionales.

Cuando hubo necesidad de diseñar la estructura interna de la Institución, se contempló un Área de Administración de Justicia, la cual, en el marco de las normas constitucionales, estaba habilitada para intervenir en materias tales como «establecimientos penales y sus servicios asistenciales; procedimiento para indultos y conmutaciones de penas; registro de antecedentes judiciales de personas procesadas; procedimientos de extradición; registro de bienes y derechos de las personas; colegios y asociaciones profesionales; sociedades comerciales, asociaciones y fundaciones; *ejercicio de funciones administrativas por parte de órganos judiciales*».

En el cumplimiento de tales cometidos, la Institución fue recibiendo numerosas quejas vinculadas a demoras de trámites judiciales en distintas jurisdicciones del país; actuaciones promovidas como consecuencia de problemas suscitados con reclusos alojados en unidades penitenciarias federales y provinciales y con disfuncionalidades originadas en la actividad registral del Estado. Al dirigirse a los magistrados judiciales denunciando,

por ejemplo, la pérdida o sustracción de un expediente judicial o la demora producida en trámites de esa índole, en todos los casos, sin excepción, se acudió a la figura de la «exhortación», en lugar de la clásica «recomendación». Dicho término responde al principio antes referido de que el Defensor del Pueblo no pretende inmiscuirse de manera alguna en el ejercicio de la función jurisdiccional. Se trata de una acepción de uso corriente en el Derecho procesal de mi país y que emplean, por ejemplo, los magistrados de distintas jurisdicciones para comunicarse entre sí: «ruego, exhorto y hago saber». Lejos está de interpretarse como un mandato, orden o sinónimo imperativo. Prestigia al Ombudsman, a mi juicio, dirigirse al Poder Judicial con un contenido de ruego; adviértase que este «ruego» o «exhortación» no lo formula un letrado o un justiciable sino una Institución del Estado, de origen constitucional y con un respaldo legislativo calificado. El empleo de este término, en mi opinión, transfiere al magistrado la responsabilidad de atender esa exhortación o, en su defecto, desecharla pero asumiendo las consecuencias de su obrar.

Con la obvia comprensión del perfil que el Defensor del Pueblo de la Nación Argentina le ha impuesto a su relación con el Poder Judicial, la generalidad de los Tribunales y magistrados federales y provinciales ha respondido las comunicaciones remitidas. Desde la decisión de reconstruir un expediente judicial cuya pérdida había sido denunciada, hasta la instrucción impartida por la Cámara Nacional Electoral a los jueces federales recordándoles el cumplimiento estricto de la norma legislativa que asegura, en las listas electorales, lo que se denomina el «cupo femenino», una amplia gama de variados ejemplos testimonian la generosa relación de colaboración y coordinación que se ha establecido con el Poder Judicial. Se ha dado, incluso, el caso de una magistrado integrante de una Cámara de Seguridad Social quien requirió la intervención del Defensor del Pueblo a los fines de que la autoridad administrativa previsional cumpliera una resolución judicial.

Sin embargo, un caso singular que es mi propósito compartir con ustedes constituye, lamentablemente, la excepción a aquella regla.

Pocos días después de asumir el ejercicio de estas funciones, en octubre de 1994, recibí numerosas quejas de jubilados, quienes denunciaban la demora del más Alto Tribunal argentino en resolver sus procesos donde tramitaban peticiones de reajuste previsional. En la mayoría de los casos presentados ante la Institución se denunciaba un atraso superior a tres años y que dicha situación afectaba a más de 65.000 causas.

Con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Argentina, antes citado, y considerando que la demora implicaba una virtual denegación

de justicia, se remitió a la Corte Suprema de Justicia copia de la presentación que efectuara una de las interesadas a fin de que dicho órgano arbitrara los medios conducentes para el dictado de la sentencia en el proceso en el cual la recurrente era parte interesada. En la misma resolución se exhortó al Alto Tribunal que procurara prever los mecanismos que permitieran eliminar o disminuir los atrasos en el dictado de los fallos referidos a las causas donde tramitaban reclamos previsionales.

Ese Tribunal desestimó la presentación alegando que el Defensor del Pueblo carecía de competencia para formular exhortaciones al Tribunal sobre las causas en trámite. Como los afectados por la demora judicial continuaron requiriendo la intervención de la Institución, hacia fines del año 1995 me presenté ante nuestro más Alto Tribunal solicitando ser tenido como parte en todos aquellos procesos vinculados con actualización de haberes previsionales de jubilados y pensionados; consecuentemente, peticioné pronto despacho en esas actuaciones formulando reserva de acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dicha presentación estuvo fundada en el ejercicio de la legitimación procesal que tiene atribuida la Institución (art. 86 CN) y ante la violación del derecho a la jurisdicción. Se tuvo presente al momento de efectuar la reserva de acudir al organismo internacional que la Convención Interamericana de Derechos Humanos se halla incorporada al ordenamiento jurídico argentino, con prelación incluso a la ley formal, y que el artículo 25.1 de dicho cuerpo normativo prevé que «toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los tribunales competentes, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales».

La Corte Suprema argentina insistió en su posición desestimando la petición, alegando que el Poder Judicial quedaba exceptuado del ámbito de competencia de la Institución por la Ley 24284 (antes referida); que el Defensor del Pueblo no está autorizado a investigar la actividad concreta del Poder Judicial y que, en consecuencia, no estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder.

Ese pronunciamiento mereció la crítica unánime de la doctrina especializada, la cual cuestionó el desconocimiento del artículo 86 de la Constitución Nacional, así como la circunstancia que cuando el titular de la Institución pidió ser tenido como parte en las actuaciones no estaba pretendiendo investigar la actividad jurisdiccional; sí, en cambio, peticionó la resolución de causas judiciales que afectaban a una «colmena de per-

judicados», es decir, una dimensión social que solidariamente abraza intereses ajenos pero similares.

En virtud de la reserva efectuada, en los primeros días de octubre del año último se hizo efectiva la presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los fundamentos del escrito aludido recordaron que «el tiempo en el proceso ha de ser visto y valorado como un tiempo en la vida del justiciable que participa en el proceso... no ha de medírsele, entonces, como un tiempo cronológico, sino como un tiempo biográfico, porque hace a la vida personal de un ser humano... nadie quiere muertes en su vida y durante su vida... convendría que los jueces cobraran sensibilidad extrema ante este problema del tiempo procesal fuera de los relojes y de los calendarios, vivenciándolo como tiempo en la vida de una persona que les reclama administración de justicia... pero el tiempo de la existencia de cada ser que vive en este mundo es su tiempo, el único que existe y que dura para él, y cuando se le consume, se le pierde, se le termina, todo eso le acontece a él, a su mismidad única y no a otro...».

La opinión pública argentina se conmocionó con esa presentación. Desde la doctrina se la defendió con sólidos fundamentos, a la par que fue cuestionada por considerar que no podía un órgano del Gobierno demandar a su propio Estado. Obviamente quienes así se manifestaron no han comprendido que el Defensor del Pueblo es una institución del Estado, ajena a los sucesivos Gobiernos; que su legitimación procesal lo habilita a demandar al propio Estado, y que en este caso se encontraba en juego el respeto al derecho humano a la jurisdicción.

Dos meses y dieciocho días después de aquella presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de mi país resolvió una actuación de aquellas que se encontraban pendientes, sentando un criterio válido para las 65.000 restantes. Acogió las pretensiones de los actores e hizo lugar a los reajustes pretendidos. Como lo sostengo en el Informe Anual de la Institución correspondiente al año 1996, hoy podemos exhibir, con legítimo orgullo, nuestra contribución a la solución del problema planteado desde hacía cuatro años.

Lo acontecido me lleva a reflexionar acerca de la importancia que reviste para nuestras Instituciones la posibilidad de acudir ante organismos internacionales cuando las instancias nacionales se han agotado. En el caso concreto que acabo de relatar, tal procedimiento se mostró indiscutiblemente como un medio válido para poner fin a la denegación de justicia. No puedo ocultar que una vía como la señalada implica, con seguridad, un alto costo político para quien adopta esa decisión; sin per-

juicio de ello, he querido relatar con algún detenimiento este caso, por su eventual proyección para casos futuros. Íntimamente estoy convencido que la Institución ha salido fortalecida, ya que ha demostrado a la sociedad que no está condicionada por factores partidarios, que ejerce sus competencias con plena independencia funcional y que tiene validez normativa y sociológica el precepto que establece: «no recibe instrucciones de ninguna autoridad» (art. 86).

4. CONCLUSIÓN

Concluyo esta ponencia asumiendo que el tema de la Administración de Justicia y el Defensor del Pueblo no se ha agotado; es que, en realidad, por los valores que involucra nunca puede considerarse una obra acabada. Tampoco son suficientes las declaraciones de derechos si ellas no van acompañadas de instituciones y técnicas que posibiliten su realización efectiva. Aquí están las garantías. Y el Defensor del Pueblo es una garantía que permite el ejercicio pleno de los derechos. Ya sea por la vía de la recomendación, o bien por la exhortación; a través de la respuesta a los requerimientos que efectúe el Poder Judicial, o ya ejerciendo acciones judiciales para tutelar derechos conculcados, el Defensor del Pueblo se muestra ante el Poder Judicial como una instancia de colaboración, de coordinación, nunca de competencia, siempre respetando la independencia de aquél pero reivindicando la propia.

En 1993, cuando no podía aventurar que la Providencia me iba a otorgar el privilegio de asumir la responsabilidad de fundar la Institución constitucional del Ombudsman nacional argentino, sostuve que «uno de los valores más queridos para el ser humano es la realización de la justicia. Que este valor, que es parte indispensable del trabajo del Ombudsman, guíe siempre nuestros actos. Que todos juntos, con nuestros esfuerzos y voluntades, hagamos que la justicia, principio y fin del quehacer humanos, brille y se fortalezca en nuestros respectivos países. Justicia que perfeccione el orden jurídico y haga resplandecer el cumplimiento y la protección real de los Derechos Humanos».

Hoy, golpeado por la realidad con la que convivimos, sostengo que todos los Defensores, Procuradores, Comisiones de Derechos Humanos, nos vemos unidos por aquel apasionado salmo del libro del Deuteronomio del Antiguo Testamento que dice: «Justicia, justicia, perseguirás», y afirmo que nuestras Instituciones son un canto a la rebeldía y una apuesta a la solidaridad.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

José Meneres Pimentel
Provedor de Justiça de Portugal

Ilustrísimos colegas,

Aparentemente, Administración y Justicia son vistas como funciones del Estado que en nada se identifican: de un lado, la satisfacción de necesidades colectivas de seguridad y bienestar; de otro, la resolución de conflictos entre los miembros de la comunidad.

Todos sabemos que no es así. Primero porque la Administración tiene por imperativo actuar con justicia en las decisiones que toma, en las elecciones que hace, en los sacrificios que imponga. Y aquí estamos frente a la idea de Justicia de la Administración, comportando, sin duda, la resolución de conflictos que opondan las personas a sus órganos y servicios. Segundo, porque la Justicia se administra, o sea, y por otras palabras, la resolución de conflictos a través de decisiones con autoridad significa, todavía y también, la satisfacción de una necesidad colectiva, sin la cual no puede haber paz social.

Para eso carece la Justicia de una estructura orgánica que soporte su mister —y aquí estamos frente a la idea de Administración de la Justicia.

La Constitución de mi país determina al Provedor de Justiça en su artículo 23, número 1, que aprecie, sin poder decisorio, todas las quejas presentadas por los ciudadanos contra todos los poderes públicos, sin excepción.

Con todo eso bien se podrá comprender que el poder público judicial, por la independencia que en un Estado de Derecho le es garantizada,

no pueda someterse a la fiscalización del Ombudsman en los mismos exactos términos que los poderes administrativos.

Por esa razón se distingue de inmediato, al nivel de la *lei ordinária* (el Estatuto del Provedor de Justiça de 1991, alterado en 1996), entre la actividad judicial puramente administrativa, que admite fiscalización del servicio público prestado a la colectividad, y la componente jurisdiccional, inmune a cualquier intervención externa (aunque no vinculativa), porque es soberana, independiente y no jerarquizada.

Es esta independencia de los Tribunales conquista inilutable de las sociedades democráticas y pluralistas, triunfo del principio de la separación de los poderes, que determina en el modelo constitucional portugués (como, además, en otros sistemas) la existencia de órganos propios de superintendencia y control de la actividad administrativa de los Tribunales, apartados de los poderes legislativo y ejecutivo. Así, en Portugal existe el autogobierno de las magistraturas repartido en tres órganos: el Consejo Superior de la Magistratura, el Consejo Superior del Ministerio Público y el Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales.

¿Justificará su existencia una desnecesidad de intervención del Provedor de Justiça?

Estoy seguro que no. Estos consejos son verdaderos y propios órganos administrativos, y donde haya ejercicio de poderes administrativos siempre habrá actos y omisiones injustas, por lo menos en la perspectiva de los ciudadanos que a nosotros se dirigen. Mas no hago que acompañar a Montesquieu cuando escribió: «Todo el hombre que detiene el poder es llevado a abusar de él... La misma virtud necesita que le impongan límites» (*Esprit des Lois*, libro XI, capítulo IV).

Olvidar esta distinción entre actividad administrativa de los Tribunales y actividad meramente jurisdiccional es empobrecer las garantías del Estado de Derecho, siempre que por ese medio se pretenda hacer escapar la primera al reparo, a la censura, a las recomendaciones y sugerencias del Ombudsman.

La independencia de los Tribunales y de sus magistraturas es base fundamental de las garantías de los ciudadanos. Esto me parece una verdad incuestionable. Todavía es posible dejar intocada la función de juzgar y fiscalizar, del mismo paso, la componente administrativa que le sirve de soporte, lo que, además, viene resultando bien sucedido en las experiencias de los Ombudsman escandinavos y de nuestro anfitrión el Defensor del Pueblo.

La conquista de la democracia se hace, sin embargo, por la lucha contra poderes que se creen autosuficientes y no termina con el declino de regímenes autoritarios o totalitarios. La democracia se construye en democracia y en cada día que pasa, siendo nuestra contribución como Ombudsman, el cual de nosotros es esperado por nuestros conciudadanos actuar, ahora con paciencia y determinación, ahora con persistencia e imaginación de fórmulas y nuevas soluciones, ya que disponemos del beneficio de nada poder imponer. Será de advertir, como hizo un jurisconsulto portugués en 1759, Diogo Camacho de Aboim, que los poderes soberanos, aunque no puedan ser coactivamente constriñidos a observar las leyes, no por eso dejan de quedar adscritos a su observancia, y cuando no las guardan por obligación será útil que las guarden como ejemplo.

Infelizmente, caros colegas, en mi país esta forma de ver las cosas es pacífica solamente en los libros y en las palabras, pero controversa en las actitudes y en los comportamientos.

Anclados en una interpretación reductora de cierto precepto estatutario, los consejos del Poder Judicial —primero el de los Tribunales comunes, después el de los Tribunales administrativos y fiscales— vienen encontrando artificios ingeniosos para furtarse a una estrecha colaboración con el Provedor de Justiça, al contrario de la franca colaboración prestada por el Consejo Superior del Ministerio Público.

La controversia con el Consejo Superior de la Magistratura se encuentra hoy, para el bien de todos, ultrapasada, pero tengo dificultad en hacer aceptar la misma orden de principios al Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales. Este último órgano administrativo, por cierto marcado por el régimen vigente durante la dictadura entre 1926 y 1974, tomó posición extremista, no aceptando cualquier interferencia del Ombudsman, olvidando que hace ya veintitrés años que existe democracia pluralista en Portugal, heredera de un pasado democrático anterior a 1926 y posterior a la revolución liberal de 1820. Así, en este sector de la jurisdicción administrativa he tenido las más grandes dificultades en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos para conseguir una justicia en tiempo razonable, bien como hacer aceptar que constituyen actividad administrativa de los Tribunales:

- a) el tratamiento de los ciudadanos en general y de los profesionales forenses, en especial;
- b) la organización de los recursos humanos y materiales del poder judicial;
- c) el cumplimiento de los deberes fundamentales de los magistrados;
- d) los actos precontenciosos y poscontenciosos practicados.

Tiene el Provedor de Justiça en este campo, con base en el derecho fundamental a la protección jurisdiccional, el empeño de luchar por el cumplimiento de los plazos de las decisiones de los Tribunales. Plazo razonable éste, que no puede tomar por paradigma la idea de una decisión inmediata, ni tampoco la de la observancia de los plazos habituales. Antes asienta en la complejidad de las cuestiones, desde que convenientemente explicada a los intervinientes procesales, como medio de protección de la confianza por parte de los ciudadanos en los Tribunales.

Está claro que el Ombudsman no puede mantenerse alejado de eventuales causas externas que determinen la morosidad de un proceso o la verificación de reiterados atrasos judiciales radicados en aspectos de orden legislativo o en mala administración por parte del Poder Ejecutivo. En tales casos puede y debe el Ombudsman, dentro de sus funciones, alterar el registro de su intervención y formular las recomendaciones que entienda convenientes al Parlamento y al Gobierno.

En la presentación pública que hice recientemente del Relatório de Actividades de 1995 al Parlamento me di cuenta de esta situación con el Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales y aguardo, con natural serenidad, su desarrollo.

Creo que nada se opone a esta posición que vengo asumiendo con el apoyo de la letra del Estatuto y de la doctrina constitucionalista portuguesa.

Además, y en cuanto al Consejo Superior de la Magistratura, he llegado a obtener respuesta a una recomendación sobre un caso reputado como de discriminación racial. Se trataba de un acto procesal practicado por cierto magistrado judicial que empleaba como forma de identificación de un individuo su pertenencia a la etnia gitana, lo que me ha parecido ser discriminatorio y sin cualquier fundamento plausible.

Recomendé al Consejo Superior que tomase posición sobre el asunto junto a los Tribunales. En nada afecté la independencia de la orden jurisdiccional.

También cuando el Ombudsman llama la atención para la tramitación de este o de aquel proceso, atingidos que se encuentren límites sensatos para una decisión prudente, cuando el Ombudsman encuentra anomalías en la gestión de los medios de apoyo judicial a los ciudadanos sin recursos financieros, cuando concluye por la mala gestión de los recursos humanos de las magistraturas y expone la necesidad de modificar comportamientos, ¿dónde queda atingida la independencia de la capacidad de juzgar?, ¿dónde se vulnera la garantía del juez contra órdenes e instrucciones?

Al Ombudsman no compete sustituir a los Tribunales en su función de administrar la Justicia en nombre del pueblo y según el Derecho del país, pero faltaría a su deber el que se abstenga de confrontar los órganos propios de la Administración de los Tribunales con los problemas que los ciudadanos enuncien en sus quejas.

Reconozco, sin embargo, que el asunto es controvertido y merece ser problematizado, lo que me lleva a exponerlo en este Fórum, por forma a motivar la discusión *inter partes*.

Estoy seguro, estimadísimos Ombudsmen de expresión ibérica, que una toma de posición de esta conferencia transcrita en las actas de sus conclusiones mucho contribuiría para sustentar las posiciones que vengo defendiendo, en el sentido de no dejar excluida de la intervención de los Ombudsmen cualquier área o sector de actividad administrativa susceptible de lesionar los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos de nuestros países.

En democracia no debe temerse más la intervención del Proveedor de Justicia y sí de confiar en ella como amparo de los que constituyen la razón de ser de los poderes públicos: las personas a quien servimos en la búsqueda de la Justicia y de la paz social.

DEFENSOR DEL PUEBLO/OMBUDSMAN

João Elías de Oliveira

Ouvidor Geral Estado do Paraná (Brasil)

Independientemente de conceptos o evaluaciones, la Administración Pública, en cierto sentido, pertenece a los ciudadanos. Sucede que casi siempre no existe la preocupación de que sean creados canales adecuados para que los ciudadanos hagan sus reivindicaciones y en medios efectivos que propicien informaciones sobre lo que sucede dentro de la Administración Pública.

La consecuencia de esa omisión es que se agrava el ancho margen de insatisfacción popular para con los servicios prestados por el Estado y la desconfianza del público en general sobre la forma como son administrados los recursos, pagados directa o indirectamente por la población.

El Gobierno del Estado de Paraná designó un Ouvidor Geral para asumir la función de eslabón de unión entre el ciudadano y la Administración, teniendo como soporte técnico-administrativo la estructura de la Ouvidoria Geral.

Con decisión política, sensibilidad social, organización, planeamiento y, principalmente, por el esfuerzo de sus servidores, la Ouvidoria Geral do Estado cumple con su obligación institucional y transforma en realidad el respeto al ciudadano a través de la implantación del proyecto «SIS-DADANIA-Sistema Integrado da Cidadania» (Sistema Integrado de la Ciudadanía).

EL PROYECTO SISDADANIA

A través del proyecto SISDADANIA, la Ouvidoria Geral do Estado do Paraná amplía el espacio público y democrático de la toma de decisiones, valorizando el ejercicio cotidiano de la ciudadanía y estableciendo mecanismos eficaces que permiten la efectiva participación popular, incorporando a la comunidad en la propia gestión de gobierno, como forma capaz de rectificar los desvíos y las distorsiones propias del sistema representativo y posibilitando a cada individuo el poder de accionar los instrumentos de que dispone el Estado para recibir la debida protección con rapidez, seguridad, eficiencia y, lo que es más importante, con respeto.

Actuando a través de módulos sistemáticos denominados «programas», el proyecto permite, además de la recepción de reivindicaciones de la población, la participación afectiva de grupos de servidores de la Administración, que multiplican sus acciones en busca de soluciones inmediatas y de elaboraciones preventivas de medidas que permitan impedir efectos dañinos a los ciudadanos como consecuencia de la acción u omisión del Gobierno, demostrando también estrategia gerencial en el perfeccionamiento de la gestión pública.

Además de fácilmente propiciar la participación popular en el debate, conduce al diálogo e integra todos los segmentos organizados de la sociedad; se atreve a intervenir, de forma didáctica y pedagógica, en la discusión de conceptos y prácticas de ciudadanía en las escuelas, demuestra modernidad al unificar órganos públicos de diversas esferas en la búsqueda de racionalización y en la defensa de los grandes temas, notablemente en el área ambiental.

Sin pretensión, busca la mejor calidad de los servicios públicos, higienizando los maleficios de la burocracia, sensibilizando al funcionario en la buena convivencia con el destinatario final de sus acciones y, principalmente, rescatando la ética y relevando el respeto del propio servidor público.

— Cuando hablamos del proyecto SISDADANIA, visualizamos el ciudadano paranaense en el ejercicio de su ciudadanía, en el sentido macro.

— Cuando hablamos de módulos sistemáticos, visualizamos a este mismo ciudadano, en el sentido micro, inserto en un ambiente o actividad específica.

Cada módulo está dirigido por un coordinador, aunque, de acuerdo con la estructura organizacional de la Auditoría, todo servidor que participa

en la organización presta su colaboración, cuando sea solicitada, teniendo en cuenta el éxito del proyecto mayor.

Los módulos sistemáticos denominados como extensiones o programas son implantados gradualmente debido a la necesidad de recolección de datos, acompañamiento, mantenimiento, evaluación de su desenvolvimiento, así como la viabilidad y aceptación de los comprometidos en el proceso, sin colocar en riesgo la credibilidad del proyecto SISDADANIA.

OBJETIVOS MÁS IMPORTANTES DEL PROYECTO

— Propiciar a la totalidad de la población paranaense, ciudadanos y comunidad organizada, canales de comunicación con la Administración Pública, creando e implementando eslabones de unión, consecuentemente, expandiendo su capacidad de fiscalizar y evaluar las acciones de gobierno.

— Promover la revitalización del proceso democrático, pautando las acciones de planeamiento de la Administración, de modo que la preocupación por el ciudadano sea su enfoque principal; fomentar, integrar y responsabilidad a los órganos de la Administración Pública, contribuyendo para agilizar los procedimientos en la búsqueda del mejoramiento de la cantidad y calidad de la prestación de los servicios.

— Rescatar la imagen del servidor público actuando sobre el *grado de utilización y satisfacción* de los servicios públicos en la búsqueda de la calidad total, de la ética y del respeto; buscar la real participación entre aquel que sirve al público y el destinatario final de la acción del Estado: el ciudadano.

— Inhibir la práctica, reprimir y hacer cesar irregularidades cometidas contra la Administración Pública estatal, así como actos u omisiones que causen lesión y/o amenaza al patrimonio público.

— Integrar a la Ouvidoria Geral y a las autoridades municipales, como manera de agilizar los procedimientos, actuando en régimen de colaboración recíproca.

— Establecer eslabones de unión entre los usuarios de los servicios y la Administración Pública a través de reuniones donde la Ouvidoria Geral do Estado y las lideranzas de la sociedad (clubes de servicio, asociaciones de clase, sindicatos, etc.) discutan medidas preventivas y correctivas para sanear acciones y hechos dañinos a la población.

— Tratar asuntos diversos, manifestándole al ciudadano el esclarecimiento, informándole de los derechos y órganos implicados, así como

proporcionando al mismo la evaluación de las reivindicaciones registradas en la Auditoría General.

— A través de la información pasar a promover un puente entre los derechos políticos y los derechos sociales, contribuyendo a la ampliación del control por parte del ciudadano sobre las cuestiones públicas, debido a la propuesta de participación de la sociedad.

— Promover un proceso educativo, innovador en cuanto a la metodología de implantación de programas, transfiriendo conceptos básicos de ciudadanía, de manera clara, objetiva e informal; propiciar condiciones para que, desde temprano, el ciudadano aprenda a ejercitar y practicar autos, con nociones de derechos y deberes, actuando directamente junto al medio familiar.

— Buscar alternativas y mecanismos que permitan el acceso y utilización de los servicios de la Ouvidoria Geral do Estado (cartas, respuestas, internet, teléfono, atención personal, distribución de manuales, presentación de piezas teatrales, etc.).

PROGRAMAS IMPLANTADOS

a) HOLA CIUDADANO (Disquete 0800-41.1113)

Programa volcado a la atención directa y servicial a la población paranaense donde, con el auxilio de la informática y de un sistema telefónico moderno y adecuado, el ciudadano está en condiciones de, gratuitamente, realizar sus denuncias, reclamos, críticas y sugerencias sobre la acción u omisión de la Administración Pública.

Para acceder por vía Internet: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/re-lato/ouvidor1.html>

b) CONVENIOS DE LA CIUDADANÍA (Oydor Municipal)

Es un programa de interiorización de la Ouvidoria Geral do Estado, por el cual se realiza una atención directa, amplia y efectiva a todos los ciudadanos del interior del Estado, a través de la celebración de convenios entre esta Secretaría y los Municipios.

Para acceder por vía Internet: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/re-lato/ouvidor4.html>

c) OYDOR DE LA CASA

Programa dirigido a responsabilizar e integrar los órganos de la Administración Pública, así como a introducir la figura del Oydor en los demás

órganos públicos, eliminando las pérdidas de tiempo y la lentitud que la burocracia y la jerarquía formal exigen.

Este programa ya está siendo llevado a cabo en 35 órganos de la Administración directa e indirecta (Oydor de la Casa), cinco universidades (Oydor Universitario), 32 núcleos regionales de educación (Oydor Regional-Educación) y Banestado (Oydor Bancario), totalizando 73 agentes multiplicadores de la figura del Auditor General en el Estado de Panamá a través de este programa.

Para acceder por vía Internet: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/ouvidor5.html>

d) OYENDO A LA COMUNIDAD

Programa que permite la participación de diferentes grupos de sociedad civil organizada donde el debate, el cuestionamiento y el relevamiento de datos proporciona un flujo continuo de informaciones, estableciendo así eslabones de unión entre los responsables de los niveles operacionales y los usuarios de los servicios prestados para la Administración Pública.

Para acceder por vía Internet: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/ouvidor8.html>

e) OYDOR INFANTIL

La gestión para este programa viene al encuentro de la preocupación de la Ouvidoria Geral do Estado para promover un proceso educativo, llevando los conceptos de ciudadanía a las criaturas y dándoles condiciones para que aprendan a ejercitarles en la práctica de las nociones de derechos y deberes, a través de la actuación del agente multiplicador denominado Oydor Infantil. Este programa está siendo implementado en las escuelas del Estado.

Para acceder por vía Internet: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/ouvidor13.html>

f) OYDOR EN LA INTERNET

Este programa es más bien un mecanismo de atención a la Ouvidoria Geral do Estado con el objetivo de considerar a los ciudadanos que acceden a la Internet. Viene a atender las necesidades de acompañamiento de la rápida evolución en las telecomunicaciones en los procedimientos informatizados, en relevamiento de datos y en la implementación de tecnología.

Para acceder a la Oydoría General del Estado: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/ouvidor.html>

Para denunciar, reclamar, solicitar, criticar y sugerir acceda a:

HABLE CON EL OYDOR: <http://www.pr.gov.br/governo/ouvefa-la.html>

g) OYDOR AMBIENTAL

Es un programa volcado a la divulgación de temas ecológicos y a la formación de agentes fiscalizadores de la Ouvidoria Geral do Estado a través de la información, sensibilizando al ciudadano a la necesidad de multiplicar informaciones en cuanto a las prácticas ecológicas y protección del medio ambiente, garantizando así el bienestar básico del ciudadano.

Para acceder a la Oydoría General del Estado: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/ouvamb.html>

b) OYENDO CON CALIDAD

A través de este programa la Ouvidoria Geral do Estado, en la lista de competencias y atribuciones que orientan su acción, fomenta la actuación de la Administración, sugiriendo medidas de perfeccionamiento de la organización y del funcionamiento de los servicios públicos, difundiendo y divulgando los avances obtenidos y los objetivos alcanzados en una acción por la ciudadanía.

Este programa inició sus actividades en la propia Ouvidoria Geral do Estado, donde a través del acompañamiento de las actividades de cada programa introduce mecanismos de diagnósticos promoviendo la amplitud de las informaciones para la acción administrativa, permitiendo el análisis y parámetros para el establecimiento de metas con una visión maximizada de las necesidades del ciudadano, manteniendo el equilibrio entre la ejecución de los programas y la acción deseada.

Para acceder a la Oydoría General del Estado: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/ouvqual.html>

i) CIUDADANO: ES LO SIGUIENTE...

Es un programa direccionado al esclarecimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos, a través de la publicación de cartillas y libros, clases y otras formas didácticas de información. A través de él, la población paranaense no solamente va a conocer las acciones de gobierno en el área de la ciudadanía, sino también va a ofrecer conocimientos sobre la máquina administrativa y los órganos que propician la atención directa al ciudadano.

Para acceder por vía Internet:

— EL PROGRAMA: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/ouvidor3.html>

— CARTILLA DEL CIUDADANO: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidoria/cartilha/cid.html>

j) ESTAMPILLA CIUDADANO

Es un programa volcado a la diversificación de atención, propiciando al ciudadano una alternativa más de acceso a los servicios prestados por la Ouvidoria Geral do Estado, donde a través del envío de una cierta respuesta, gratuita, pasa a registrar su denuncia, reclamo o sugerencia.

Las cartas respuesta están a disposición del ciudadano en las agencias de correos en displays propios, debido a un convenio firmado entre la Ouvidoria Geral do Estado y la empresa de Correos y Telégrafos.

Para acceder a la Oydoría General del Estado: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/selocid.html>

l) CIUDADANO NOTA 10

Atendiendo a la solicitud de la Secretaría de Estado de Hacienda, pasó a recibir los pedidos de informaciones y reivindicaciones como la atención de Campaña Ciudadano Nota 10, inductora para el aumento de la recaudación del Estado.

Para acceder a la Oydoría General del Estado: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/cidnota.html>

m) TELECIUDADANO (Disquete 0800-41-30.40)

Sobre la base de un avanzado aparato tecnológico, el teleciudadano en su acción activa realiza prospecciones y encuestas junto a la población, objetivando verificar el nivel de satisfacción como el de la atención de los servicios públicos, y en la parte de recepción crea un canal más para la recepción de reivindicaciones.

Para acceder a la Oydoría General del Estado: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/telecid.html>

n) QUIERO A MIS PADRES

Tiene por objetivo propiciar a todo ciudadano en la pesquisa de sus orígenes, independiente de la causa o el motivo que haya ocurrido, abarcando niños desaparecidos, ciudadanos que desconocen quiénes son sus padres, etc.

Tiende, además, a través de documentos informativos y campañas de esclarecimiento en colaboración con los medios de prensa y difusión, a informar y orientar a niños, padres y escuelas de cómo proceder, en el sentido de prevenir y agilizar procedimientos junto a los órganos competentes.

Para acceder a la Oydoría General del Estado: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/quero.html>

o) NÚCLEO DE DOCUMENTACIÓN Y PESQUISA

Debido a la dificultad en la obtención de informaciones sobre los Oidores y como institución, presentada por diversos alumnos, profesores y demás interesados, como por el número de documentos concentrados en esta Ouvidoria Geral do Estado, surgió la idea de catalogar y permitir la pesquisa de los interesados en el referido tema.

Teléfono: 0800-41.11.13 ou Internet: <http://www.pr.gov.br/celepar/ouvidor/relato/ouvidor.thml>

EL PÚBLICO-OBJETIVO DEL SISDADANIA

El público-objetivo del proyecto SISDADANIA es todo ciudadano paranaense, beneficiando teóricamente a 8.500.000 habitantes.

Desde marzo de 1995, fecha en que fue implantado el proyecto, hasta diciembre de 1996 fueron efectuados innumerables consultas, personalmente o por vía telefónica, carta, internet, siendo que 8.314 reivindicaciones merecieron registro formal, y de estos registros 1.802 originaron procesos actuados, los cuales, por exigir una apreciación más cuidadosa, fueron enviados a los órganos competentes para recopilación de datos.

Destacándose que del total de registros (8.314), 6.647 quejas obtuvieron éxito en las soluciones, o sea, el 80 por 100 de las reivindicaciones fueron atendidas.

El proyecto busca afinidades y viene comprometiendo toda la Administración Pública en el nivel provincial y municipal, promoviendo la integración de los mismos, respetando las independencias y colocando a disposición de todos los servicios prestados.

— Año I: proceso de reestructuración, adhesión de todo el cuerpo funcional a los cambios, rescate de credibilidad de la entidad, involucramiento de los administradores públicos de los demás órganos, limitación del presupuesto, sensibilización del ciudadano en el sentido de participar.

— Año II: limitación del presupuesto, necesidad de búsqueda constante de mecanismos que permitan y faciliten el acceso del ciudadano, sensibilización del ciudadano en el sentido de participar.

MECANISMOS PARA MEDIR EL ÉXITO DEL PROYECTO

Los mecanismos están previstos en normas organizacionales constantes del manual de SISDADANIA, específicamente en el módulo sistemático denominado «Programa Oyendo con Calidad».

La eficacia de los servicios públicos no será medida subjetivamente, pero siempre a través de los resultados reales alcanzados en el decorrer del período abarcador del análisis de acompañamiento.

Lo que está perfectamente definido en el «Programa Oyendo con Calidad» es la necesidad de formulaciones que permitan comparaciones numéricas entre *previsto, realizado y deseado*, en situaciones de *cuánto, cuándo y cómo*.

Un principio básico que se utiliza es el de la *actividad relevante*, principio de ingeniería de valor del sistema ABC (Activity Based Costing). Una actividad del servicio público es relevante cuando ella posee identificación con los objetivos del programa y agrega valor a ellos.

El monitoreo cuantitativo y cualitativo de una relevante es obtenido a través de *grados de servicio requerido* y de *satisfacción alcanzada*, y por el constante *establecimiento de nuevas metas*.

La elaboración de las formulaciones matemáticas para cálculo y obtención de los índices y grados de satisfacción y de servicio requerido de las actividades relevantes es de responsabilidad del coordinador del «Programa Oyendo con Calidad», siempre previamente aprobadas por el Oydor General del Estado.

El cuerpo técnico, bajo supervisión de los coordinadores y de programa y asesoría de gabinete, respectivamente, reúnen las informaciones necesarias para la elaboración del cálculo de las formulaciones matemáticas preestablecidas.

El *star* para el monitoreo, tanto en cuanto posible, precede a la operacionalización de cada módulo sistemático del SISDADANIA. Inmediatamente, el indicador más evidente es el crecimiento constante de la participación del ciudadano, verificado a través de:

- número de consultas registradas;
- número de registros solucionados;
- número de órganos envueltos en el proceso;
- rapidez de los órganos cuando son accionados, acompañamiento de la prensa.

LAS MÁS IMPORTANTES CONQUISTAS DEL PROYECTO

— La posibilidad concreta de la participación popular, vía canales de comunicación abiertos para recibir sus reivindicaciones y sugerencias, creando condiciones para una efectiva fiscalización de las acciones de gobierno.

— Rescate de la credibilidad de la organización y la motivación del servidor público envuelto en el proyecto.

Fue un desafío, pues se partió de una estructura desacreditada o con un cuerpo funcional desmotivado.

Con innumerables dificultades y en menos de un año fueron derribados obstáculos que imposibilitaban el crecimiento de la organización. Y gracias a un plano de acción con objetivos claros, con la implantación de estrategias, con el aprovechamiento de técnicas administrativas y motivaciones, hoy la organización es vista como eslabón efectivo de unión entre el ciudadano y el Estado.

La innovación del proyecto consiste en el cambio de paradigmas, donde la Auditoría deja de ser vista como órgano de fiscalización y pasa a ser efectivamente un canal abierto entre el Gobierno y la sociedad, implantando mecanismos que faciliten y estimulen al ciudadano a participar. En esta gestión, los conceptos de ciudadanía y democracia son informados, debatidos y ejercitados por todos, promoviendo cambios y permitiéndose aprender, pues todo el proceso demanda tiempo.

JUECES Y CONSTITUCIÓN

Antonio Rovira Viñas

Adjunto Primero del Defensor del Pueblo
de España

¿Cuál es la tarea esencial que el progreso exige al Poder Judicial? Pues sencillamente la de interpretar y aplicar las leyes de la forma más favorable y con la finalidad de realizar los derechos comunes a todos.

Derechos fundamentales que nacen al inicio de la Edad Moderna y que se convierten en uno de los indicadores principales del progreso histórico y núcleo de legitimidad de los sistemas democráticos. Derechos y exigencias que desde su formación inicial como instrumento para limitar el poder absoluto, siguen un proceso que permanece abierto de perfeccionamiento en dos direcciones, de concreción (derechos de la mujer, de los niños, de los minusválidos, de los consumidores y usuarios, de las minorías) y de ampliación a los que ahora se suele llamar nueva generación (medio ambiente, desarrollo, paz, etc.).

Esta evolución, como es natural, no solamente afecta al contenido normativo de los mismos, sino también y necesariamente a las instituciones y técnicas que posibilitan su realización efectiva, es decir, lo que conocemos con el término de garantías.

Es sabido que desde mediados de este siglo no es suficiente con declarar los derechos para asegurar su protección, y así una de las características del constitucionalismo moderno es exigir la intervención del Estado para que remueva los obstáculos que dificultan la realización de los derechos fundamentales y añadir a las declaraciones un amplio abanico de técnicas e instituciones que tutelen su efectividad. Estas garantías son

básicamente de dos clases, unas generales (económicas, culturales y políticas) y otras más específicas, que consisten en instrumentos e instituciones judiciales o no, encaminadas a proteger al ciudadano frente a un sistema cada vez más complejo.

Como garantías generales, se suelen citar las condiciones económicas y sociales necesarias. No cabe duda de que en un Estado de Derecho es necesario un desarrollo y un nivel educativo acorde con la naturaleza del Estado social de Derecho. Pero, fundamentalmente, dentro de estas garantías generales se encuentran las políticas que coinciden con los elementos del propio Estado de Derecho, como el imperio de la ley, el pluralismo político y la que nos ocupa, la división de poderes, sin los cuales no es posible la existencia real de una sociedad democrática y, por tanto, no son posibles los derechos fundamentales.

El Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del Estado, imperio de la ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad de la ciudadanía (dado que el «pueblo» es una abstracción que en muchas ocasiones ha servido de pretexto y excusa para perpetrar los mayores abusos), someter a todos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituye el Poder Judicial, del que se ocupa el Título VI de la Constitución Española, configurándolo como uno de los tres poderes del Estado y encomendándole, con exclusividad, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establecen.

No obstante, el término «poder» que emplea nuestra Constitución para referirse a la judicatura, obliga a recordar que en la forma clásica de la doctrina de la separación de poderes tal y como la expuso Montesquieu, el Poder Judicial era «un quelque façon nulle», dado que el juez se limitaba a pronunciar las palabras de la ley de acuerdo con la doctrina racionalista que imperaba en el Estado liberal, que reducía la función jurisdiccional a una tarea simplemente mecánica que en nada se parece a la que exige la actualidad.

Hoy en día la aplicación del Derecho no consiste en determinar exclusivamente que se ha producido el hecho y que deben, por tanto, darse las circunstancias que la ley requiere, incluso es dudoso que esta idea se haya correspondido en otro tiempo con la realidad. El juez siempre ha hecho algo más que subsumir el supuesto de hecho en la norma porque la interpreta y, por tanto, con la interpretación crea una norma nueva. Aplicando el Derecho el juez siempre crea una norma inferior como resultado de la interpretación de una norma superior.

El mecanismo es irreal en la vida del Derecho moderno, que es complejo y contradictorio y no está predeterminado en todos sus extremos, siempre hay un margen de libertad en su aplicación, una posibilidad de opción entre sus diferentes sentidos. Sólo la tiranía se alimenta de la idea de que el juez o el legislador no tiene elección porque todo concepto (el Derecho es un conjunto de conceptos) es una invención a la que nada corresponde exactamente, pero a la que muchas cosas se parecen. La fijeza del lenguaje nos engaña.

Los jueces, por tanto, deciden con sujeción a parámetros normativos preexistentes y no disponibles, desarrollan la norma superior, la aplican, fundamentándose en razones jurídicas. Es, por tanto, una actividad reglada que no elimina el mínimo o el máximo de actuación libre, de opción entre los diversos sentidos de una misma palabra, porque las normas no son ideológicamente neutrales. En este mundo no hay nada neutral, lo que es verdad es verdad porque nos interesa.

El juez realiza entonces una actividad jurídica objetiva, porque interpreta el Derecho científicamente, con la teoría, mediante reglas y técnicas que se le imponen, pero optando entre las diferentes posibilidades y justificando y fundamentando su decisión en razones jurídicas, puede elegir el criterio, la regla o técnica predominante, pero queda sujeta a ella.

La interpretación jurídica es entonces una actividad en la que intervienen múltiples factores, objetivos y subjetivos. Interviene la propia formación del intérprete, del juez, con sus humores, sus emociones, sus sentimientos, factores compensados al ser, en ocasiones, una decisión colegiada. El juez piensa quién es y dónde está, o no piensa nada. Piensa en su lengua, piensa en su tradición, su presente y su desaparición. Estos contenidos están en sus sentencias y sin ellos éstas resultarían ininteligibles. La elección es clara e imprescindible, las sentencias también están hechas con el cuerpo, porque todo hombre, y por tanto también el juez, debe saber que no puede ir más allá de su subjetividad, pero debe saber también controlarla, es decir, en lugar de dirigirse hacia lo metajurídico debe orientarse hacia lo intersubjetivo, o si se prefiere, hacia lo «objetivo».

Estos elementos subjetivos que intervienen en la actualidad judicial no son susceptibles de objetivación, ni pueden, por tanto, reglamentarse. Por eso la bondad de una sentencia no sólo depende de su objetividad, de su congruencia con la gramática del texto, sino también de la persuasibilidad de su argumentación. Y así, cuando una sentencia es consecuente y se fundamenta en argumentos objetivos, y cuando además tiene el peso de la legitimidad que para mí es el irrenunciable sello de las obras bien hechas, es una buena sentencia. Difícilmente podemos exigir más a los magistrados porque no puede darse, y de hecho no se da, una discusión metódica para cada caso. El juez debe decidir considerando los efectos, la realidad social, la finalidad de la norma, la interpreta a tenor de las circunstancias, pero limitado por el texto y las reglas que le impone la teoría, buscando siempre el equilibrio entre lo que puede y lo que debe hacer.

Todos estos elementos que intervienen en la actividad judicial no son reconducibles a un código o catálogo y la acentuación y la relevancia que se dé a cada uno de ellos, dentro de los límites normativos, forma parte del ámbito de libertad y, por tanto, poder que tiene el juez para poder acomodar el Derecho y hacer justicia para suplir con las posibles interpretaciones las deficiencias de las normas, dotando de unidad, efectividad y coherencia los Códigos.

Cada juez posee entonces la independencia y la capacidad para regular y orientar sus actuaciones, y a esta capacidad le llamamos libertad y, por tanto, autonomía, con sus efectos y consecuencias, pero libertad y, por tanto poder, cuyo peso es la responsabilidad, responsabilidad del juez ante él y ante todos, responsabilidad que es la capacidad democrática por excelencia, responsabilidad de jueces y magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria. La cuestión no es entonces la «judicialización» sino la responsabilidad del que judicializa.

Por tanto, el juez debe prepararse para usar bien las leyes (la interpretación no es más que adiestramiento previo) y la culpa de sus abusos no será del Estado, el sistema, la corrupción, ni exclusivamente de las leyes ni de los medios materiales, sino en gran medida de él mismo que también es responsable individualmente. El juez es responsable porque tiene libertad en su actuar, porque tiene poder.

Incluso una ley defectuosa no puede absolver a los jueces responsables de una sentencia manifiestamente injusta. El desplazamiento de la culpa a la sociedad, los medios, la ley o el destino, aniquila la necesaria libertad y, por tanto, la independencia de que debe disponer el juez para poder impartir justicia y favorecer la búsqueda de cruzados y culpables que

exculpan la irresponsabilidad y fomentan la dejadez y la falta de preparación. El juez no puede ampararse en la ley para justificar sus abusos, errores e injusticias. El juez puede ser mejor, sin que para ello deban cambiarse antes todas las leyes, o se le dote de los mejores medios, y será mejor cuanto más adiestrado esté en su tarea, que no es expresar lo que es la ley, sino expresar la relación entre su subjetividad y la ley.

Con ello no se vulnera el principio de legalidad, sino que, por el contrario, se realiza. Jueces y magistrados son defensores de una ley que no pueden violar ni modificar. Pero ley entendida modernamente como conjunto de hechos, valores y normas. No basta con apelar a que la norma existe, el problema está en justificar su existencia en las sentencias. Ley que deben aplicar siempre de acuerdo con los valores y principios constitucionales, entre ellos los relativos a la libertad, la justicia, la igualdad y la seguridad de todos los ciudadanos, ley que no debe tener la vocación de legislarlo todo, de controlar todas las facetas del hombre antes de que éstas se produzcan. «El territorio de la libertad es el silencio de la ley» (Hobbes). El juez no debe caer en la tentación de intervenir en todo, de judicializar en exceso la convivencia de los ciudadanos porque toda ley no debe ser más que la expresión de un límite, la abolición de una serie de abusos.

El juez crea Derecho y, por tanto, dispone de poder para crearlo, poder que debe adaptarse a las características de una sociedad compleja y cambiante y en nuestro caso también a una distribución territorial del poder en Comunidades Autónomas con un ordenamiento jurídico propio y en algunos casos con competencias en relación a la Administración de Justicia.

No obstante, la importancia del Poder Judicial no reside solamente en su competencia para aplicar el Derecho, porque cuando la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, se está refiriendo a la totalidad de los derechos posibles. Tal mandato viene desarrollado, en el caso español, en los artículos 53.1 de la Constitución y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que se establece que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan en su integridad a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos». Por tanto, la misión esencial de la jurisdicción consiste en ser garantía última y efectiva de los derechos fundamentales.

Pues bien, como poder de un Estado de Derecho y garantía última de los derechos fundamentales, la Constitución rodea a la judicatura de

una serie de principios y garantías de acuerdo con el momento en el que estamos y la naturaleza de ese poder y ello porque la democracia se caracteriza por poner bajo el control de la soberanía ciudadana a todo poder. No debe haber poder incontrolado en democracia y ahora que la judicatura se está revelando como un poder cada vez con mayor peso, no podría subsistir el Estado de Derecho si no se define claramente su naturaleza, titularidad, potestades, garantías y, por tanto, límites.

El primero de los principios que deben informar su naturaleza es la independencia. Así, como se precisa en la exposición de motivos de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, frente a los propios órganos jurisdiccionales y los órganos de gobierno del Poder Judicial, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios jueces o tribunales en quienes reside el Poder Judicial (art. 117.1 de la Constitución Española) corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la ley (arts. 117.2 y 3 de la Constitución y 12 y 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Independencia en primer lugar del juez frente a sí mismo, frente a sus manías, instintos y preferencias, independencia frente a los demás poderes, instituciones y particulares todos, y el juez el primero, están obligados a respetarla con la más absoluta prohibición de interferencia en el estatuto jurídico de jueces y magistrados a cualquiera de los otros poderes del Estado, de tal suerte que a la clásica garantía —constitucionalmente reconocida— de inamovilidad se añade una, en virtud de la cual se excluye toda competencia de los demás poderes sobre la aplicación del estatuto orgánico de aquéllos. La carrera profesional de jueces y magistrados debe estar plena y reglamentadamente gobernada por la norma o dependerá, con exclusividad absoluta, de las relaciones que en el ámbito discrecional estatutariamente delimitado adopte el Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La importancia que la independencia judicial como garantía de imparcialidad, que no neutralidad, tiene en nuestro ordenamiento se complementa con el carácter de totalidad con que la ley dota a la potestad jurisdiccional. Los tribunales controlan sin excepciones la potestad reglamentaria y la actividad administrativa, con lo que ninguna actuación quedará sustraída a la fiscalización de un poder independiente y sometido exclusivamente al imperio de la ley y con unidad de jurisdicción.

Por tanto, esta independencia absoluta se extiende también frente a las actuaciones del Defensor del Pueblo que debe respetar la competencia exclusiva de los jueces y magistrados para juzgar y ejecutar lo juzgado y garantía última de los derechos fundamentales. Nadie, como hemos dicho, puede inmiscuirse en su potestad jurisdiccional que les corresponde exclusivamente y a cambio de esa independencia y libertad los jueces responden de los efectos y resultados que produzcan el ejercicio de su potestad jurisdiccional que necesariamente debe ser exclusiva.

No obstante, y para cumplir con este principio de independencia es conveniente distinguir la función jurisdiccional, es decir, la estricta función de administrar justicia, del funcionamiento material de la Administración de Justicia en cuanto servicio público. Como se puede ver, vamos adentrándonos en el tema crucial de la ponencia, al diferenciar el órgano de la función que desarrolla y de los titulares a los que corresponde esta función.

El Defensor del Pueblo, por tanto, no puede interferir en la potestad jurisdiccional pero sí puede y debe intervenir en el control y supervisión de la Administración de Justicia para garantizar incluso la independencia y eficacia que la propia Constitución reclama a este poder.

Pues bien, la relación fluida entre el Defensor del Pueblo y el Poder Judicial queda probada como se ha dicho en los informes anuales y en las Memorias de la Fiscalía y del Consejo General del Poder Judicial, que reflejan la comunicación directa, abierta desde años anteriores puede considerarse como una actividad consolidada que permite abordar desde perspectivas más amplias las cuestiones relacionadas con la Justicia que fundamentalmente afecta, si nos atenemos a las quejas que recibe la institución, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, derecho que como es sabido es muy amplio de contenido al englobar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva propiamente dicho.

Otras cuestiones que recibimos relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva son determinadas actuaciones de los Colegios Profesionales de Abogados, Procuradores, Notarios y Registradores de la Propiedad o bien con la reconstrucción de sumarios y piezas de convicción extraviadas, errores en la tramitación de determinados procesos, ejecución de sentencias, cancelación de órdenes de busca y captura, designación de abogados de oficio o indemnizaciones a los testigos, etc., y resulta conveniente señalar que en los diez años que lleva funcionando la institución del Defensor del Pueblo hemos constatado y mínimamente contribuido a

que el dinero público destinado a la justicia se haya multiplicado por seis, se haya diseñado una planta y demarcación más acorde con la nueva realidad demográfica, creándose centenares de nuevos juzgados, y se haya modernizado el funcionamiento de las oficinas. El número de jueces ha aumentado de tal forma que la relación juez por habitante soporta en la actualidad cualquier comparación con los índices europeos, es decir, en general se dan las condiciones materiales para que este poder pueda cumplir con sus cometidos.

No obstante, de las quejas recibidas y la experiencia acumulada en su tramitación, si tuviera que señalar los elementos que considero mejorables para aumentar la eficacia de la Justicia en general diría que es conveniente continuar por el camino de adecuación de las leyes procesales a la rapidez y complejidad de los asuntos, simplificándolas para eliminar oscuridades que pueden alejar al ciudadano de los tribunales, evitando decir las cosas de esa manera frecuente en el mundo jurídico lleno de oscuridades y pretensiones que esconden mercancías de poco valor, superando el espíritu de pesadez y la falta de imaginación, preocupándose más por lo que quieren saber que de los que saben, simplificando la toma de decisiones y evitando la complejidad burocrática, ampliando la oralidad en toda clase de procedimientos porque la justicia, para serlo, debe ser ágil y los juicios realmente rápidos, adecuando la responsabilidad de jueces y magistrados a tenor del contenido que va asumiendo este poder, dado que en la actualidad todavía la acción disciplinaria prevista normativamente para exigir la responsabilidad es lenta.

Si, como hemos comentado antes, uno de los caracteres que definen al Poder Judicial hoy en día es junto a su independencia el aumento de su ámbito de libertad de actuación, que resulta, como estamos viendo, imprescindible para destapar la ilegalidad, consecuentemente tiene que aumentar proporcionalmente su responsabilidad y los medios e instrumentos para exigirla, impulsando, por tanto, la potestad disciplinaria de los órganos de gobierno del Poder Judicial. Y estas reformas cada día más necesarias, deben ser un objetivo insoslayable para que la justicia sea el servicio público eficiente que exige una sociedad democrática avanzada.

Sin embargo, me gustaría terminar esta intervención con una serie de reflexiones sobre la función del Poder Judicial no sólo en mi país, sino en todo Estado de Derecho, en todo Estado democrático.

La cuestión es si estas reformas que he mencionado y que, por otra parte, en mi país se están estudiando y aplicando van a resultar suficientes para que la judicatura afronte los conflictos y problemas de un mundo

en proceso de transformaciones tan rápidas, complejas y profundas. Transformaciones que exigen más que nunca que la judicatura cumpla una función de adecuación del Derecho a estas nuevas circunstancias.

Como se repite constantemente, el Estado y la sociedad están cambiando. Nos encontramos ante un orden mundial dividido en donde impera la incertidumbre, con retos muy distintos a la carrera de armamento, la guerra fría o el enfrentamiento Este-Oeste. Sin oriente que nos oriente. Hemos resuelto unos conflictos, pero no hemos encontrado el bálsamo milagroso que evite los nuevos. Ya no sabemos casi nada con certeza.

Los protagonistas de la historia son cada vez en mayor medida los mercados, los diferentes mercados de sectores, productos y procesos que luchan dentro y fuera del Estado con una cobertura mundial. La economía se ha abierto a la libre circulación de capitales, produciéndose por decisiones ajenas a los gobiernos, movimientos que pueden alterar sus prioridades y un solo hombre puede cuestionar la política monetaria de un Estado o de varios y hacer en consecuencia más pobres a millones de personas.

Hoy el verdadero Estado está compuesto por los sectores claves: microelectrónica, biotecnología, nuevos materiales, telecomunicaciones, aviación civil, robótica, ordenadores y *software*. Para cada uno de estos mercados hay una lucha cotidiana, menos cruenta y más sofisticada que las tradicionales, pero no menos cruel y contundente.

En un mundo donde la comunicación es instantánea y los intercambios de la fuerza del mercado tan rápidos y ocultos. En un sistema donde la desaparición de las distancias provoca migraciones al fluir las personas como si fueran productos. En un proceso de interrelación planetaria que está sustituyendo el principio de soberanía por el de supremacía y cuestionando consecuentemente el de no intervención. En un mundo que se interrelaciona y en donde los Estados se empequeñecen porque no pueden hacer mucho por sí solos y no les queda más alternativa que trabajar en grupo para afrontar los retos a los que se enfrentan que son demasiado grandes, demasiados mundiales para un solo país. En un mundo así adquiere mayor importancia la creación de nuevas garantías y la adecuación de los tradicionales mecanismos no sólo para asegurar el cumplimiento de las decisiones, sino para adecuar los instrumentos jurídicos tradicionales a la realización de los nuevos y tradicionales derechos fundamentales que surgen para limitar los nuevos y viejos abusos. Es necesario un cambio que dote a nuestros textos jurídicos y a sus aplicaciones de mayor flexibilidad, de mayor capacidad de adaptación a los actuales hechos

y valores. Para superar la incertidumbre tenemos que actualizar la democracia, descubrir el Estado democrático de Derecho.

Pero además el racismo, el paro, el terrorismo, el crimen organizado, la reactivación económica, la lluvia ácida, el efecto invernadero, la destrucción de la capa de ozono, la deforestación, el avance de los desiertos, los derechos colectivos de las minorías, la discriminación, la desprotección de los menores o la pobreza, no pueden afrontarse como los instrumentos jurídicos y políticos tradicionales y, por otra parte, no resulta eficaz ni necesario cambiar todo el ordenamiento para adaptarlo a las nuevas exigencias. Hay que buscar fórmulas que permitan flexibilizar y adaptar la aplicación de las normas a los nuevos hechos sin tener que someter siempre al Parlamento a una tarea de producir, ante el menor cambio, nuevas leyes, dado que estos problemas no se solucionan descolgando el teléfono y llamando a la autoridad competente.

Por ello es necesario y urgente prohibir menos y promover más adaptaciones, concreciones e interpretaciones de los derechos y garantías que controlen estas nuevas amenazas o las nuevas dimensiones con que se manifiestan las tradicionales. Las realidades actuales exigen nuevos derechos, nuevas interpretaciones y garantías (sin sustituir ninguna si no es por otra mejor), contribuyendo con mayor eficacia, por ejemplo, a que la democracia que conocemos sea mejor cuando para un tercio de la humanidad no siga siendo un infierno para el resto.

«El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico sino político» (N. Bobbio) y la política tiene sentido si inventa nuevas perspectivas. La actual desconfianza de los ciudadanos frente a las instituciones exige, por ejemplo, definir las formas de representación y participación democrática, definir el bienestar, el trabajo y enraizar la solidaridad. En definitiva, descubrir el Estado democrático de Derecho.

Pues bien, no sé si el Poder Judicial se está preparando suficientemente para afrontar estos hechos y seguir asumiendo eficazmente la función de garantía última de los derechos que, por otra parte, cada vez son más humanos. Los poderes, para seguir protegiendo la libertad, la igualdad y la solidaridad deben avanzar superando las deficiencias pero asumiendo como irrenunciables las conquistas en un proceso que necesariamente permanecerá siempre abierto.

La gran pregunta es, por tanto, cómo debe ser el Poder Judicial y, en general, el propio Estado de Derecho para garantizar la realización más efectiva de los derechos que hemos consensuado como fundamentales, dado que las garantías actuales, en cierta medida, se están alejando de

la realidad, se están gastando y en parte superponiendo y un mayor número de garantías no garantiza más al Estado de Derecho. Uno no puede vivir en eterna asamblea.

Sin duda y como siempre, nuestro principal enemigo es el escepticismo o conformismo, es decir, la creencia de que no hay remedios, que no se puede cambiar nada, porque los hay, aunque parciales y temporales. Vivir en discordia siempre ha sido la regla de los mortales.

EL OMBUDSMAN O DEFENSOR DEL PUEBLO

Luis Enrique Chase Plate

Catedrático de Derecho Administrativo
y Derecho Constitucional de la Universidad Nacional
de Asunción

1. *Rol del Defensor del Pueblo.* La Defensoría del Pueblo es un órgano de control de la Administración, incorporado por la Constitución Paraguaya de 1992, que no se superpone con los sistemas tradicionales, sino que los complementa. El Defensor del Pueblo es un funcionario denominado «*comisionado parlamentario*», cuyas funciones esenciales son: la defensa de los derechos humanos frente a la Administración. La Constitución le asigna la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios.

2. *Origen de la nueva figura constitucional.* Su origen más inmediato se halla en Suecia, país en el que fue creado en el año 1809, como representante del Parlamento, con la misión de velar por el cumplimiento de las leyes. La Constitución de Suecia de 1809 dio el paso del cambio de un régimen autoritario a una monarquía parlamentaria. De allí, en más, se expandió a todos los países democráticos.

3. *Materia de estudio en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción.* Precisamente, la difusión de esta institución, hace unos años, totalmente ignorada, en el Paraguay ha partido de la Universidad. Es materia del Programa de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Se organizaron seminarios, conferencias y debates en la Facultad de Derecho, con la visita de conocidos catedráticos europeos y americanos, del Defensor del Pueblo de España

y el Ombudsman de Suecia, a más de otros Defensores de provincias argentinas.

4. *El Defensor del Pueblo en un sistema totalitario.* El Defensor del Pueblo es un signo de identidad democrática, y sólo es posible su funcionamiento en un sistema democrático y bajo un Estado de Derecho. En un régimen totalitario o en cada dictadura su función es ineficaz.

5. *Modo de ejercer sus funciones.* El Defensor del Pueblo debe estar accesible y al alcance del ciudadano común, que generalmente está imposibilitado para obtener justicia por medio del Poder Judicial, cuando es lesionado en algún derecho por la Administración, sea por el efecto de una actuación pasiva o activa. Se trata de un comisionado parlamentario designado por el Congreso, para ejercer el control de los actos del Poder Ejecutivo y sus órganos, por razones que pueden ser no sólo de legalidad, sino principalmente para actos o decisiones administrativas arbitrarias, defectuosas, inoportunas, negligentes, que causen perjuicio al particular o a la sociedad. El ordenamiento constitucional establece como protección frente al Estado el sistema tradicional de control: los Tribunales. En principio, cualquier acto de autoridad puede ser revisado por el Tribunal Contencioso-Administrativo (Tribunal de Cuentas) o, en su caso, la Corte Suprema de Justicia, para restablecer el orden jurídico quebrantado o resarcir los perjuicios que puede causar la autoridad, aun cuando provenga de actos lícitos. Además debe mencionarse las garantías constitucionales, para hacer efectivo los derechos consagrados por la Constitución: la inconstitucionalidad, el *habeas corpus*, el amparo y el *habeas data*. Lo que ocurre es que un litigio judicial trae como consecuencia dos hechos fundamentales: costo y tiempo. El ciudadano sabe cuando entra en los tribunales, pero no cuándo sale.

6. *No puede anular ni revocar una decisión judicial o una administrativa.* El Defensor del Pueblo —expresa la Constitución— en ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva. Esto significa que no es un órgano judicial, ni ejecutivo, tampoco es un órgano legislativo, en el sentido de que no puede resolver las controversias entre los particulares y el Estado, ni dictar normas jurídicas, y no tiene potestades legislativas, ni sancionatorias. El Parlamento le deberá respaldar, a los efectos de rectificar las irregularidades o incorrecciones de la Administración Pública, centralizada y descentralizada, y las Municipalidades.

7. *El perfil del Defensor del Pueblo.* Es necesario que el hombre que ejercerá tan delicada y alta función tenga un vasto conocimiento del Derecho público, y condiciones intelectuales elevadas, y honestidad. El primer Defensor del Pueblo de la República del Paraguay debe ser

un hombre versado en el Derecho de la Administración, pues tendrá que intervenir en los conflictos, que se suscitan a diario, entre el administrado y toda la Administración Pública, centralizada y descentralizada, incluso las Municipalidades. Se deberá incluir también a las empresas privadas, cuando prestan algún servicio público, sea éste por el sistema de concesión o del servicio privado reglamentado. Para enfrentar a la burocracia, diagnosticar e investigar los actos administrativos que causen la lesión o un perjuicio al ciudadano, el Defensor del Pueblo deberá reunir requisitos elementales de idoneidad para el cargo. Sobre todo, en esta primera etapa de prueba de la novel institución; de lo contrario, lamentablemente, se corre el grave riesgo de ver en el futuro el fracaso de la institución, por la falta de suficiente y reconocida idoneidad de quien ejerce el cargo. El Defensor del Pueblo será, en la práctica, como un médico clínico, que deberá diagnosticar al paciente —el administrado— el mal que le aqueja, y si ese mal es curable o incurable.

8. *La protección del ciudadano.* En la relación entre el Estado y el ciudadano, entre el Poder y el hombre común, no hay dudas de que la parte más débil es la de este último. La burocracia ha invadido la Administración, la ha deshumanizado. Nada peor ni más cercano a la corrupción que la burocracia. Es el enemigo del ciudadano, llega a veces a ser su tormento; podemos apreciar en las largas filas para presentar una petición o para pagar un impuesto; para obtener el reconocimiento de un derecho o simplemente para hablar con un alto funcionario se requiere de trámites interminables o de antesalas odiosas. Cada día puede observarse que el Estado, con más inensidad, sea cuando actúa como empresa pública, policía o recaudador de tributos, golpea el bolsillo del ciudadano, del contribuyente, del usuario o beneficiario de los servicios públicos. El Defensor del Pueblo deberá ser un mediador entre el Estado y el particular, en las múltiples desviaciones y abusos de poder, en los que resulta imposible recurrir a los Tribunales, porque las materias de que se trata constituyen «minucias» para los órganos del Estado, pero «todo un mundo» para el particular. Por ejemplo: el usuario de un servicio público, como la energía eléctrica, el agua potable o las comunicaciones telefónicas (sin o con cable) no va al tribunal para protestar por las facturas abultadas. Ante la indiferencia de las autoridades pertinentes por resolver sus reclamos, podrá presentar una queja al Defensor del Pueblo, el que deberá iniciar una investigación inmediata, y como resultado de ella, sugerir a la Administración pertinente o a las Cámaras del Congreso la modificación de las situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

9. *Naturaleza de la función.* La Constitución crea un Defensor del Pueblo como órgano unipersonal, como alto comisionado del Congreso

en el orden nacional. Esto no significa que va a actuar solo, porque sería imposible que así fuera. Es necesario que sea auxiliado por uno o dos Adjuntos, en los que podrá desconcentrar sus funciones, y que le sustituirán por su orden en el ejercicio de las mismas en supuestos de imposibilidad temporal y en los de cese. Deberá contar con una oficina y los funcionarios idóneos para desempeñar sus tareas, para el control de los diferentes campos de acción del Poder Administrador.

10. *Defensor nacional y Defensores sectoriales.* La Constitución es clara al respecto: establece un Defensor del Pueblo, como comisionado parlamentario, para todo el ámbito nacional, sin que ello signifique que no puedan crearse en el futuro, conforme a la experiencia, algunos Defensores sectoriales. Por ejemplo, el Defensor Vecinal de la Municipalidad de Asunción, creado por Ordenanza municipal JM número 65/91, de 23 de agosto de 1991.

11. *No constituye un cuerpo colegiado.* Como menciono más adelante, el artículo 276 de la Constitución crea un órgano unipersonal y no uno colegiado. La función del Defensor del Pueblo deberá ejercerla una sola persona que reúna los mismos requisitos exigidos para los diputados. De lo contrario se estaría violando el fin de la norma constitucional y la naturaleza jurídica de la función.

12. *Diferentes clases de Defensores.* Se trata de figuras y funciones diferentes. La Constitución ha adoptado el sistema del Ombudsman o Defensor del Pueblo parlamentario. En algunos países existen Ombudsman especializados con otras misiones; órganos que persiguen objetivos específicos. Por ejemplo, para la protección de los consumidores, para la libertad de prensa, para la igualdad entre los sexos, contra la discriminación étnica, de la libre competencia, inclusive para el control de las fuerzas armadas. Estos Defensores sectoriales tienen un ámbito de competencia específica, a diferencia de la figura constitucional de orden nacional para un Estado unitario.

13. *Regulación de las funciones.* La Constitución crea la figura y prescribe su misión fundamental, pero será la Ley la que establezca los deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo. La Ley debe establecer las prerrogativas e incompatibilidades, los Adjuntos, el procedimiento y el ámbito de competencia de este alto funcionario. También el procedimiento de las quejas, la forma de las resoluciones y recomendaciones y otros aspectos para el mejor desempeño del cargo.

14. *Forma de designación.* El artículo 277 de la Constitución prescribe que el Defensor del Pueblo es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado, y

dura cinco años en sus funciones, coincidente con el período del Congreso. El Senado ha utilizado la forma de convocatoria para presentación de *curriculum* a los interesados en ocupar el cargo de Defensor del Pueblo. La forma es errada y hasta peligrosa; los más idóneos se resisten y existe un rechazo general de esta forma por los más capaces. Hay un manoseo impresionante. Al final se resuelve la designación por un pacto o componenda política, dejándose de lado los méritos y aptitudes de los candidatos. El órgano selector debería invitar o, en su caso, ir a ofrecer en sus casas a los hombres más idóneos para la función que se quiere proveer. Todos saben quién es quién en el Paraguay.

15. *El éxito o el fracaso.* El éxito o el fracaso del nuevo órgano en alguna medida estará irremediablemente ligado al hombre a quien se confíe la función de Defensor del Pueblo. Las dificultades de su futura actuación están dadas por la complejidad, cada vez mayor, de la Administración. Los derechos humanos, cuyo contenido no difiere de los tradicionalmente llamados derechos de la personalidad o derechos individuales, deben ser protegidos por el Defensor del Pueblo frente a los abusos del Poder Ejecutivo. El Parlamento y el Poder Judicial escapan de su control. Para que los derechos humanos tengan vigencia y eficacia y no sean nada más que declaraciones líricas habrá que transferirlos a todo el ordenamiento jurídico de la nación. Mientras ello no ocurra, los enunciados pueden ser letra muerta; esto nos lleva a la conclusión de que sin un buen orden constitucional no habrá un orden en la Administración. El Defensor del Pueblo más que un defensor de las garantías individuales y políticas, que para eso están los Tribunales, deberá ser un protector de los derechos personales del administrado, del contribuyente, del usuario de los servicios públicos. Están en juego la liberación de la opresión de los entes públicos y de las empresas privadas que exploten servicios públicos, la propiedad, la seguridad y el derecho al bienestar y la dignidad del ciudadano.

EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA

Ricardo Combellas

Presidente de la Comisión Presidencial
para la Reforma del Estado (COPRE)

En Venezuela está planteada, por lo menos desde el año 1989, una reforma constitucional. La discusión en el Congreso se inició a partir de dicha fecha con la creación de la Comisión Bicameral que presidió el doctor Rafael Caldera, actual Presidente de la República, para ese entonces Senador Vitalicio. Dicha Comisión presentó su informe al Congreso el 20 de marzo de 1992. A tenor del procedimiento establecido por la carta fundamental, el informe fue considerado por la Cámara de los Diputados, que en definitiva aprobó su informe final el 28 de julio. Elevado dicho informe al Senado, éste lo aprobó en primera discusión el 3 de septiembre del año mencionado de 1992. Lamentablemente la reforma constitucional no prosperó, dada la ausencia de una voluntad política decidida, ni en esta legislatura, ni en la legislatura correspondiente al período constitucional que se inició en el año 1992 y que concluye a principios del año 1993, una vez elegido en diciembre el Presidente de la República, así como los Diputados y Senadores al Congreso.

En las tres propuestas consideradas cristalizó un consenso en torno a la necesidad de crear la institución del Defensor del Pueblo como institución independiente y autónoma respecto al Fiscal General de la República. Me explico: el constituyente de 1961 estableció, dentro de las atribuciones del Ministerio Público, bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General, el velar por el respeto de los derechos y garantías cons-

titucionales. No obstante, las atribuciones específicas del Ministerio Público han impedido un desarrollo autónomo y concluyente de sus funciones como Ombudsman, en virtud de lo cual el movimiento a favor de la creación de una institución especializada no ha dejado de crecer en el país.

El argumento fundamental reside en que el Ombudsman en América Latina es un defensor y un promotor de los derechos de las personas humanas, mientras que el Fiscal es primordialmente un acusador, cuyas tareas se multiplican, por lo menos en Venezuela, dada la reciente aprobación por parte del Congreso de la República de un nuevo Código Orgánico Procesal Penal que consagra el sistema acusatorio y el juicio oral. Las funciones de ambas instituciones son, entonces, complementarias, nunca antitéticas ni divorciadas, como lo demuestra de forma fehaciente la experiencia comparada.

No obstante, si bien la posición a favor de la creación del Ombudsman en Venezuela es abrumadoramente mayoritaria, algunas personalidades insisten en que se debe mantener la actual disposición constitucional y, por tanto, rechazan la creación de la nueva figura. Entre ellas se encuentra el Fiscal General en funciones. Pensamos que con la aprobación del nuevo Código Orgánico Procesal Penal tal posición ha perdido fuerza y cada vez cuenta con menos adeptos en la sociedad venezolana.

Retomando el tema de la reforma constitucional señalaré a continuación los puntos de acuerdo, así como los matices diferenciales, tal como se han desplegado en el debate público y parlamentario de estos últimos años:

1. En lo que se refiere a la denominación encontramos dos posiciones: una a favor del Defensor del Pueblo, que recoge la tendencia predominante en América Latina, de acuerdo con el modelo establecido por la Constitución española de 1978, y la otra a favor de la denominación Defensores de los Derechos. Esta última es nuestra preferida. La hizo suya la Comisión Bicameral de Revisión Constitucional, acogiendo una proposición del destacado jurista José Guillermo Andueza. Lo que con ello la Comisión Bicameral quiso significar lo recogió admirablemente su Presidente Rafael Caldera en el homenaje que rindió al recordado constitucionalista Orlando Tovar: «La idea que nos inspiró es la que este funcionario tiene como atribución y deber: constituirse en vocero de los que no tienen voz, en gestor de los que no tienen quien los ampare, el defensor de los que no tienen quien los defienda. Éste, desde luego, en el ámbito de los derechos humanos constituye la más fundamental coraza protectora de

la persona humana, cuyo reconocimiento es uno de los aspectos más relevantes de la ciencia constitucional en la segunda mitad del siglo XX.»

2. En cuanto a su forma de elección, hay acuerdo en que sean las Cámaras del Congreso en sesión conjunta.

3. El Ombudsman debe ser venezolano, respaldado por una intachable conducta y reconocida honorabilidad.

4. El Ombudsman debe ser autónomo e independiente en el cumplimiento de sus funciones. Sólo podrá ser removido por una mayoría calificada del Congreso por falta grave en el cumplimiento de sus deberes.

5. En relación con sus atribuciones, existe consenso sobre su tarea fundamental de velar por la defensa de los derechos humanos y de supervisión de la actividad administrativa y del funcionamiento de los servicios públicos, en tanto afecten a los derechos humanos, así como en sus facultades investigativas, inquisitoriales y recomendatorias, en atención a la corrección de los actos de los funcionarios públicos que menoscaban los derechos humanos.

No obstante, el informe de la Comisión Bicameral, a diferencia de los informes posteriores del Congreso, propuso, bajo el argumento de establecer una entidad dotada de autoridad y eficacia en la defensa de los derechos humanos, una institución provista de amplios y contundentes poderes que exceden las atribuciones señaladas, como lo son: ampliar el ámbito de sus competencias a la protección de los derechos humanos afectados por personas privadas, ordenar la suspensión de actos de la Administración pública y solicitar la suspensión de sus cargos a los funcionarios públicos, cuando ello fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones.

6. Por último, la reforma constitucional estimula la creación de defensorías estatales y municipales (recuérdese que Venezuela es un Estado Federal) que en todo caso deben coordinar sus labores en el Ombudsman nacional.

La Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COFRE) ha insistido, y así lo revela su programa de acción para el quinquenio, en la creación o reforzamiento de instituciones de defensa, protección y fomento de los derechos humanos. Es así, pues los derechos de la persona humana constituyen un sello indeleble de su eminente dignidad, y dada la naturaleza, son anteriores y superiores al Estado. Por tanto, la reforma del Estado tiene como supremo fin tanto su salvaguardia como su plena realización.

Tarde o temprano, hacemos votos porque sea más temprano que tarde, para bien de la República, se impondrá el Defensor de los Derechos Humanos con la aprobación de la anhelada reforma constitucional, y así será, por encima de los intereses mezquinos y cortos de miras, pues lo que está en juego, repito, no es poca cosa: la defensa de lo más sagrado que posee el hombre, su eminente dignidad.

DEFENSOR DEL PUEBLO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Jorge Mario Quinzio Figueiredo
Presidente del Capítulo Chileno del Ombudsman

Una de las funciones esenciales de la soberanía es la llamada jurisdiccional, que atiende a la solución o prevención de situaciones contenciosas que han de producirse entre los ciudadanos o entre los ciudadanos y el Estado.

La función judicial tiene dos características:

- a) es un poder que proclama auténtica y definitivamente el Derecho;
- b) lo impone con toda la fuerza y eficacia de la autoridad soberana.

Los intereses más preciados dentro de una democracia: la paz, el orden, la vida, la honra y la hacienda, están encomendados a la protección del Poder Judicial.

La naturaleza misma del Poder Judicial, sus características y su ubicación en el sistema constitucional han sido siempre cuestiones debatidas.

La justicia es una necesidad social más que política, entendiéndose por social la convivencia armónica y pacífica del reinado de la justicia.

Como función esencial del Estado, la de la justicia ha sido correlativa a la de gobierno y subsumida en ella.

En efecto, antes de la aplicación del principio de separación de los poderes, en los regímenes de centralización política lo que podía llamarse Constitución (conjunto de cartas, decisiones de las cortes, etc.) de las

monarquías y de las repúblicas era el entronque de la política y la función judicial.

Los funcionarios reales ejercían el poder de policía gubernativa juntamente con la función judicial en nombre de la autoridad central. Perduró este sistema en Inglaterra.

En Inglaterra, en el siglo XIII, los Tribunales principales eran el *King's Bench*, *Common Pless* y *Exchequer*. Todos ellos aplicaban el Derecho común en su jurisdicción siempre creciente. Los demás Tribunales eran locales o jurisdiccionales especiales, como los eclesiásticos y los Tribunales de los lores. Además de ellos, el Canciller, que originariamente no era juez ni tribunal, estaba a la cabeza de un gran órgano de gobierno; era el Secretario de Estado real para los diversos departamentos. Toda orden real para que una persona compareciera ante un tribunal real, a fin de responder a una demanda, era redactado por la Cancillería. Frente a la preponderancia del Derecho común surgió la equidad, que precisamente aplicaba el Tribunal de la Cancillería para atemperar el rigor del *Common Law*.

Algunos Tribunales, v. gr., los locales y eclesiásticos, no formaban parte de los Tribunales de derecho, y como el rey se reservaba el derecho de hacer justicia, los que no la lograban en los Tribunales ordinarios podían pedirla al rey y su consejo con probabilidades de éxito. El Tribunal del Canciller (*Chancer y Division*) terminó por la Ley de Judicatura de 1875.

El espíritu de este sistema influyó en las colonias que, al independizarse y darse una Constitución, como en los Estados Unidos, crearon un Poder Judicial que indirectamente gobierna.

El principio de separación de los poderes en la concepción de Montesquieu contiene la idea fundamental de asegurar la libertad personal y el derecho de los súbditos con la separación de la función judicial respecto de los poderes políticos, o sea el que establece la ley legislativa y que la ejecuta, el ejecutivo.

Este principio es el que domina en las Constituciones actuales, elevándose la función oficial a la categoría de Poder Público.

Necesario es establecer que, en la práctica, no existe una separación de poderes, sino una división de funciones y correlación entre ellos. El objetivo primordial del Poder Judicial es de aplicar las leyes, juzgar las diferencias de los particulares y castigar los delitos que se cometen contra los individuos o contra el Estado.

El artículo 73, inciso primero, de la Constitución expresa: «La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales sobre causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.»

La justicia, centro de la regulación constitucional, es con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Cuando la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, se está refiriendo a la totalidad de los derechos posibles.

La misión esencial de la jurisdicción consiste en ser garantía última efectiva de los derechos fundamentales.

El *Ministerio Público*, sin duda, es un factor relevante para el perfeccionamiento del proceso penal, es un órgano promotor de la acción de la justicia. Sus funciones, que son beneficiosas, se refieren a la defensa de los intereses de la sociedad en asuntos exclusivamente judiciales en que la ley requiere su intervención; a requerir de los Tribunales el ejercicio del derecho a penar que compete al Estado conforme las reglas del debido proceso; en velar por la protección de los derechos fundamentales de las personas inculpadas, procesadas o condenadas.

En general el Ministerio Público promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de parte.

EL DEFENSOR DEL PUEBLO (OMBUDSMAN)

Ante todo, es el instrumento más necesario para que el Estado de Derecho sea una realidad plena. Está encargado de controlar la estabilidad estatal y en particular la administrativa, mediante mecanismos y procedimientos fiscalizadores que eviten los abusos de poder estatal, que permitan al Estado realizar sus funciones de bien común sin menoscabo de los derechos y garantías individuales.

Es de tal importancia la figura del Defensor del Pueblo que como lo expresó en una oportunidad el destacado jurista y académico español

que fue el primer Defensor del Pueblo de España, doctor Joaquín Ruiz-Giménez: «es un instrumento al servicio de la construcción de una sociedad civil; donde los valores superiores de nuestro ordenamiento, los valores de libertad, igualdad y justicia, es decir, los valores que definen a una sociedad democrática avanzada, alcancen el máximo grado de efectividad posible».

Ni el Ministerio Público suple las funciones del Defensor del Pueblo, ni éste las de aquél. Ambas instituciones son útiles y necesarias, se complementan.

No puede hablarse de rivalidad, sino de cooperación y colaboración, por los cauces e instituciones que en cada momento sean más idóneos en la defensa de los derechos fundamentales del ser humano.

FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Fuera de duda está que nadie puede inmiscuirse en la potestad jurisdiccional, que es de exclusividad del Poder Judicial. La jurisdicción es una potestad que deriva de la soberanía del Estado, y por ende un Estado sólo tiene una jurisdicción.

Potestad y función jurisdiccional son conceptos complementarios y no implican una misma cosa. El órgano es jurisdiccional porque posee la potestad de la jurisdicción y función jurisdiccional es la que desarrolla el órgano que ya posee jurisdicción.

INDEPENDENCIA JUDICIAL

La independencia es condicionante de la propia existencia del Poder Judicial y ella garantiza la libertad de criterio en la actuación de la potestad jurisdiccional y, por ende, en la realización del derecho.

La independencia está consagrada en los artículos 7.º y 73 de la Constitución.

Artículo 7.º:

«Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.»

«Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o

derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes.»

«Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.»

Artículo 73:

«La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas, de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer vivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.»

Estos preceptos de la Constitución están repetidos y ampliados en los artículos 1.º, 4.º y 12 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 222 del Código Penal.

Sin embargo, sin lesionar la independencia del Poder Judicial, existen ciertos contactos tanto con el Poder Ejecutivo como con el Poder Legislativo.

Así, de acuerdo con los artículos 32, núm. 14 y 75 de la Constitución, el Presidente de la República interviene en el nombramiento de los miembros del Poder Judicial.

Conforme al artículo 32, núm. 15, el Jefe del Estado vela por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial.

El Presidente de la República puede conceder indultos particulares (art. 32, núm. 16).

El Poder Legislativo tiene ciertas atribuciones judiciales:

- a) El juicio político (art. 48, núm. 2, y art. 49, núm. 1).
- b) Conceder indultos generales y amnistía (art. 60, núm. 16).

- c) El fuero civil de los Ministerios de Estado (art. 49, núm. 2).
- d) Rehabilitar a la persona que ha perdido su calidad de ciudadano por haber sido condenado a pena aflictiva (art. 49, núm. 4).

El Defensor del Pueblo respeta y reconoce la competencia exclusiva de la jurisdicción, encarnada en el juez, para juzgar y ejecutar lo juzgado, así como su independencia en el reto de juzgar.

En cuanto a las relaciones del Defensor del Pueblo con la Administración de Justicia deben distinguirse dos aspectos:

- a) la estricta función de administrar justicia, que pertenece exclusivamente al Poder Judicial, y
- b) el funcionamiento material de la Administración de Justicia, en cuanto servicio público.

En el primer aspecto el Defensor del Pueblo no puede ni debe intervenir.

En el segundo aspecto, no sólo puede sino que debe intervenir como defensor de los derechos fundamentales.

HASTA DÓNDE Y POR QUÉ CAUSAS PUEDE EL DEFENSOR DEL PUEBLO INTERVENIR EN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este plano creemos que el Defensor del Pueblo debería tener competencia cuando los jueces dilatan las causas y resoluciones de los procesos de que conocen. Siendo así legítimo que el perjudicado por un injustificado retraso en la obtención de la tutela efectiva de un juez, en el ejercicio de un derecho e interés legítimo, acuda al Defensor del Pueblo en demanda de protección, quien pondrá de inmediato en conocimiento, ya sea directamente a la Corte Suprema o al Fiscal del Ministerio Público, las conductas o hechos presumiblemente delictivos de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de sus funciones.

El Defensor del Pueblo debería tener legitimación procesal, o sea estar legitimado para interponer recursos de inconstitucionalidad, sea ante el Tribunal Constitucional o ante la Corte Suprema, y las acciones o recursos de amparo y protección ante los Tribunales.

EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO COMPARADO

1. Suecia

Suecia en sus normas constitucionales permite que el Ombudsman asista a las deliberaciones de Tribunales y éstos deberán ayudar al Ombudsman facilitándole los datos o informes que necesite.

Se recoge en una Instrucción para los Ombudsman el especial deber que les incumbe de asegurarse de que los Tribunales de Justicia observen las disposiciones de la legislación y normativa administrativa referentes a la imparcialidad.

2. Finlandia

La Ley constitucional de Finlandia permite al Ombudsman el mismo derecho que al Canciller de Justicia de asistir a las reuniones de los Tribunales y tener acceso a las actas de los mismos.

El Reglamento de servicio del Ombudsman le autoriza a supervisar la observancia de las leyes, decretos y regulaciones oficiales por parte de los jueces y tiene derecho a estar presente en las reuniones de los Tribunales y tener acceso a sus archivos.

3. Dinamarca

La Constitución de Dinamarca excluye de la competencia del Ombudsman la actividad de jueces y Tribunales.

4. Noruega

La Ley sobre el Ombudsman para la Administración exceptúa de su ámbito de control las actividades de los Tribunales.

5. Francia

La Ley por la que se instituye el Mediador le impide intervenir en un procedimiento iniciado ante un Tribunal, ni cuestionar la fundamen-

tación de una decisión jurisdiccional, pero tiene la facultad de dirigir recomendaciones al organismo afectado.

Puede, además, en caso de inexecución de una resolución judicial dictada con fuerza de cosa juzgada, ordenar al organismo correspondiente que la cumpla en el plazo que señale. Si su orden no surtiera efecto, la indicada inexecución será objeto de un informe especial.

6. Portugal

Están excluidos del control del Provedor de Justicia los órganos jurisdiccionales.

Son, pues, varios los criterios que se siguen en los países expresados sobre la intervención del Defensor del Pueblo en la Administración de Justicia. Desde una permisión total que incluso alcanza hasta la asistencia a las deliberaciones de los Tribunales, como sucede en Suecia y Finlandia, hasta la expresa exclusión.

7. Argentina

El Defensor tiene legitimación procesal, es decir, que está facultado para presentarse en sede administrativa o judicial.

8. Costa Rica

La Ley del Defensor de los Habitantes de la República establece que «sin perjuicio de las potestades constitucionales y legales de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, el Defensor de los Habitantes de la República puede iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público».

Además, «por iniciativa propia o a solicitud del interesado, podrá interponer cualquier tipo de acciones jurisdiccionales o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico».

9. México

La Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (que establece un sistema no jurisdiccional de protección a los derechos humanos bajo

la modalidad del Ombudsman) determina que «sólo podrán admitirse o conocerse quejas o inconformidades contra actos u omisiones de autoridades judiciales, salvo las de carácter federal, cuando dichos actos u omisiones tengan carácter administrativo. La Comisión Nacional por ningún motivo podrá examinar cuestiones jurisdiccionales de fondo».

10. El Salvador

La Constitución Política de El Salvador permite al Defensor, denominado Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, «promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los derechos humanos».

Por su parte la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos contempla dentro de sus atribuciones las de «velar por el respeto de las garantías del debido proceso y evitar la incomunicación de los detenidos».

11. Colombia

Según la norma constitucional, el Defensor del Pueblo puede «invocar el derecho de *Habeas Corpus* e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados».

Puede, además, la Defensoría, en conformidad a la ley respectiva, «prestar en favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentren en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública».

También coordina la interposición de la acción de tutela, del derecho de *Habeas Corpus*, de las acciones populares y de la acción pública de inconstitucionalidad en los términos establecidos en la ley cuando sean procedentes.

CONCLUSIONES

La defensa de los derechos fundamentales incumbe al Estado a través de sus Poderes, y muy especialmente, al Poder Judicial, al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo.

Esta misión tutelar debe ser compartida en perfecta armonía. Deben colaborar y no rivalizar para la mejor defensa de los derechos fundamentales.

Por ningún motivo y bajo ningún concepto nadie puede ni debe inmiscuirse en la potestad jurisdiccional, que es de carácter exclusivo del Poder Judicial.

Jamás puede limitarse ni condicionarse la independencia del Poder Judicial, pero no puede utilizarse el escudo de la inaccesible función jurisdiccional y la independencia del Poder Judicial para limitar, en terrenos ajenos a la estricta función jurisdiccional y que no afecta su independencia, la supervisión de la Administración de Justicia por parte del Defensor del Pueblo.

El Defensor del Pueblo respeta y reconoce la competencia exclusiva de la jurisdicción, encarnada en el Poder Judicial, para juzgar y ejecutar lo juzgado, así como su independencia en el acto de juzgar.

El Defensor del Pueblo distingue la estricta función de administrar justicia donde no puede ni debe intervenir, y el funcionamiento material de la Administración de Justicia, en cuanto servicio público, donde no sólo puede sino que debe intervenir, en el ejercicio de los derechos fundamentales del ser humano, derechos establecidos en la Constitución, en los tratados, convenciones internacionales, etc., vigentes en Chile en materia de derechos humanos.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO: LA ACCIÓN POPULAR SUMARIA COMO ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Carlos E. Arcocha

Defensor del Pueblo de la Provincia
de Santa Fe (Argentina)

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: RAÍCES CONSTITUCIONALES. PARALELO CON LA ACCIÓN DE AMPARO

El artículo 43 de la Constitución nacional (capítulo II, «Nuevos Derechos y Garantías») prescribe que «toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...*». Repárese que la norma, clara y precisa, habla de «*medio judicial*» y no de recurso administrativo, ni de agotamiento de la vía administrativa previa (requisitos específicos de la acción de amparo en la normativa de fondo y en las correspondientes prescripciones reglamentarias). El concepto (de «medio judicial») se completa y adquiere toda su virtualidad con la expresión «*más idóneo*». Podemos afirmar, sin posibilidad de equívoco, que los contribuyentes abren expresamente las compuertas del dique jurídico que contenía las aguas tormentosas de las acciones populares, las acciones de clase, las acciones de pertenencia grupal. Y no se trata de una norma aislada, sino de una cadena lógica donde se eslabonan, sucesivamente, el artículo 41 (derecho a un ambiente sano, equilibrado, desarrollo sustentable, utilización racional de los recursos naturales, preservación del patrimonio natural y cultural, de la biodiversidad) y el ar-

título 42 (derechos de los usuarios y consumidores), a los que el propio artículo 43 corona y califica como «*derechos de incidencia colectiva*». Afloran así a la superficie jurídica constitucional los «*derechos públicos subjetivos, colectivos o supraindividuales*». Derechos cuya propia naturaleza exige un procedimiento especial «*más idóneo*» aún que el propio de la acción de amparo. En síntesis, un procedimiento sumario específico y diferenciado adecuado a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

La Ley 10.000 (TO 10.915) de la Provincia de Santa Fe fue instrumento pionero (1987) en la regulación de una verdadera «*acción de protección*» (*actio popularis*) de los derechos de incidencia colectiva. Y no meritamos una mera cuestión semántica, sino un instrumento particularmente eficaz, tanto para el ciudadano común cuanto para el Ombudsman. Aquí el requisito de *periculum in mora* no opera como obstáculo a la procedencia de la acción, sino como piedra filosofal de habilitación, aunque existan «*otras vías de impugnación acordadas por leyes o reglamentos*» (art. 2.º).

En pura lógica jurídica: es irrazonable, inoficioso y antifuncional exigir al actor una previa impugnación administrativa para acceder a la instancia judicial (en la defensa de derechos colectivos) si al propio tiempo el régimen administrativo le niega legitimación para hacerlo. Se violaría así tanto el principio lógico de «*no contradicción*» cuanto la garantía constitucional del derecho a la jurisdicción. Este derecho (paralelo al control de los actos de la Administración por un poder independiente) se garantizaba, tradicionalmente, con el recurso contencioso-administrativo ante la Suprema Corte (de Santa Fe), pero únicamente para los casos fundados en «*derechos subjetivos*» o «*intereses legítimos*» de naturaleza administrativa. Las situaciones jurídicas supraindividuales (fuesen o no administrativas) quedaban a la intemperie, marginadas de toda tutela jurisdiccional. He aquí la laguna (oceánica en rigor) que pasa a cubrir la «*acción de protección*» de la Ley 10.000 (TO 10.915).

En materia de derechos colectivos no existen «*vías de impugnación*» administrativas (limitadas a los derechos subjetivos o intereses legítimos individuales). La confusión deviene de no diferenciar «*presupuestos de procedencia*» y «*requisito de admisibilidad*». Mientras que en la defensa de derechos o intereses individuales ante la Administración es lógica la exigencia de agotar previamente «*remedios ordinarios, recursos especiales y vías de impugnación acordadas por leyes o reglamentos*» (presupuestos

de procedencia), nada de ello es aplicable a los derechos colectivos. Ello porque la «*admisibilidad*» es un presupuesto para la proponibilidad de la acción, en tanto que la «*procedencia*» se refiere al acogimiento de la pretensión en la sentencia. Precisamente por ello la *acción de amparo* es *excepcional y subsidiaria* (desde el momento en que requiere el previo agotamiento de los remedios ordinarios o especiales). En cambio, la *acción de protección* (Ley 10.000) es *ordinaria y autónoma* en la protección de derechos colectivos o intereses supraindividuales.

LA JURISPRUDENCIA ANTE LOS EXCESOS RITUALES DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA

La jurisprudencia ha reconocido expresamente lo desarrollado *ut supra*:

1.º La norma general contenida en la Ley de Defensa en Juicio del Estado (Leyes 7.234 y 9.040) cede ante la específica y posterior contenida en la Ley 10.000 ¹.

2.º En sede administrativa el particular carece de vías especiales de impugnación en defensa de un interés simple o difuso ².

3.º Constituye un abuso ritual exigir al actor que sustancie el reclamo administrativo previo a la acción que intenta, máxime cuando la oposición a su pretensión de fondo aún es mantenida por la municipalidad accionada en sede judicial. Ello demuestra lo inútil de esa exigencia y el ánimo dilatorio que encierra, sin perjuicio de señalar que la vía judicial que consagra la Ley 10.000 (arts. 1.º, 2.º, 7.º y 14) apunta a resolver con urgencia situaciones críticas, facultando a los jueces a adoptar medidas perentorias, expeditivas y rápidas en salvaguardia del interés protegido ³.

4.º Una reclamación previa como la indicada en la Ley 7.234, con todo el trámite y elongamiento que, generalmente, se produce en tales requerimientos sometidos al criterio y voluntad de la Administración, no parece una vía rápida de reparación de la lesión, de donde deviene aplicable la excepción prevista en la parte final del artículo 2.º de la Ley 10.000 ⁴.

5.º La reclamación administrativa previa es un instrumento impuesto para conciliar intereses y para evitar pleitos. Si se impone al administrado la exigencia de reclamar a la Administración antes de acudir a los estrados

¹ Juzgado Civil y Comercial número 4 de Rosario, Sentencia núm. 5.524, de 8 de octubre de 1993, *in re* «García, Silvia Irene, y otros c. Municipalidad de Rosario».

² Juzgado Civil y Comercial número 3 de Rosario, Sentencia de 26 de febrero de 1988, *in re* «Capella, José Luis, c. Municipalidad de Rosario (Zeus - 48J-33 y Juris - 81-555)».

³ Juzgado Civil y Comercial número 3 de Rosario, Sentencia citada en nota 2.

⁴ Juzgado Civil y Comercial número 1 de Rosario, Sentencia núm. 11, de 11 de febrero de 1993, *in re* «Van Der Groef, Hector, c. Provincia de Santa Fe».

judiciales es para permitirle a la misma Administración reconsiderar su postura y evitar el litigio. Pero cuando —como en el *sub examine*— la entidad de Derecho público demandada contesta formulando oposición frontal a las pretensiones de la actora, desestimar la demanda para imponerle volver a una reclamación a todas luces ya inútil deviene un ritualismo de esterilidad absoluta ⁵.

6.º En lo atinente a la existencia de vías previas o paralelas, la Corte Suprema de Santa Fe, *in re* «FAE c. Gobierno de Santa Fe», señaló que la correcta interpretación de aquéllas consiste en los recursos específicos que pudieran estar previstos para los intereses de la especie que, previamente, no están. Por tal razón no queda al litigante otro recurso que el previsto por la Ley 10.000 ⁶.

EL OMBUDSMAN EN EL EJERCICIO PLENO DE LA DEFENSA DE LA CALIDAD DE VIDA

La mecánica de la «acción de protección» brinda al Ombudsman de la Provincia de Santa Fe (legitimado activo preferencial, arts. 1.º y 24 de la Ley 10.396) un instrumento privilegiado para la defensa de la calidad de vida, el ambiente, el patrimonio histórico y la defensa de usuarios y consumidores. Habilita un procedimiento sumario que se constituye en puente para salvar las dilaciones de las burocracias administrativas. Como coronación, la sentencia judicial no admite la eximente de «la obediencia debida» para el cumplimiento del mandato, sea cual fuere la jerarquía del funcionario (art. 15 de la Ley 10.000). Un antecedente y una experiencia que el interior profundo brinda como aporte a la Defensoría del Pueblo de la Nación.

⁵ Juzgado Civil y Comercial, Sala 2.ª, de Rosario, Acuerdo núm. 96, de 21 de diciembre de 1984, *in re* «Amsler Hnos. y Cía., S. A., c. Banco Provincial de Santa Fe».

⁶ Juzgado Civil y Comercial número 1 de Rosario, Sentencia núm. 35, de 16 de febrero de 1995, *in re* «Menicocci, Alejandro Aldo, c. Municipalidad de Arroyo Seco».