Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 197
AÑO LXIII
ENERO - JUNIO 1995
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EL OMBUDSMAN EN EUROPA Y AMERICA

TARCISIO OVIEDO SOTO
Prof. de Derecho Constitucional y
Administrativo
Universidad de Concepción

En un trabajo anterior hemos expuesto la situación de la institución del Ombudsman desde un punto de vista teórico y su aplicación en el país de su nacimiento, esto es en Suecia. No hemos querido dejar, por decir algo, inconclusas las explicaciones si no examinamos también su posterior evolución, traducida en la práctica, en su adopción por otras legislaciones, tanto europeas como americanas, y creemos también necesario ver las posibilidades que se pretenden ver en nuestro país para su institucionalización.

Por ello, veremos la situación del Ombudsman en las legislaciones francesa e inglesa, como exponentes de la situación europea, y en especial por las diferencias que entre ellas se aprecia; en algunos de los países americanos, como el caso venezolano, y también el proyecto que en Chile se ha propuesto para incluirlo dentro de nuestra Carta Fundamental.

LA INSTITUCION EN FRANCIA

La situación del Ombudsman en Francia hemos querido abordarla por las características muy singulares que reviste, en relación con el sistema sueco. Primero que nada, Francia es un país que siempre ha estado muy bien armado en contra de la ilegalidad en base al sistema jurisdiccional de control basado en los fallos y la jurisprudencia del Consejo de Estado que es en la práctica una Corte Suprema Administrativa Francesa. Sin embargo, al decir de muchos, el sistema de control jurisdiccional estaba decayendo por la gran cantidad de asuntos –aunque nunca por ineficacia– sino porque la actual realidad administrativa se ha hecho tan amplia que su gestión resulta insuficiente.

Por otra parte el control de tipo político no es digno en Francia –ni en ningún país, al parecer– de ninguna confianza ya que él es canalizado sobre la base de las interpelaciones parlamentarias que no atienden directamente al problema administrativo cuya solución se busca. "El diputado no cuenta con la confianza de todos los administrados de su circunscripción –dice Verrier–, sus intervenciones directas cerca de los Ministerios y servicios están sometidas a diversos imprevistos (contactos personales, relaciones, susceptibilidades de los funcionarios, etc.) y, en síntesis, para el administrado el

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

control parlamentario del funcionamiento diario de los servicios públicos no es muy seguro; es lo mínimo que se puede decir" [1].

Y en cuanto al control jurisdiccional, a que nos hemos referido, en él se nota una dificultad en la división de competencias entre las jurisdicciones civiles y administrativas, "la exigencia de abogado y procurador, lentitud en el procedimiento; dificultad en la ejecución de la decisión jurisdiccional, y en el caso de recurso por exceso de poder, pese a su amplitud de recepción, no pasa de ser utilizado por las clases más poderosas e instruidas de la población, mientras las capas más modestas y las más numerosas, por miedo o por ignorancia, rehúsan iniciar procedimientos jurisdiccionales contra la Administración" [2].

Cuando, por estas razones, se pensó en la instauración del Ombudsman en Francia, hubo reacciones diversas. El diario *Le Monde* decía: "Parece que se va a nombrar un Ombudsman en Francia, es decir un *debusquer* de dificultades, encargado en particular de suavizar las relaciones entre el usuario y el poder administrativo.

"Si está solo –agregaba– el desgraciado tendrá mucho trabajo, y esto comporta el riesgo de crear una administración más. Se necesitarán varios centenares de Ombudsman repartidos por todo el territorio" [3].

Por su parte la revista *Panglos* publicaba un trabajo de Air France y de algunos organismos educacionales en que, en parte, se decía:

1) "El roble de San Luis se correspondía a la Francia del siglo XIII y solamente a ella. De igual forma sólo los pequeños países pueden verse dotados de un Ombudsman eficaz, pues el factor de la dimensión es capital para el éxito de la empresa;

2) "Las funciones que se quieren confiar al Ombudsman están en lo esencial asumidas en Francia por organismos ya existentes;

3) "Ya existen en Francia cuerpos de inspección y control tanto para la Administración como para la Justicia, y si bien reconocen que no siempre funcionan como debieran, la cuestión estriba en que efectivamente lo hagan" [4].

Sin embargo, la situación política del momento llena de escándalos inmobiliarios en que se encontraban involucradas altas personalidades de la Administración y la proximidad de las elecciones llevaron al Gobierno a entrar precipitadamente y contra la voluntad del Senado y parte de la Asamblea Nacional, a ordenar la votación de un proyecto de ley que sería promulgado como tal el 3 de enero de 1973 y que entrara a contarse entre los países con Ombudsman o seudo-ombudsman, como dio en aquel momento a llamársele.

Por estas razones, el Mediateur es una mala copia del Ombudsman motivada por razones de política contingente y que contiene aspectos sustancialmente diferentes del original sueco.

Designación

El sistema clásico –por llamarlo de alguna manera– se caracteriza porque el Ombudsman es un delegado parlamentario con independencia de criterio que controla

[1] Verrier, Patrice. *Le Mediateur* RPD Nº 4. julio-agosto 1973. pág. 947.
[2] Mercheriakkoff, Alain Serge. *Le Mediateur: Un Ombudsman français*. pág. 256.
[3] *Le Monde*. Edición del 6 de octubre de 1972.
[4] Gil Robles y Gil Delgado. *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*. Colección de Estudios Administrativos. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 1981. pág. 160.

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la Administración. En el caso francés la situación es diametralmente opuesta: El mediador es designado por un período de seis años por *Decreto del Consejo de Ministros*, es decir por la Administración a la cual debe controlar. Y aún más, no aparecen como condiciones que sea un buen jurista ni que pertenezca o no a la Administración. Sólo existen algunas incompatibilidades para ser candidato a Consejero General y Municipal, pero nada se opone a que siga como consejero si ya lo era al ser designado Mediateur.

Competencia

Según el artículo 1° de la ley le corresponde conocer e investigar todo reclamo que se relacione con la actividad de los órganos administrativos del Estado, de las autoridades municipales, de las Corporaciones Públicas y cualquier otro cuerpo administrativo cuya función sea la de un Servicio Público. Sin embargo no podrá conocer los conflictos que se susciten entre un órgano administrativo de los que el artículo 1° señala y los funcionarios de los mismos. Tampoco podrá conocer de los asuntos de que esté conociendo un Tribunal o una Corte, ni de las decisiones judiciales.

Escapa también a su competencia el conocer de los actos o decisiones de órganos que, siendo gubernamentales, su misión no sea prestar un Servicio Público.

Acceso al Mediateur

Básicamente tienen acceso al Mediateur sólo las personas físicas individuales, según el artículo 6° de la ley. Sin embargo, posteriores interpretaciones establecieron que también podrían caber dentro de los términos del legislador las reclamaciones que, produciéndose en el ámbito colectivo o de carácter general, sin embargo afectasen individualmente al actor.

Además, la reforma del año 1976 admitió que también se consideraría como individual la reclamación presentada en nombre de una persona jurídica, si la persona física que la presenta está, ella misma, directamente interesada.

De forma, entonces, que, en términos generales, tienen acceso al Mediateur todas las personas, sean ciudadanos franceses o extranjeros, en forma directa. Sin embargo, el Mediateur francés se encuentra sumamente limitado para operar de oficio, situación que es básica en el sistema tradicional.

Poderes del Mediateur

Los poderes del Mediateur se encuentran contemplados en los artículos 9° a 14 de la ley, y son notoriamente menores que las del Ombudsman sueco. En primer lugar, carece de facultades para actuar de oficio, tampoco puede continuar una investigación ya iniciada, si el administrado quejoso retira la queja durante la tramitación. En consecuencia, sus facultades quedan reducidas a cinco puntos fundamentales: a) Poder de crítica; b) Poder de aconsejar; c) Poder de reprensión disciplinario o penal; d) Poder de publicidad, y e) Poder de sugerencia.

De ellos sólo los tres primeros corresponden a un real proceso investigatorio, y los dos últimos en realidad y en definitiva carecen de mayor relevancia. Por otra parte, en la Memoria anual es difícil encontrar los datos correspondientes a cada investigación. Así lo dicen Gil Robles y Gil Delgado cuando aseguran que "en la lectura de dicho informe anual no hemos encontrado ni un solo nombre de funcionario público responsable. Dicho informe más parece una Memoria aséptica e impersonal. Un número, el del asunto, acompaña a cada referencia de investigación, pero es de suponer que los ar-

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

chivos del Mediador y los datos correspondientes a ese número no están ni a la disposición de los ciudadanos ni de los medios informativos".

De modo que, en síntesis, el Mediateur en Francia no desarrolla una labor destacada y, al parecer, se cumplió lo anunciado por *Le Figaro*, en su referencia anterior, en orden a que sólo se iba a crear un dispositivo inoperante con el alto costo que significa la creación de un nuevo organismo público a nivel nacional.

Como lo dicen los autores citados, en la realidad francesa "se ha creado lo que el Gobierno quería: una institución enfocada más hacia su servicio que otra cosa (pese a que el Mediador, consciente de ello, lo niegue en su informe anual), sin grandes poderes y con una competencia restringida, cuando no confusa", como agrega *Rapport* "el Mediador ha encontrado relativamente pocos casos de funcionamiento criticable de nuestros servicios públicos y desde luego ninguna falta grave; esta nueva conclusión merece la pena ser señalada incluso si, como ha dicho, fuese imprudente concluir que todo marcha perfectamente en la Administración francesa, *pero lo que sí se puede decir, hace falta insistir en ello, es que si algo grave ha pasado, el Mediador no ha tenido conocimiento de ello".*

En el hecho, todo lo que ha podido observar el Mediateur de criticable en la Administración se reduce a: formalismo administrativo, mala acogida al público en los organismos públicos, silencio o pasividad, excesivo legalismo y lentitud, inejecución de resoluciones judiciales, retraso en la puesta en marcha de la normativa complementaria de algunas leyes y, en fin, el más común y que se caracteriza como falta clásica: el error [5].

Y la opinión de estos autores es lapidaria al cerrar el tratamiento del Mediateur: "El mediador quiere ser al mismo tiempo protector de los administrados, fiscalizador de la acción de las prácticas cotidianas de la Administración y auxiliar del Parlamento y del Gobierno para la mejora de la normativa. *¡¡ Todo un ejemplo a tener en cuenta por quienes de verdad piensan que no sobra ningún medio de proteger al ciudadano !!"*

EL OMBUDSMAN EN INGLATERRA

La situación de este organismo en Inglaterra es bastante extraña, si se le vincula con su homóloga sueca. De partida hubo gran oposición a su creación, la que se motivaba por el convencimiento del británico de que el ciudadano está mejor protegido que en ninguna parte, frente a los posibles abusos del poder político y del poder administrativo. Esta protección se basa en la igualdad jurídica ante la ley y ante los tribunales, de forma, que tal como sucedió en un principio con el ombudsman, había sucedido ya en relación a la posible creación de tribunales administrativos especiales, al estilo francés que cuenta al efecto con el Consejo de Estado.

Sin perjuicio de ello, la fuerza de los hechos motivó que estos tribunales administrativos fueran efectivamente creados, aunque en forma distinta del modelo francés, con competencias específicas. Siendo así a cada materia correspondía un tribunal, lo que motivó que con el tiempo su número aumentara considerablemente, de forma que se hizo necesario entrar a determinar una forma de controlar los poderes reales, tanto de la administración, como de los referidos tribunales especiales. Fruto de esta inquietud fue la creación del "Franks Committee", de cuyo informe nacería la aprobación, en 1958 del "Tribunal Inquiries Act" que debía poner orden en la materia.

[5] Gil Robles y Gil Delgado. Obr. cit. págs. 182 y 183.

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, no fue sino mucho después que –dados los escasos resultados del Tribunal anterior– se decidió constituir una nueva Comisión para que examinara "la eficacia de los medios existentes para investigar las quejas contra las decisiones o actos administrativos de los departamentos ministeriales y de otros organismos públicos, en caso de que no haya un tribunal administrativo u otro procedimiento legal para atender a las quejas y estudiar la posibilidad de introducir mejoras en tales medios, teniendo particularmente en cuenta *la institución escandinava del Ombudsman*". Producto del informe de esta Comisión –denominada "Comisión Whyatt" en razón del nombre de su Presidente– fue la creación del *Parliamentary Commissioner for Administration*.

De acuerdo con el Acta respectiva de su creación, el Comisionado es designado por la Corona a solicitud del Primer Ministro, con un salario que es imputado y pagado con cargo al Fondo Consolidado; dura en su cargo en forma indefinida y se mantiene en él mientras observe buena conducta. Sin embargo, tiene un límite de edad, cual es de sesenta y cinco años y, sin perjuicio de su inamovilidad, puede ser removido con acuerdo de ambas Cámaras: de los Comunes y de los Lores.

Tiene, eso sí, importantísimas limitaciones: en primer lugar, no puede actuar de oficio, ni puede recibir directamente los reclamos del público, sino que deben hacerse a través de algún miembro del Parlamento y el informe debe remitirse primero al Parlamento y sólo después, al interesado [6].

Por otra parte, sólo puede actuar sobre la Administración Central y sobre una lista determinada de organismos, lista que puede ser ampliada o reducida por *Orden in Council*. En consecuencia, queda al margen todo lo referente a la Administración local, ni puede intervenir sobre los Tribunales de Justicia ni sobre el funcionamiento de la Iglesia. Como dice Legrand, esto significa "limitarle al solo control de los problemas de legalidad formal" [7].

Acceso al Comisario

Como ya se ha adelantado, el Comisario no puede actuar de oficio; pero tampoco puede recibir las quejas en forma directa de la persona que se siente lesionada en sus derechos por la actividad de la administración. En efecto, basada en el informe Whyatt, la ley establece que el acceso al Comisario debe hacerse *necesariamente a través de un miembro del Parlamento*. Esto conlleva una notable dificultad porque, inhibido el particular de acercarse personalmente al Comisario, sólo tendrá cabida su acción siempre y cuando el parlamentario a quien se dirige considere oportuno o no transmitir su queja a aquél y de hecho ocurre que, según el alcance e interés político del asunto, el diputado decida actuar por su cuenta ante el Gobierno o interpele, dejando de lado la acción del Comisario.

Por otra parte para que el Comisario pueda aceptar la queja e iniciar el procedimiento deben concurrir ciertos requisitos:

a) Que haya una voluntad positiva y manifiesta tanto del recurrente como del diputado;

b) Que la queja no haya sido dirigida al diputado fuera del plazo de doce me-

[6] Hunter, A.A de C. "La Institución del Ombudsman y su posible aplicación en Gran Bretaña". *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*. Vol. IV, Nº 1. 1962. pág. 171.

[7] Legrand, A. "Le Commissaire Parlamentaire pour l'Administration Ombudsman Britannique". *Rev. Droit Pu*. Nº 2, 1969. pág. 251.

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ses, a contar desde la fecha en que el quejoso tuvo conocimiento del acto que le afecta;

c) Que no haya existido la posibilidad de interponer recursos con anterioridad.

EL OMBUDSMAN EN AMERICA

Tanto en Latinoamérica, como en América del Norte, aparecen varias fórmulas de Ombudsman, o Defensor del Pueblo, como prefiere llamársele. Entre estos países, a modo ejemplificativo, podemos citar:

1. Perú

De acuerdo con la Constitución Política del año 1979, el Ministerio Público tiene como obligación, entre otras, la de "actuar como *defensor del pueblo* ante la autoridad administrativa pública; promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos ciudadanos y los intereses públicos tutelados por la ley; velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia y *representar en juicio a la sociedad.*

2. Venezuela

Su Constitución Nacional, de 23 de enero de 1961, en su Título VI, Capítulo IV establece la Procuraduría General de la República, entre cuyas atribuciones se encuentra la Dirección de Protección Social y la Dirección de Derechos Humanos.

Y por otra parte contempla el Ministerio Público que, entre otras funciones tiene la de velar por los derechos y garantías constitucionales y por su respeto.

3. Argentina

Aun cuando se instituyó para el ámbito municipal de la ciudad de Buenos Aires con el nombre de Controlador General Comunal, el Defensor del Pueblo tiene como misión fundamental "defender los derechos e intereses de los habitantes contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores administrativos, a fin de dar satisfacción a quienes se sientan afectados por deficiencias, abusos, negligencias, demoras excesivas y otras desconsideraciones hacia el público".

CARACTERISTICAS GENERALES O COMUNES DE LA INSTITUCION

Es difícil dar características que revistan la generalidad suficiente para abarcar todas las que pueden aplicárseles en los distintos países en que la institución ha sido recogida.

Efectivamente, se trata de una institución muy sui generis, siendo en algunos países un órgano individual, y en otros colectivo, con una actuación independiente, pero siempre, esto sí, con una función primordial cual es la de proteger los derechos de los individuos que consideran haber sido víctimas de un acto injusto de la administración pública. Es por ello que trataremos, en lo posible, de ver algunas características según las distintas modalidades, y en relación con los aspectos que a continuación detallaremos:

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En cuanto a su designación

Como acabamos de advertir, se plantean diversas modalidades para la designación del Ombudsman, que van desde aquellos países en que la designación es hecha solamente por el poder legislativo, hasta aquellos en que ella corresponde, también exclusivamente, al poder ejecutivo.

Dentro de los primeros, podemos mencionar los países nórdicos, España, Alemania, Guatemala, Portugal, y entre los segundos, el caso de Inglaterra, en que el llamado Comisionado Parlamentario es designado exclusivamente por Su Majestad, a proposición del Primer Ministro.

Por su parte en Francia, el Mediateur es designado por Decreto acordado por el Consejo de Ministros; en Portugal, con el nombre de Proveedor de Justicia, lo es por el Presidente de la República a proposición del Primer Ministro y del Ministro de Justicia.

En cuanto a su competencia

Normalmente el Ombudsman tiene un ámbito de competencia predeterminado, pero con jurisdicciones que varían de un país a otro, sin perjuicio de que en el fondo, por regla general, su finalidad última es la vigilancia de la actividad de la administración, tanto centralizada como descentralizada, comprendiendo, en algunos casos también, a la administración de justicia y a las fuerzas armadas.

En todo caso, y también normalmente, las autoridades deben brindar su apoyo al ombudsman en todo lo que éste requiera para la mejor ejecución de sus investigaciones, facilitándole todos los documentos y testimonios que él precisa, salvo que se considere que la divulgación de la información pudiere ser perjudicial para la seguridad o la defensa nacional.

En cuanto a la forma de operar

Lo normal es que el Ombudsman entre a actuar a requerimiento de cualquier persona sin distinción de edad, sexo o nacionalidad, o bien de oficio. En algunos casos se contempla también una vía indirecta de acceso a través de parlamentarios, debiendo en tales casos el reclamante dirigirse primero a éste quien se encargará de comunicar su queja al Ombudsman.

En otros casos se limita la ocurrencia al Ombudsman a los casos en que el denunciante ha sufrido realmente un daño imputable al acto y autoridad denunciados.

Normalmente también, es irrelevante la participación de abogado o procurador, sino que basta que la queja sea firmada por la persona interesada, la que deberá aportar la mayor cantidad de antecedentes que tenga respecto del asunto que está sometiendo al conocimiento del Ombudsman.

Las causales más resaltantes y comunes de rechazo de las quejas, generalmente se refieren al no cumplimiento de las formalidades mínimas de la presentación, o por la prescripción, ya que normalmente se exige que la reclamación se realice en el año siguiente a la notificación de la resolución que se denuncia. Por supuesto también hay causal de rechazo, cuando la cuestión que se plantea al Ombudsman exhorbita la competencia de éste.

En cuanto a sus facultades

Sin perjuicio de que se ha dicho que los poderes del Ombudsman son muy

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

amplios, no lo es menos que básicamente ellos son solamente dos: el poder de investigación y un poder general de crítica, que a su vez reviste algunas especificaciones que más adelante detallaremos.

Tratándose del *poder de investigación,* el Ombudsman puede reclamar de quien corresponda el conocimiento íntegro de todo expediente administrativo, salvo en los casos en que –como se ha dicho– se encuentren en juego la seguridad o la defensa nacional. Puede, en consecuencia entrevistar personalmente a todos los funcionarios de la administración, puede iniciar investigaciones de oficio, puede realizar visitas inspectivas a centros de detención, hospitales, hogares de menores, etc.

En cuanto a los *poderes generales de crítica,* se arguye que sólo a ello llega su competencia, por cuanto carece de facultades para revocar o modificar cualquier acto de la administración. Le corresponde entonces, solamente, acusar, amonestar, formular recomendaciones y sugerencias a la administración. En otras palabras, carece de potestades de imperio.

En lo que se refiere a la *potestad de acusar,* puede hacerlo respecto de un funcionario de la administración por hechos que impliquen responsabilidad civil, penal o administrativa en Suecia, Finlandia, Francia y España. En los demás países no tiene tales facultades.

Respecto de la *facultad de amonestación*, sí es de carácter general, y la ejerce cuando se han cometido errores que no son serios ni graves. Las amonestaciones tienen una función meramente pedagógica y su objeto es contribuir a que, en el largo plazo, se establezcan y difundan correctas prácticas administrativas. No existe tampoco, entonces, una potestad sancionatoria.

La *facultad de emitir recomendaciones y sugerencias,* a la administración, se encuentra en todos los ordenamientos y comprende, desde que se compense a quien ha deducido la queja, hasta solicitar la modificación o reforma de alguna norma.

De esta forma, entonces, el Ombudsman no tiene ningún poder efectivo que no sea ejemplarizador y de petición.

Las dos únicas formas de acción que revisten una cierta sanción –pero en todo caso muy relativa, y no tomando el término en su acepción ni penal ni administrativa, sino más bien moral– son la publicidad y los informes al Parlamento.

Respecto de la primera, esto es de *la publicidad,* ella es distinta según el país de que se trate. Sin embargo, básicamente, consiste en que los periodistas pueden concurrir a la oficina de Ombudsman y examinar la correspondencia pudiendo seleccionar los casos de interés general, cuyo contenido puede llegar al periódico y ser comentada por éste, lo que llega, como es obvio, al conocimiento del público que así se entera del acto inadecuado y del nombre del funcionario que lo ha dictado o realizado.

Y en cuanto a la segunda, es decir, *los informes al Parlamento,* ellos sí en realidad constituyen un poderoso instrumento –y quizá el único– de que dispone el Ombudsman. Estos informes son presentados anualmente, y aún puede haber informes extraordinarios en casos de hechos suficientemente graves.

Los informes anuales se refieren a la actividad desarrollada durante el año anterior, al tipo de queja presentada, a la investigación y a las resoluciones. Puede incluirse el nombre de los funcionarios responsables. Esto último, especialmente es lo que llega a producir una especie de temor reverencial, en el sentido de que ningún empleado quiere aparecer en esta verdadera lista negra de funcionarios del Estado.

Importancia del factor educación

En la realidad, la gestión del Ombudsman se reduce, más que a nada, a sensi-

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bilizar la conciencia del público acerca de los deberes y funciones del cargo del propio Ombudsman. Para ello se utilizan todos los sistemas de publicidad, como mensajes a través de radios, periódicos, etc. En Tanzania y Zambia, por ejemplo, las comisiones de Ombudsman celebran reuniones públicas en las aldeas y zonas rurales para explicar la labor que realizan y para promover las posibilidades de acceso de los individuos que residen en zonas alejadas, y que tienen reclamaciones que formular en contra de funcionarios públicos" [8].

LA PROPOSICION CHILENA

En Chile, el antecedente jurídico primero que aparece en nuestra legislación data de la Constitución Política del año 1818 cuyo artículo 3º, al referirse a las Atribuciones del Senado estatuía que "en todas las ciudades y villas del Estado habrá un censor elegido por el respectivo Cabildo y con asiento después de los Alcaldes, el que en toda aquella jurisdicción cuidará como el Senado en todo el Estado, de la observancia de esta Constitución, conforme a los dos artículos anteriores; y en las transgresiones que notare, así en los funcionarios del pueblo como del campo, oficiará por primera y segunda vez al gobernador o teniente para remedio, y en caso que éstos no lo hagan eficazmente, dará parte al Senado".

Y el artículo 2º, referido por el anterior, expresaba que "la infracción de la Constitución por algún cuerpo ciudadano, será reclamada por el Senado al Director Supremo, quien deberá atenderla bajo su responsabilidad"

Partiendo de esta base jurídica, la doctrina se ha preocupado de determinar si se justifica o no la existencia, hoy, de una institución como la de aquel Censor, que podría ser el antecedente del moderno Ombudsman.

Argumentos en favor de su establecimiento

Para quienes están por su implementación orgánica, la existencia del Ombudsman es una alternativa válida ante las insuficiencia de los mecanismos de control de la administración ya existentes, lo cual de por sí sería argumento suficiente para su institucionalización. Sin embargo, se abunda más en el tema y se arguye que, además:

1º Con su creación se aumenta el control sobre la Administración en áreas que escapan a otros controles ya establecidos;

2º Se amplía la esfera de protección de los derechos humanos;

3º Se facilita la participación de los administrados en la gestión de los negocios públicos;

4º Se fortalece la presencia e importancia del órgano legislativo, y

5º Su institucionalización contribuye a fortalecer y consolidar la democracia como forma de vida.

Y desde otro punto de vista se advierten las ventajas en relación con los otros organismos de control, en el sentido que:

a) El Ombudsman constituye un medio de control externo más autónomo e independiente que el mero control administrativo;

[8] Barrios Boll, Jorge. *El Ombudsman*. Universidad de Concepción. 1989. pág. 77

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) Es un procedimiento de más fácil acceso a los administrados;

c) Supera con creces las limitaciones del control jurisdiccional;

d) La acción del Ombudsman posibilita la participación de la comunidad, en especial de los administrados más pobres, que no pueden reclamar a través de las vías jurisdiccionales ordinarias, por no tener los recursos necesarios;

e) Facilita la humanización de la relación entre la Administración y administrados, contribuyendo a mejorar el funcionamiento de la cosa pública, y

f) Se potencializa la democracia participativa, acentuando la igualdad de oportunidades [9].

Argumentos en contra de su establecimiento

Las principales dudas afloran en países que ya cuentan con sistemas de control distintos al control meramente jurisdiccional o de administración interna activa, como sería, por ejemplo, el caso chileno en que, fuera de los sistemas indicados, se cuenta con una Contraloría General que, si bien es un órgano administrativo, lo es de la administración llamada justamente de contralor, y que es independiente jerárquicamente de los órganos de la administración directa o indirecta del Estado.

Crear en ellos una institución como la que nos preocupa, sería inoficioso, redundaría en dos gestiones similares paralelas, con el agregado de que significaría un inmenso gasto público al crear un nuevo servicio con ramificaciones a través de todo el territorio, y con el agravante de que –si se toman en cuenta experiencias extranjeras– el personal dependiente o colaborador del Ombudsman, generalmente es recolectado de los propios servicios públicos o de los tribunales de justicia. En un país como el nuestro, en que existe una notable escasez de tribunales y de personal de los mismos, sería aberrante –por decirlo de alguna forma– extraerles personal para atender a un nuevo órgano de control.

Se ha dicho también, en teoría, que el sistema sólo podría operar en países con una escasa densidad de población, ya que en los demás se transformaría en un ente impersonal y excesivamente burocrático, perdiendo así sus principales características de celeridad y de contacto directo con los reclamantes.

Por último, y especialmente válida la crítica para los países latinoamericanos, se arguye que la institución es imposible de concretar en regímenes esencialmente presidencialistas, ya que ella es característica de los sistemas parlamentarios. Tanto es así que, normalmente, el Ombudsman es casi un representante del Parlamento.

La institución en el Proyecto de Reforma Constitucional

En su oportunidad habíamos hecho referencia a lo que se exponía en el Mensaje emanado de la Presidencia de la República, en orden a agregar a la Constitución Política del Estado un capítulo nuevo –el capítulo VII bis– cuyo epígrafe sería "Defensor del Pueblo". De acuerdo con ello, tal capítulo constaría de un artículo: el 83 bis.

Esta nueva disposición parte indicando en el inciso 1° que "un organismo autónomo, independiente de toda otra autoridad, con el nombre de Defensor del Pueblo, tendrá por finalidad conocer, investigar y evaluar el respeto por los órganos de la Admi-

[9] Nogueira A., Humberto. "El Ombudsman o Defensor de la Persona en el Derecho Comparado y en la experiencia mundial. Reflexiones para su consideración en Chile". Seminarios del Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. s/ 15/87. págs. 13 y 14.

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nistración del Estado, de los derechos a que se refieren los números 1 al 8, ambos inclusive, 12, 13, 14 y 15 del artículo 19, con el objeto de propender a su pleno imperio".

Tal disposición comprende –como competencia del Ombudsman– las materias relacionadas con el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, con todas sus variables, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, también con todas las variables contempladas en la disposición del Nº 3º, la inviolabilidad del hogar, la libertad de conciencia, el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, con todas sus implicancias, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la libertad de opinión y de información, el derecho de reunión, el derecho de petición y el derecho de asociación.

Como puede observarse, la competencia entregada por la reforma es muy indefinida e imprecisa, contrariamente a lo que sucede en otros países en que es perfectamente limitada, situación que es de alta importancia, especialmente para el objeto de determinar qué asuntos específicos pueden acogerse a conocimiento del Ombudsman y cuáles quedan excluidos de su competencia. El peligro de tal disposición estriba en que –y la experiencia nos lo dice– el Ombudsman podría, eventualmente, abarcar tal cantidad de materias como de competencia propia, que se transformaría en un supracontralor, en materias sociales, judiciales, penales, e incluso religiosas. No podemos olvidar lo que en su época sucedió con el recurso de queja, y lo que sucede en la actualidad con el recurso de protección.

Por otra parte, la calidad de las materias, excede el habitual campo de acción del Ombudsman, ya que incluso podrá tomar carta en asuntos como el amparo, las confesiones religiosas, la honra de las familias, la libertad de información etc.

El inciso 2º de la disposición referida agrega: "En el cumplimiento de su función este organismo no interferirá en el ejercicio de las facultades que corresponden a las autoridades políticas, administrativas, jurisdiccionales y de control, todas las cuales, sin embargo, deberán proporcionarle los antecedentes e informes que indique la ley. Podrá también hacerles presente su parecer en relación a los casos de que tome conocimiento y sugerir a los Poderes Públicos las reformas de las normas jurídicas destinadas a lograr la plena vigencia de los derechos constitucionales ya referidos".

En este punto no hay una gran diferencia con el Ombudsman tradicional y, como puede observarse, señala la tónica de que debe contruibuirse al ejercicio de su labor.

En lo referente a su nombramiento y duración en el cargo, el inciso 3º del artículo 83 del Proyecto establece que "el titular del Defensor del Pueblo será nombrado por un plazo de cuatro años renovables, a proposición del Presidente de la República, por acuerdo de la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores en ejercicio, reunidos en Congreso Pleno".

Y el inciso 4º agrega que "si transcurridos 30 días desde que se hubiere requerido el nombramiento, no existiere pronunciamiento al respecto, se entenderá aprobada la proposición del Presidente de la República".

En todo caso "el Defensor del Pueblo no podrá optar a un cargo de elección popular hasta después de dos años de terminado su período" (Inc. 5º).

En todo lo demás, la disposición constitucional propuesta en el Proyecto, se entrega a una "ley orgánica constitucional del Defensor del Pueblo" la determinación de "la organización y funcionamiento de este organismo, sus atribuciones y los procedimientos a que se ajusten las peticiones y denuncias que se le formulen". Y termina diciendo que "una ley regulará la dotación y modo de designación de su personal, el financiamiento de sus gastos y la forma de publicidad de sus actuaciones y de los dictámenes

Artículo: El Ombudsman en Europa y América
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y recomendaciones que habrá de presentar al Congreso Nacional con la periodicidad que ella determine".

El Proyecto en referencia se encuentra en el Congreso y habrá que esperar que en un futuro, próximo o lejano, éste se pronuncie sobre la nueva modificación constitucional.