

El Ombudsman

Una reflexión sobre lo público y el papel del Defensor del Pueblo en la protección de la democracia y del interés general en un entorno complejo y dinámico.



Una reflexión sobre lo público y el papel del Defensor del Pueblo en la protección de la democracia y del interés general en el entorno complejo y dinámico

Defensor del Pueblo de Colombia
Jorge Armando Otálora Gómez

Vicedefensor del Pueblo de Colombia
Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Equipo investigador
Bernardo Vela Orbegozo PhD (director), Óscar Guillermo Concha Jurado, Jaime Augusto Castillo Farfán, Paul Francisco Torres Rincón, July Paola Delgado Mariño y Wilfredo Robayo Galvis.

Coordinador Académico
Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Coordinación Administrativa
Gloria Cristina Bejarano Marín y Zuleima Manzur Slebi.

Corrección de estilo
Luis Fernando García

Diseño de portada
Iván Mauricio Delgado Riveros

Diagramación e impresión
Imprenta Nacional de Colombia

Esta publicación ha sido realizada con el apoyo de la Cooperación Alemana, implementada por la GIZ, a través del Proyecto de Fortalecimiento de la Federación Iberoamericana del Ombudsman - PROFIO

Se autoriza la reproducción total o parcial de esta publicación siempre que se cite la fuente.

Defensoría del Pueblo de Colombia
www.defensoria.gov.co

Federación Iberoamericana del Ombudsman
www.portalfio.org



Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
Proyecto de Fortalecimiento de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, ejecutado por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ)
www.profiowikispaces.com
Obra: MirabeaudevantDreux-Brézé
Autor: Joseph-DésiréCourt (1797-1865)

Presentación	7
Capítulo introductorio	11
1. Antecedentes y carácter de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos	16
2. El <i>Ombudsman</i> en tiempos contemporáneos	26
3. El <i>Ombudsman</i> y los procesos de internacionalización	29
4. El debate teórico y la construcción de aparatos críticos para el análisis	41
5. El objetivo de la investigación, la hipótesis, la sistematización de las fuentes y la ponderación de las variables de análisis	59
6. La estructura capitular	60
Capítulo I: La magistratura moral	63
1. Una magistratura para la defensa de la dignidad humana	71
2. Una magistratura de características especiales	76
2.1. <i>Dignidad republicana y legitimidad democrática</i>	76
2.2. <i>Independencia</i>	78
2.3. <i>Una independencia que favorece la democracia, el interés general y los espacios públicos</i>	95
2.4. <i>Una magistratura moral que también controla poderes privados</i>	101
2.5. <i>Una magistratura moral que no tiene poder sancionatorio</i>	103
2.6. <i>Una magistratura moral que persuade y educa porque construye un discurso democrático e incluyente que se hace público</i>	107

Capítulo II: La supervisión del Estado 111

1. Un deber esencial del *Ombudsman*: exigir la humanización y la efectividad de la administración pública 127
2. La supervisión del Estado protege los derechos humanos . . 131
3. La supervisión del Estado contribuye con la consolidación del sistema democrático 134
4. La supervisión del Estado legitima el sistema constitucional y legal del país 138
5. La supervisión del Estado es factor de equilibrio entre los poderes públicos. 141
6. Presupuestos de legitimidad y eficacia de la función de supervisión del Estado 144
 - 6.1. *Independencia* 144
 - 6.2. *Autonomía de organización*. 145
 - 6.3. *Accesibilidad*. 146
 - 6.4. *Carácter no vinculante de las resoluciones* 147
 - 6.5. *La divulgación del discurso y la publicidad de las resoluciones del Ombudsman*. 149
7. Una reflexión final: la paz, el Estado y el Defensor del Pueblo 150

Capítulo III: Protección y promoción de los derechos humanos 155

1. Una idea amplia e incluyente de derechos humanos 160
2. El bloque de constitucionalidad y la esfera de lo indecidible . 163
3. Una sociedad en peligro. 166
 - 3.1. *Procesos democráticos precarios y falta de transparencia en el ejercicio de la administración pública*. 173
 - 3.2. *Violación de los derechos fundamentales en todos sus ámbitos e impunidad generalizada* 174
 - 3.3. *Emigración en condiciones deplorables*. 177
4. La protección de los derechos a cargo de las instituciones nacionales de derechos humanos 178
5. La educación como base de la promoción de los derechos humanos. 184

6. Hacia un mundo más justo y sostenible: la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y del medio ambiente 198
7. Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales 205

Capítulo IV: La incidencia del *Ombudsman* en las políticas públicas. 213

1. Una reflexión sobre las políticas públicas 215
2. Una reflexión sobre el Estado en el contexto de la globalización. 219
3. El Defensor del Pueblo y la incidencia en las políticas públicas 224
 - 3.1. *La iniciativa legislativa del Defensor del Pueblo*. 227
 - 3.2. *Políticas públicas legítimas*. 228
4. La perspectiva de derechos en las políticas públicas 229
5. Principios orientadores de las políticas públicas con enfoque de derechos 234
 - 5.1. *Universalidad, igualdad y no discriminación* 234
 - 5.2. *Exigibilidad* 234
 - 5.3. *La participación ciudadana* 236
 - 5.4. *Integralidad de los derechos* 238
 - 5.5. *Políticas públicas de Estado*. 238
6. El Defensor del Pueblo y la evaluación de las políticas públicas 241
 - 6.1. *La evaluación ex ante*. 243
 - 6.2. *La evaluación concomitante* 243
 - 6.3. *La evaluación ex post*. 244
7. Las políticas públicas, la democracia, los derechos humanos y la incidencia del *Ombudsman* 245
8. La judicialización de las políticas públicas: el caso colombiano 245

Conclusiones 251

Bibliografía citada 261

Desde los años sesenta del siglo pasado se empezó a reconocer la necesidad de las instituciones de promoción y protección de los derechos humanos. Uno de los documentos que refleja esa visión fue la Resolución B del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, del 25 de julio de 1960, sobre Comités Nacionales de Asesoramiento sobre Derechos Humanos, en la cual se vislumbró que dichos Comités serían los agentes apropiados para fomentar en los ámbitos nacionales la adopción, aplicación y cumplimiento de las normas internacionales sobre derechos humanos.

El surgimiento de las instituciones públicas encargadas de proteger los derechos humanos en los ámbitos nacional e internacional se dio a raíz de la necesidad de imponer un contrapeso real a las arbitrariedades de los servidores públicos del Estado. Dichas instituciones extendieron y profesionalizaron sus labores, ya que si bien hace unas cuantas décadas existía un consenso sobre la necesidad de crear entes públicos con la capacidad de imponer un freno a las arbitrariedades del gobierno, no se tenía una fórmula clara de cómo llevarlo al cabo. Hoy la práctica reiterada de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH), como se les denomina al interior de la comunidad internacional, ha hecho que poco a poco se consolide una forma de trabajo capaz de demostrar con eficacia la violación de los derechos humanos.

El papel de garantes de los derechos humanos permite a esas instituciones hacer un constante recordatorio a las autoridades acerca de los derechos y deberes que están comprometidas a hacer respetar y cumplir. Asimismo, son agentes interesados en vigilar, promover y realizar acciones para que los ordenamientos jurídicos sean compatibles con los preceptos de derechos humanos estipulados en diversos instrumentos nacionales e internacionales, es decir, “su objetivo [es] profundizar mediante su actuación en el Estado de Derecho democrático y en los derechos fundamentales, sobre los cuales ejerce su magistratura”.¹

¹ Catarina Sampaio Ventura, “El papel del Defensor del Pueblo en la defensa de los derechos

Esas instituciones contribuyen al avance de los derechos humanos porque trabajan desde un ámbito distinto al del Estado y de la sociedad civil, pero al mismo tiempo trabajan con ellos y con los demás sectores. También pueden contribuir o ser parte de los procesos ante los órganos de protección creados en virtud de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, su trabajo constituye un elemento sólido de investigación para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las INDH son mecanismos de tutela no jurisdiccionales, sistemas de vigilancia con una labor de atención a las denuncias;² tienen competencia para la promoción y protección de los derechos humanos, disponen del mandato más amplio posible enunciado en los textos constitucionales o legislativos y brindan un procedimiento informal, breve y sencillo para la fiscalización de la actuación de las autoridades.

La función del *Ombudsman* no pretende sustituir a las instituciones de los gobiernos constituidos; por el contrario, ha contribuido a reforzarlas al vigilar y exigir el cumplimiento de sus obligaciones. El surgimiento de esta institución responde al reclamo de fortalecimiento de las instituciones del Estado con base en el respeto de los derechos humanos.

El *Ombudsman* tiene un compromiso frente a la sociedad, es un referente capaz de mediar conflictos y promover estándares internacionales frente a la actuación de las autoridades. A pesar de las diversas denominaciones que se le ha dado a los *Ombudsman* a nivel mundial y en Iberoamérica, todos comparten una misión: promover y proteger los derechos humanos, con facultades para brindar asesorías de manera general a través de dictámenes o en forma de recomendaciones, además de examinar, clasificar y denunciar las violaciones a los derechos humanos de la comunidad o del individuo.

fundamentales", *Quorum* 21:58.

2 Al encontrarse con violaciones de derechos humanos, por lo general cuentan con una exposición de hechos aportada por el agraviado, con ciertos argumentos y contradicciones respecto de los informes rendidos por la autoridad a quien se le imputa la violación. Con base en ello, las INDH tendrán que resolver si coinciden con el objeto narrado (tomando en cuenta los límites que tiene el ser humano para conocer). De las diversas versiones, escoge la o las más verosímiles y las transforma en una sola con el fin de obtener la convención de los hechos.

La consolidación legal de la misión y desempeño del *Ombudsman* se basa, entre otros aspectos, en la armonización de las legislaciones nacionales con los instrumentos internacionales. Esa armonización es necesaria para que el orden jurídico interno incluya los derechos previstos en el ámbito internacional y para que su estándar de protección no sea menor que el de éstos. En términos generales, la adopción del régimen jurídico internacional en materia de derechos humanos por los Estados iberoamericanos es muy satisfactoria.

Las acciones del *Ombudsman* deben estar dotadas de plena independencia y autonomía, características indispensables para garantizar su eficacia. Son independientes respecto de los poderes que los eligen, lo cual asegura la fortaleza de sus criterios y su capacidad de decisión frente al poder público, además de que los convierte en un factor de equilibrio y estabilidad constitucional en los Estados. El objetivo final de la autonomía es en la efectividad real del *Ombudsman* y, por lo tanto, su credibilidad ante la sociedad.

El proceso de consolidación y fortalecimiento de las INDH en Iberoamérica se ha incrementado en las últimas décadas. La presencia de las instituciones protectoras de los derechos humanos en el marco del Estado de Derecho establece un compromiso con la sociedad de encontrar vías cada vez más eficientes y acertadas en el desempeño de sus funciones.

Uno de los más grandes desafíos de los países iberoamericanos es la pobreza en sus diferentes escalas, todas ellas más o menos dramáticas según el grado de contraste entre las clases sociales, lo cual dificulta el cumplimiento cabal de los derechos humanos de carácter económico, social, cultural y ambiental. Los órganos defensores de los derechos humanos en Iberoamérica tenemos en esta materia una enorme tarea que comprende desde la promoción de la armonización de normas en la materia hasta la defensa eficaz de los casos concretos.

La necesidad de que existan instituciones que garanticen la observancia de los derechos humanos, del pluralismo ideológico, de la libertad de asociación, de la necesaria prevalencia de las garantías del debido proceso y protección judicial, de la libertad de prensa y del respeto por los derechos de las minorías, es una de las causas que motivaron el surgimiento de las INDH,

que buscan imponer un contrapeso real capaz de frenar la discrecionalidad e incluso la arbitrariedad de los servidores públicos del Estado.

El *Ombudsman* busca articular un sistema no jurisdiccional de protección y promoción de Derechos Humanos; al llevar a cabo sus funciones, promueve los valores de la paz, el respeto a la diversidad, la gobernanza democrática y el respeto a los derechos humanos.

Hoy día se ha consolidado una forma de trabajo capaz de demostrar con eficacia la violación de los derechos humanos. Incluso las reformas recientes permiten estas instituciones participar en nuevos procedimientos de control que abonan en la defensa de los derechos humanos, como las acciones de inconstitucionalidad³ y el procedimiento de comparecencia en el Senado.⁴

Una de las premisas del trabajo de las INDH es que el irrespeto a los derechos humanos pone en riesgo la gobernabilidad, contribuye a generar graves problemas de exclusión social y alienta la solución de controversias al margen de la ley (la justicia por propia mano), lo cual sin duda genera impunidad, corrupción y falta de oportunidades para acceder a una vida digna y a una ineficaz administración pública.⁵

Las INDH tienen como mandato principal la promoción y protección de los derechos humanos; ayudan a los Estados a vigilar la situación que éstos

3 Ver más al respecto en el artículo 105, Fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se prevé la facultad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para interponer acciones de inconstitucionalidad en los siguientes términos: “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.”

4 Ver más al respecto en el artículo 102, apartado B, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala que: “Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa”.

5 Agenda Nacional de Derechos Humanos 2013, Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, p. 7.

guardan, supervisan la actuación de las autoridades y, por la naturaleza de sus funciones, contribuyen a la consolidación y ejercicio de la democracia, así como de la transparencia; en definitiva, coadyuvan al fomento de una cultura universal de los derechos humanos.

Por ello la importancia de fortalecer la protección de los derechos humanos, indispensable para garantizar la plena participación de las personas en las decisiones que afectan la vida pública y para procurar que los desequilibrios sociales derivados del ingreso económico no demeriten la dignidad del ser humano.

Los derechos humanos no sólo dan contenido formal y sustantivo al Estado, también crean una relación directa entre las personas y las instancias públicas. Hoy resulta evidente que la efectividad de un derecho se encuentra en buena medida condicionada por el progreso alcanzado en otros; por lo tanto, para impulsar el respeto a los derechos humanos es necesaria una apreciación global de los mismos (por ejemplo, es insuficiente potenciar los derechos individuales civiles y políticos si al mismo tiempo no se hacen efectivos otros derechos de carácter colectivo).⁶

Las INDH cuentan en ocasiones con oficinas foráneas y en otras con Organismos Estatales de Protección de Derechos Humanos autónomos, pero aun así existen grandes extensiones del territorio donde las acciones de las oficinas de los *Ombudsman* no tienen mayor injerencia o impacto.

Así, la intención de fortalecer y consolidar las INDH está íntimamente ligada con sus nuevas atribuciones, bajo las cuales, lejos de jugar un papel tangencial en el sistema de pesos y contrapesos del sistema político, son actores indispensables en la tutela de los derechos humanos pues interactúan en ese objetivo con los demás poderes de los Estados.

El incremento en el número de organismos públicos de protección de los derechos humanos ha contribuido de manera notable a la consolidación de una cultura democrática de respeto y tolerancia que tiene que ser refrendada día con día.

⁶ *Idem.*

Las constantes transformaciones de índole legislativa, así como los cambios en el ámbito administrativo, han hecho que las INDH se profesionalicen, lo cual redundará en beneficio de la sociedad, que ve en dichos servidores públicos un apoyo constante en contra de las arbitrariedades cometidas por los órganos del Estado.

El Estado de Derecho es un reto difícil de alcanzar en las sociedades contemporáneas. La realidad se presenta de una manera, la teoría del Derecho de otra, y muchas veces no convergen en el resultado.⁷ Se comprende entonces que un objetivo central de los países iberoamericanos sea fortalecer y consolidar un sistema de protección y promoción de los derechos humanos.

El proceso en ese sentido será, sin duda alguna, largo y laborioso, tanto por la importancia de las medidas que deben adoptarse o ya han sido adoptadas como por la complejidad de los temas tratados. Además, hay que agregar que los derechos humanos vigentes están en constante evolución. Para no quedar definitivamente atrás en el proceso de aplicación de la justicia, es necesario un trabajo continuo y armonioso de reflexión, análisis y acción, más aún cuando los derechos humanos son violentados.

Este es el contexto del libro sobre buenas prácticas coordinado por Jorge Armando Otálora Gómez, Defensor del Pueblo de Colombia, quien nos invita a la reflexión sobre la importancia de entender al *Ombudsman* como una magistratura de opinión y a la vez pretende explicar su función en los nuevos Estados insertos plenamente en la globalización. De ahí que este documento resulte de especial importancia para las personas que pretendan conocer con profundidad el origen y evolución de las INDH.

Dr. Raúl Plascencia Villanueva, Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México y Presidente de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO)

Desde que finalizó la Segunda Guerra Mundial la sociedad humana ha sido testigo de una inusitada transformación de su estructura política y económica que se prolonga hasta nuestros días y que se debe explicar como una intensificación de las dinámicas sociales que, sobre las bases de un impresionante desarrollo de las tecnologías de la comunicación, ha afectado los atributos clásicos del Estado y las bases de la denominada gobernanza global.

Estas dinámicas sociales, en efecto, han propiciado una globalización que, entendida como la etapa actual del proceso de modernización, han generado una crisis epistemológica porque los esfuerzos de la filosofía y de las ciencias sociales y jurídicas que para comprenderla resultan insuficientes, esto es porque los instrumentos de análisis que existían, por haberse propuesto con base en los paradigmas del pasado reciente, no pueden comprender la incertidumbre, la complejidad y el cambio constante que caracterizan a las novedosas dinámicas transformadoras de la globalización.

Si se está de acuerdo con esta afirmación, se infiere que los esfuerzos de las redes mundiales de las academias dirigidos a hacer una interpretación adecuada de la nueva estructura de la sociedad deben asumir, como un reto, la complejidad, la incertidumbre y el cambio constante de este proceso social que ha suscitado muchas paradojas.

Esta es la razón que me lleva a sostener que un trabajo, como el que aquí se presenta, es necesario porque propone un estudio de la misión del *Ombudsman* en una región iberoamericana cuyos países no han estado aislados de la incertidumbre y de la complejidad derivadas de las dinámicas de la globalización y, además, porque no se trata solamente de una contribución al debate doctrinal, sino de un documento escrito que contiene un trabajo de investigación que supuso una compilación de fuentes primarias y secundarias cuya sistematización produjo cuatro variables de análisis que, a su vez, permitieron construir un balance de las instituciones estatales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos en esta región y, además, estructurar un análisis propositivo, esto es, unas ideas

coherentes sobre cuál debe ser la misión del *Ombudsman* en este mundo en transformación.

Este análisis propositivo en tiempos como los que estamos viviendo en la región iberoamericana no podía soslayar el estudio y la crítica de algunas ideas de la ciencia económica defendidos por una escuela específica de pensamiento que ha prevalecido en la coyuntura de la globalización y que ha significado el sometimiento de la vida social a unos paradigmas que buscan reducir los espacios públicos, los intereses generales y los logros de la democracia. En efecto, el presente estudio parte de esa constatación y, por esa razón, los investigadores sostienen que la misión del *Ombudsman* amerita un fortalecimiento de instrumentos que han sido muy propios de su función y que le dieron sentido en su origen, esto es, la magistratura moral y la supervisión del Estado. En el mismo sentido, la misión del *Ombudsman* en nuestros tiempos amerita una interpretación amplia de los derechos humanos que se adecúe a nuestras coyunturas sociales y que esté acompañada de una incidencia en las políticas públicas que los haga efectivos.

En otras palabras, el *Ombudsman* en los críticos tiempos contemporáneos debe dirigir su acción a la construcción y fortalecimiento de lo público, esto es, a la democratización, a la humanización del desarrollo y, en general, a propiciar un diálogo social cuyo aprendizaje insista en que el Estado está al servicio del ser humano y no al contrario.

Esta importante contribución científica, titulada definitivamente *El Ombudsman. Una reflexión sobre lo público y el papel del Defensor del Pueblo en la protección de la democracia y del interés general en un entorno complejo y dinámico*, solo pudo realizarse por el concierto y participación generosa de muchas personas: en primer lugar, gracias a la iniciativa original que fue propuesta y discutida por los doctores Jaime Córdoba Triviño y Cecilia Bernuy Oviedo; en segundo lugar, gracias a la laboriosa tarea investigativa de los doctores Bernardo Vela Orbegozo, PhD, Director y redactor del documento final, Óscar Guillermo Concha Jurado, Jaime Augusto Castillo Farfán, Wilfredo Robayo Galvis y el apoyo de los jóvenes abogados July Paola Delgado Mariño y Paul Francisco Torres Rincón; en tercer lugar, gracias al apoyo permanente y a las sugerencias propicias del doctor Esiquio Manuel Sánchez Herrera, Vicedefensor del Pueblo de Colombia, quien asumió la orientación, la revisión y la aprobación del texto definitivo que aquí se presenta.

Esta es la oportunidad para agradecer a la GIZ y a los programas que ha desarrollado en favor del fortalecimiento de lo público como instrumento para garantizar la dignidad humana, porque se ha comprometido con una idea esencial de convivencia social según la cual los destacados avances de la ciencia y la tecnología que caracterizan esta etapa de la denominada globalización solo tienen sentido si se garantiza la inclusión social y la ampliación de las oportunidades.

El papel del Estado, aun en estos tiempos que amenazan con reducir sus dimensiones y su capacidad de acción, es esencial en la construcción de lo público, y esa conciencia ha estado presente en la cooperación que el Gobierno alemán nos ha prestado para definir la razón y el sentido que tiene el *Ombudsman* como una institución con una misión de control del Estado que no debe entenderse como un freno o un escollo más de la gestión pública, sino como una acción propositiva y transformadora dirigida a garantizar una convivencia social que reconozca en cada ser humano un ser único e irrepetible, y en cada etapa de la historia una oportunidad de superar los conflictos, aceptando la diversidad que nos enriquece.

También es esta la oportunidad para invitar a mis colegas de Iberoamérica a que se sumen con ánimo crítico al debate que sobre las instituciones que representamos se propone en esta investigación y que, pese a que la van a encontrar escrita con una vocación regional, propone un reto que no podemos dejar de afrontar y que consiste en dar respuestas específicas de orden nacional a dinámicas sociales globales que se han identificado y que, al mismo tiempo que brindan grandes oportunidades, amenazan con sacrificar logros democráticos esenciales para la convivencia pacífica y creativa de cada una de nuestras sociedades ricas en su especificidad e idiosincrasia.

Jorge Armando Otálora Gómez
Defensor del Pueblo de Colombia

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

EL OMBUDSMAN

**Una reflexión sobre lo público y el papel del Defensor del
Pueblo en la protección de la democracia y del interés
general en el entorno complejo y dinámico**

El presente documento contiene la propuesta, la construcción y los resultados de un trabajo de investigación sobre las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana y tiene por objeto, en primer lugar, realizar un balance que ilustre el proceso de desarrollo de las instituciones estatales denominadas comúnmente como *Ombudsman*, *defensor del pueblo*, *comisiones de derechos humanos* y, en segundo lugar, proponer en perspectiva el papel de esas instituciones en un contexto social caracterizado por una profunda y compleja transformación que obliga a redefinirlas en su estructura institucional y en sus funciones considerando un debate de filosofía política que rescata los acuerdos sociales sobre la necesidad de defender el interés general, de preservar los espacios públicos, de garantizar el respeto de las libertades y de promover la igualdad y la diversidad.

Desde sus orígenes, la investigación se propuso como tarea hacer una reflexión sobre *lo público* en los cambiantes y complejos procesos sociales que vive la sociedad humana desde finales del siglo XX y teniendo en cuenta que esa transformación ha generado mejoras sustanciales en la calidad de vida impulsadas por las dinámicas de la *globalización*, entendida esta en un sentido amplio como un proceso social complejo que abarca el desarrollo tecnológico, la intensificación de las comunicaciones, la internacionalización de los derechos humanos, los incrementos de la riqueza que se alcanzan con la consolidación de la economía de mercado, entre otras. No obstante, como en una paradoja, las dinámicas de la *globalización* también han propiciado una erosión de las capacidades del Estado que se manifiesta en un declive de lo público y de la democracia, en un fortalecimiento de los poderes privados y en una exclusión social creciente que trae consigo inestabilidad política, incremento de las desigualdades y de la pobreza y, en consecuencia, recrudecimiento de los conflictos sociales.

En efecto, desde finales del siglo XX se experimenta un proceso de transformación y redefinición de la estructura social mundial y, pese a que sigue arraigada en los paradigmas de la modernidad, ha suscitado una paulatina transformación de las bases políticas y económicas. La composición y la dinámica del proceso de *globalización* que vive la sociedad humana no se ha sistematizado y, por lo tanto, no se han comprendido en todas sus dimensiones. No obstante, dice Giddens, este proceso debe concebirse como la

etapa actual del proceso de modernización cuya característica más destacada es "(...) la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo por las que se enlazan lugares lejanos, de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia o viceversa"¹. La *globalización* debe comprenderse, dice por su parte James Rosenau, como un proceso complejo que obliga a los Estados a adaptarse a nuevas dinámicas internacionales, porque desde finales del siglo XX empiezan a verificarse algunos hechos que permiten inferir que las bases políticas de la sociedad moderna -y, específicamente, los paradigmas que se derivan de la racionalidad estatal- están transformándose².

Ahora bien, esa transformación social está cargada de paradojas y contradicciones porque, por un lado, propone un discurso sobre el carácter sagrado de la vida y la dignidad humanas que se hace efectivo en el derecho internacional de los derechos humanos; no obstante, por el otro lado, propone un modelo económico que ha propiciado un crecimiento inusitado de la riqueza y, al mismo tiempo, incrementos considerables de la exclusión social y de la pobreza. En efecto, el modelo económico prevaleciente en el mundo ha generado una desigual distribución de los costos y beneficios del proceso de internacionalización de la economía de mercado y, en este contexto, cada vez se hace más grande el contraste entre el derecho y los hechos, esto es, el contraste entre las ideas y disposiciones sobre *humanización del desarrollo* promovidas por las Naciones Unidas y la práctica generalizada basada en las ideas de la ortodoxia económica del liberalismo.

La acción de las Naciones Unidas para la promoción de un modelo de desarrollo más equitativo se fundamentó en la crítica de Keynes al *laissez-faire* y se estructuró en dos pilares: en primer lugar, en el principio de cooperación internacional y, en segundo lugar, en el paulatino establecimiento de las normas del Derecho Internacional del Desarrollo³.

1 Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, [Versión española de Ana Lizón Ramón], Madrid, Alianza Editorial, 1993, pp. 67 y ss.

2 Rosenau, James. "Previewing post internacional politics", en *Turbulence in World Politics*, Princenton, Princenton University Press, 1990.

3 Este problema sobre el papel de las Naciones Unidas en el entorno de la *globalización* y sus efectos económicos y sociales se ha planteado por parte de la Asamblea General en muchas ocasiones. Puede verse, NACIONES UNIDAS, Asamblea General. *El papel de las Naciones Unidas en la promoción del desarrollo en el contexto de la mundialización y la interdependencia*. A/RES/53/169, de 1998; A/RES/54/231, de 1999; A/RES/55/212, de 2000;

Los instrumentos de este modelo de desarrollo han sido, en primer lugar, las instituciones fundadas después de la Segunda Guerra Mundial en la *Conferencia Internacional sobre Asuntos Económicos, Monetarios y Financieros* celebrada en Bretton Woods, en 1944 y, en segundo lugar, *el sistema multilateral de cooperación para el desarrollo* establecido a partir de los años sesenta⁴.

No obstante, estas consideraciones, programas y acciones en favor de la cooperación y la equidad en las relaciones internacionales han tenido un impacto muy precario, pues durante las décadas posteriores, que están signadas por el impresionante crecimiento de los años sesenta y setenta, por la crisis económica de los años ochenta y, en fin, por la apertura de los mercados de los años noventa, la pobreza y el atraso de la mayoría de los países siguieron incrementándose. Resulta tan clara esta paradoja que finalizado el siglo XX los expertos del Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo afirmaron que en los aspectos económico, político y tecnológico el mundo nunca ha parecido ser tan libre y tan rico y, a la vez, tan injusto⁵. Luis J. Garay, por su parte, agrega que

El modelo de globalización capitalista imperante en la actualidad es esencialmente de corte neoliberal. Este modelo *per se* no conduce a la homogeneidad ni a la equidad de las sociedades por lo que no necesariamente resulta “deseable” para todos y cada uno de los países, ni aún para el sistema capitalista en su conjunto bajo una perspectiva duradera⁶.

A/RES/56/209, de 2001, y A/RES/57/274, de 2002 (El texto completo de las Resoluciones de la Asamblea General citadas en este trabajo se puede consultar en <http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resdecls/res56s.htm>).

4 La obligación de los Estados de cooperar está contenida en la *Carta de las Naciones Unidas*. De allí deriva, aunque no se enuncie expresamente, el principio de solidaridad con los Estados menos desarrollados contenido en la Resolución de la Asamblea General 2625 de 1970.

En efecto, el sistema para la solución de problemas económicos y sociales de carácter internacional está conformado, en primer lugar, por el *Preámbulo* de la *Carta de San Francisco*, que expresa la voluntad de los Estados de promover el progreso económico y social de todos los pueblos. En segundo lugar, por el Capítulo IX, que establece las reglas para la cooperación internacional económica y social. La responsabilidad está atribuida, según el art. 60, a la Asamblea General y, bajo su autoridad, a un órgano principal no autónomo, el Consejo Económico y Social.

5 Puede verse, Naciones Unidas. PNUD, *Human Development Report 2002, Deepening democracy in a fragmented world*. Este documento también se publicó en español: *Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*, PNUD, Madrid, Mundiprensa, 2002.

6 Garay Salamanca, Luis Jorge. *Globalización y crisis. ¿Hegemonía o corresponsabilidad?* Bogotá, Colciencias, 1999, p. 144.

Se puede afirmar, pues, que la *globalización* es un proceso social amplio, incierto y complejo que está compuesto por muchas variables de orden político, jurídico, social, etc. No obstante, y como se puede ver a lo largo de estas reflexiones, entre esas variables también se encuentra un modelo de desarrollo económico que amenaza la existencia de los acuerdos sociales sobre la necesidad de defender el interés general, de preservar los espacios públicos, de garantizar el respeto de las libertades y de promover la igualdad y la diversidad y, en el mismo sentido, amenaza la existencia y la legitimidad de las instituciones estatales encargadas de la defensa de lo público y de los derechos humanos.

En definitiva, el lector del presente documento encontrará, en primer lugar, una disertación que abarca una reflexión histórica que le da contexto a un debate de filosofía política sobre lo público, la democracia y los derechos de las personas; en segundo lugar, un trabajo empírico que consistió en la sistematización y análisis de fuentes primarias y en la consideración de las fuentes secundarias pertinentes que permite hacer un balance —a la manera de un estado de la cuestión— de la situación en la que se encuentran las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana y, en tercer lugar, una contribución a la doctrina que sirve de instrumento a estas instituciones para desarrollar y legitimar su misión en un contexto social cuya complejidad ha generado unos retos inusitados.

1. Antecedentes y carácter de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos

El antecedente fundamental de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos se encuentra en la Roma antigua, en primer lugar, en el proceso social que condujo a la caída de las monarquías primitivas y el ascenso del orden republicano, en cuyo contexto se institucionalizó el *tribuno del pueblo* que tenía la misión de oponerse a las decisiones de todos los magistrados, de los cónsules y del

Senado romano en defensa de los derechos de la *plebe*; en segundo lugar, en la época imperial, en Constantinopla, cuando tras la división del imperio se consolidó en Bizancio la figura del *defensor civitatis* que tenía la misión de proteger a los ciudadanos frente a las arbitrariedades de los gobernantes⁷.

Los tiempos modernos también legaron un patrimonio esencial para entender el carácter y la misión de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos. En este punto es preciso hacer un paréntesis que resulta útil para comprender razonamientos que se desarrollan con posterioridad: a partir del Renacimiento, y bajo el orden absolutista que caracterizó el origen de los primeros *Estados-nación* en Europa occidental, se construyó una idea de Estado a partir de unos elementos esenciales: el territorio, la población y el orden político. Ahora bien, al socaire de la paulatina consolidación de los Estados también se fue consolidando un orden internacional fundado en la estatalización, cuyo hito esencial es el principio de *libre determinación* que se estableció tras la *Guerra de los Treinta Años*, con la Firma de la Paz de Westfalia en 1648⁸.

En el moderno orden internacional los Estados se rigen, pues, por un principio fundado en su voluntad: cada Estado es soberano y tiene plena autonomía para determinar la estructura de su ordenamiento jurídico, para gobernar a la comunidad que ocupa el territorio limitado y para administrar sus recursos. Este principio, a su vez, dio lugar a otros principios que rigen en el derecho internacional contemporáneo: la soberanía territorial, la igualdad formal entre Estados, la no intervención en asuntos domésticos de otros Estados y, en fin, el consentimiento como fuente de obligaciones internacionales.

7 La lucha de los plebeyos propició, además de la paulatina formación del orden republicano, una cesión de parte de los patricios –proceso que suele recordarse con el hito de la *retirada al Monte Aventino*– que consistió en la elección de dos magistrados plebeyos con la misión de representar sus intereses de clase y que se denominaron *Tribuni Plebis*. Puede verse: Livio, Tito. *Desde la fundación de Roma*, 2, [Traducido por Agustín Millares] México, Universidad Autónoma de México, 1998; Coulanges, Fustel. *La ciudad antigua*, [Traducido por Carlos García Gual], Madrid, Biblioteca EEDAF 75, 1982; Grimal, Pierre (Compilador). *El Helenismo y el auge de Roma. El mundo mediterráneo en la Edad Antigua II*, México y Bogotá, Siglo XXI Editores, 1972.

8 Con los tratados de paz de Osnabrück, del 15 de mayo de 1648, y Münster, del 24 de octubre del mismo año, terminaron la *Guerra de los Treinta Años* en territorios germanos y la *Guerra de los Ochenta Años* entre España y los Países Bajos. Estos tratados, que tuvieron lugar en ese territorio histórico, dieron lugar a lo que se ha denominado la *Paz de Westfalia*.

Ahora bien, bajo el absolutismo, y en aras de la libre determinación, las monarquías de Europa occidental justificaron un ordenamiento jurídico en el que el Estado, que se opuso a toda autoridad externa, también se impuso sobre las personas que habitaban su territorio. Las arbitrariedades y los abusos en contra de los súbditos fueron justificadas, en unos casos, en virtud del origen divino del poder del gobernante y, en otros, en virtud de lo que se denominó *razón de Estado*. Por esa razón, la historia de los orígenes de la Modernidad está llena de episodios que estremecen la memoria —se prolongaron las hogueras y las ordalías, se impusieron máscaras de hierro, se ordenaron persecuciones implacables a los opositores— que, no obstante, suscitaron una crítica social que fue dando cuerpo a un conjunto de ideas cuya fuerza y coherencia se alcanzaron durante la Ilustración y se expresaron, en primer lugar, con una nueva filosofía de vida: el individualismo y, en segundo lugar, con una nueva ideología política: el liberalismo.

En efecto, las nuevas ideas de la Ilustración y el liberalismo hicieron una crítica fundamental del absolutismo y propiciaron una división entre lo público y lo privado, que podría plantearse con la dicotomía entre autoridad y libertad. De esta suerte, los asuntos del Estado eran considerados asuntos públicos. Por su parte, la libertad de los individuos y el ejercicio de sus derechos como ciudadanos, debían estar en espacios privados a salvo de toda intromisión de la autoridad pública.

Esta idea implicaba una nueva estructura institucional que, impulsada por las revoluciones de la burguesía, se consolidó como un orden político frugal, esto es, como un Estado mínimo. En efecto, las ideas liberales que se suscitaron en el ambiente revolucionario e individualista de la Ilustración sirvieron, en primer lugar, para proponer una lucha en contra de la autoridad irrestricta que caracterizó el denominado *antiguo régimen* —el absolutismo de Estado y la estructura señorial de la sociedad cuyos privilegios se fundaban en la tradición y la sangre— y, además, para dar fundamento ideológico a un nuevo orden político que afrontó con éxito la dicotomía entre autoridad y libertad con base en tres principios que se transformaron en instituciones del que más tarde se denominó *Estado de derecho*: el sometimiento del poder al derecho, la división del poder y la garantía de los derechos individuales.

Se podría decir, en los términos de Locke, que solo impidiendo la intromisión del rey en los asuntos privados se podían garantizar las libertades y los derechos de los individuos. En otras palabras del padre del liberalismo, el fin de toda organización social era la búsqueda de una felicidad que, como bien común, residía en la paz y la seguridad. Para Locke la felicidad se enmarcaba en el respeto de los derechos de los ciudadanos y, además, en unas garantías políticas. En este sentido, Locke sostenía que la sociedad debía superar la tiranía y, además, que esta forma de gobierno no era un vicio exclusivo de las monarquías, pues las democracias también pueden padecerla:

Siempre que el poder, que se ha puesto en manos de una o de varias personas para el gobierno del pueblo, y para salvaguarda de sus propiedades, se aplica a otros fines, o se hace uso del mismo para empobrecer, acosar o someter a las gentes a los mandatos arbitrarios e irregulares de quienes lo detentan, se convierte inmediatamente en tiranía, sin importar que ese poder esté en manos de uno o de muchos⁹.

Ahora bien, las instituciones inspiradas en el liberalismo se convirtieron, como muestran las historias de buena parte de los países de Europa occidental y central, en el escenario propicio para su ascenso económico. Si los siglos XIV y XV habían sido el escenario de un dominio del reino español, fundado en el absolutismo y el mercantilismo, los siglos que le sucedieron fueron el escenario de un ascenso impresionante del liberalismo y del libre comercio y, en este sentido, de Inglaterra y de otros países que con posterioridad tomaron la ruta de la revolución industrial que terminó potenciando el modelo capitalista¹⁰.

El pensador que está detrás de este proceso de ascenso económico de Inglaterra es Adam Smith, quien criticó el mercantilismo por ser una teoría que coincide con el absolutismo renacentista que buscaba un control estatal sobre los procesos económicos. Parafraseando a este maestro de leyes se podría sostener que *la riqueza de las naciones* no está en la tenencia de metales

9 Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Aguilar, 1963. pp. 172 y ss.

10 Las dimensiones y consecuencias de este proceso social que se desarrolló desde 1750 en Inglaterra han sido estudiadas por Ashton, T. S. *La Revolución Industrial*, segunda impresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

preciosos, sino en la productividad industrial, y que las sociedades más productivas son aquellas donde hay libertad individual, esto es, aquellas donde se establece un orden político que garantiza los derechos de los individuos¹¹.

La economía debe dejarse en manos del mercado, esto es, en manos privadas, pues Smith sostiene que las leyes del mercado generan el equilibrio necesario y, en consecuencia, no es necesaria la intervención del Estado. La riqueza que los burgueses producen en el mercado, impulsados por su interés individual, se convierte en un bien público, o bienestar social, mediante equilibrios automáticos producidos por lo que él denomina *mano invisible*:

Ninguno se propone, por lo general, promover el interés público, ni sabe hasta qué punto lo promueve. Cuando prefiere la actividad económica de su país a la extranjera, únicamente considera su seguridad, y cuando dirige la primera de tal forma que su producto represente el mayor valor, solo piensa en su ganancia propia; pero en este como en otros muchos casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entraba en sus intenciones (...) pues al perseguir su propio interés, promueve el de la sociedad de una manera más efectiva que si esto entrara en sus designios¹².

Y más adelante agrega

El esfuerzo que hace todo individuo para mejorar su condición, cuando se desarrolla por los cauces que señalan la seguridad y la libertad, es un principio tan poderoso que, él solo, sin otra asistencia, suele ser bastante para conducir la sociedad a la prosperidad y a la riqueza...¹³.

11 Smith pone en evidencia que hay una racionalidad en el comportamiento económico de los individuos en las sociedades de mercado que obedece a la rentabilidad y al beneficio propio: es el ánimo de lucro el que mueve a los individuos a producir bienes en la cantidad y la calidad demandados por el mercado. En este sentido, sostiene que "(...) no es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero que esperamos nuestra comida, sino de la consideración que ellos hacen de sus propios intereses. No apelamos a su sentido humanitario sino a su amor por ellos mismos...", Smith, Adam. *Indagación acerca de las causas y de la naturaleza de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, Serie de Economía, 1997, p. 13.

12 Íbid p. 402.

13 Íbid p. 481.

El liberalismo económico, fundado en la tesis de la división entre lo público y lo privado, insiste en que lo público debe limitarse en favor de la libertad individual que se encuentra en los espacios privados, esto es, insiste en la idea de un *Estado mínimo* y sostiene, en consecuencia, que la vida privada genera bienes públicos, como el bienestar social.

En términos de Smith, para que los individuos, dotados como están de esa racionalidad de la rentabilidad y del beneficio propio, sean productivos, es necesario que exista un orden político frugal dirigido a garantizar sus derechos y libertades, porque los seres humanos son productivos cuando saben que sus derechos de propiedad, su libre iniciativa y su libertad de empresa están garantizados¹⁴. Los seres humanos, afirma Smith en *La riqueza de las naciones*, siempre que sus conductas no infrinjan las leyes del Estado, son libres de buscar su propio interés y de fundar su empresa para competir con otros¹⁵.

Cesare Beccaria sostiene una idea muy similar:

(...) las ciencias de la economía pública no pueden dejar de engrandecer y ennoblecer los fines privados de la economía doméstica, sugiriendo los medios para unir la utilidad propia con la del público. Acostumbrándonos a considerar los asuntos de la sociedad y a replantear las ideas del bien universal, el amor natural que infundimos en nuestros razonamientos y en los temas que nos suscitan tantos placeres intelectuales, se reaviva el apagado amor a la patria; no nos consideramos más como partes aisladas sino como hijos de la sociedad, de las leyes y del Soberano¹⁶.

La idea que se está esbozando puede expresarse en las palabras de Benjamín Constant cuando confrontaba el sistema político de las sociedades antiguas

14 En un Estado liberal el propio mercado propicia “(...) un punto tal de eficiencia en la distribución del ingreso que la producción total no puede ser resignada para generar un nivel más alto de bienestar, sin reducir el bienestar de algún agente”. Esta formulación es conocida como el *óptimo de Pareto*. Ayala E. José. *Mercado, elección pública e instituciones. Una revisión de las teorías modernas del Estado*, México, UNAM, 1996, pp. 84 y ss.

15 Smith, *Op. cit.*, pp. 651 y ss.

16 Beccaria, Cesare. *Principios de economía pública y otros ensayos* [Traducido por Alberto Supelano], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 18.

con las nacidas de la Ilustración y defendía las libertades individuales, el liberalismo económico y los intereses privados, al tiempo que exaltaba el sistema político representativo en detrimento de la representación directa en los asuntos públicos que caracterizaba a la libertad de los antiguos¹⁷.

Se advierte, pues, que la estructura institucional establecida con base en las ideas revolucionarias de los liberales —esto es, el *Estado gendarme*—, fue adecuada para el desarrollo de prácticas económicas que suscitaron un nuevo debate que puede proponerse con la siguiente cuestión: ¿Podía la ideología liberal, que había resuelto con criterio equilibrado la paradoja entre autoridad y libertad, resolver también la paradoja que se estaba suscitando solo unos años después entre libertad e igualdad?

Uno de los críticos del liberalismo económico fue J. J. Rousseau. Este pensador, contemporáneo de Smith, hizo un análisis del liberalismo frente a la democracia construyendo una comparación que todavía en nuestros días se sigue planteando¹⁸. Liberalismo y democracia son productos de las ideas revolucionarias de la Ilustración que luchaban contra el denominado *antiguo régimen* —el absolutismo de Estado y la estructura señorial de la sociedad cuyos privilegios se fundaban en la tradición y la sangre—. No obstante, dice el filósofo ginebrino, el liberalismo da prioridad a la libertad —a la autonomía de la persona, a la propiedad y a la libre competencia— sobre la igualdad. Por el contrario, la democracia, que estaba unida al liberalismo en su propuesta revolucionaria, da prioridad a la igualdad y a la inclusión social. Esto explica que Rousseau hubiera propuesto desde la Francia de su época un razonamiento que antepone la igualdad a la propiedad¹⁹.

Las consecuencias positivas y negativas derivadas del orden político y económico de la Ilustración, fundado en el liberalismo, también fueron puestas en evidencia por Jeremy Bentham. En efecto, buena parte de su obra política consiste en proponer un análisis del liberalismo en dos dimensiones. La primera es su dimensión teórica, y considera el liberalismo como instru-

17 “De la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos”, discurso pronunciado por Constant en el Ateneo de París en 1819.

18 El trabajo del pensador italiano Bobbio, por ejemplo, sigue planteando las diferencias que existen entre liberalismo y democracia. Norberto, Bobbio. *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

19 Rousseau, Jean Jacques. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Buenos Aires, Losada, 1980.

mento para interpretar el proceso de las sociedades de algunos países del norte de Europa que hicieron el tránsito a la Modernidad con base en los valores del individualismo ilustrado. La segunda es una dimensión ideológica y considera el liberalismo por su capacidad de transformar una realidad –la del *viejo régimen*– mediante el establecimiento de unas instituciones y por su capacidad para legitimar esas instituciones y el bien público que se suscitó entonces.

No obstante, como toda ideología, el liberalismo también mostró sus límites, paradojas y contradicciones internas. En efecto, si la garantía de las libertades individuales que se derivan de los principios individualistas de la Ilustración propiciaron en Europa una transformación revolucionaria, esas mismas garantías, consideradas en sentido económico, le dieron base a un modelo de desarrollo que generó desigualdades entre los individuos y entre los Estados. En efecto, la crítica de Bentham se refiere a que las sociedades que acogieron estas instituciones tuvieron que afrontar las consecuencias negativas propias del nuevo modelo de desarrollo asociadas al problema de la distribución de la riqueza –como la pobreza y la desocupación– porque las novedosas instituciones no habían establecido los mecanismos de compensación adecuados para afrontar un modelo económico que resultaba excluyente.

No puede negarse que la discusión política y económica relacionada con los derechos sociales y económicos, y en torno a la igualdad ya no solo formal ante la ley, surgió concomitantemente con la discusión en torno a las libertades, reconocidas de manera sistemática en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y en las posteriores constituciones revolucionarias de Francia, tema este que se abordará ampliamente más adelante.

Se puede afirmar, pues, que bajo el contexto revolucionario del liberalismo, y gracias a la garantía de las libertades individuales, los procesos de acumulación capitalista dieron paso a incrementos considerables de bienestar social que, no obstante, nunca resultaron satisfactorios. Tal como lo sostuvo Bentham, el liberalismo económico buscaba darle “la máxima felicidad al mayor número de personas”, lo que significaba que dicho sistema, aun en la mejor de sus expresiones, excluiría a algunas personas de sus beneficios²⁰.

20 Los trabajos críticos de Bentham sobre el sistema legal y judicial inglés le permitieron proponer la doctrina

Un pensador contemporáneo como Eric Hobsbawm sostiene, en este sentido, que el desarrollo del siglo XVIII se debió al progreso de la industria y el comercio, esto es, al racionalismo económico y científico. Las logias masónicas inglesas, donde no existía una diferencia de clases, propagaron estas ideas hasta Francia, donde la igualdad y la libertad promovieron la revolución. En este contexto, donde el pensamiento más avanzado estaba asociado a la necesidad de defender la libertad individual, el objetivo de los filósofos de la Ilustración –contrario a lo que muchos historiadores piensan– no era el capitalismo. Para Hobsbawm, a través de ideas como el humanismo, la razón y el progreso, lo que defendían era la libertad de todos los ciudadanos²¹.

Estas reflexiones permiten colegir que el derecho y las instituciones albergan, desde tiempos de la Ilustración, unas paradojas: son un instrumento de poder y, al mismo tiempo, un instrumento para limitar la acción del poderoso. Son un instrumento de la libertad y, al mismo tiempo, un potenciador de las desigualdades.

De la misma manera, estas reflexiones permiten colegir que el liberalismo debe considerarse en tres dimensiones. La primera es su dimensión ideológica. En este sentido, el liberalismo mostró en el contexto de la Modernidad, por un lado, un carácter revolucionario expresado en su capacidad para transformar una realidad –la del *viejo régimen*– mediante el establecimiento de unas instituciones y, por otro lado, su capacidad para legitimar esas instituciones y el proceso social que se suscitó. La segunda dimensión se expresa como una teoría, esto es, como su capacidad para interpretar el proceso que sufrieron las sociedades de algunos países del norte de Europa que hicieron tránsito a la Modernidad con base en los valores del individualismo ilustrado.

utilitarista de acuerdo con la cual todo acto humano, norma o institución deben ser considerados por la utilidad que entrañan, esto es, por el placer o el sufrimiento que producen a las personas. Esta observación, tan simple como antigua, le permitió a Bentham dar fundamento a una nueva ética que él propuso en una frase: «la mayor felicidad para el mayor número» y que lo acercó a corrientes de pensamiento progresistas y democráticas. Las bases del utilitarismo fueron esbozadas en *Introducción a los principios de moral y legislación*, escrita en 1789. El texto citado fue consultado en Bentham, Jeremías. *Obras selectas*, Buenos Aires, Rodamillans, 2005.

21 Hobsbawm, Eric. *La era de las revoluciones, 1789-1848*, Barcelona, Crítica, 1997.

La tercera dimensión se expresa como una paradoja porque el liberalismo, que promovió la superación del *viejo régimen*, también propició desigualdades y exclusiones de orden económico, lo que originó críticas de pensadores de la época como el propio Rousseau o propuestas constitucionales como las planteadas por Robespierre.

Sobre estas bases se puede inferir, en términos generales, que las relaciones de poder que propiciaron el origen de una institución estatal también le imprimen su carácter, y si las instituciones están marcadas por las relaciones de poder que se suscitaron en los contextos sociales en los que tuvieron origen, se puede colegir que las instituciones encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos traen consigo un carácter y un sentido derivado de ese trasegar de la humanidad por la Modernidad.

Esto se hace evidente cuando se estudian los antecedentes modernos del *Ombudsman* en Suecia en tres momentos diferentes: el primero, en el siglo XVI, cuando se estableció el *Presbote de la Corona* cuya función principal era vigilar la administración de justicia en el reino. Esta función la ejercía bajo la suprema autoridad del rey y, por esa razón, este agente del Estado debía rendir informe a la Corona. El segundo, cuando Carlos II nombró en 1713 al primer *Procurador Supremo*, un agente del Estado que tenía la misión de vigilar el cumplimiento de las leyes y la gestión pública. El tercero, cuando en 1809 —y bajo el influjo decantado de la Ilustración y el individualismo—, esta figura se incorporó a la Constitución sueca bajo la forma de un delegado parlamentario y, en este sentido, como un agente estatal independiente del rey cuya misión, siguiendo el carácter que había adquirido en el pasado, consistió en vigilar la administración pública y hacer respetar los derechos y libertades de los ciudadanos a través de mecanismos para atender sus reclamaciones²².

El carácter de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos deriva, pues, de los diversos contextos sociales en los que estas instituciones tuvieron origen y desarro-

22 Puede verse la versión electrónica de *Parliamentary Ombudsmen*, en *Sveriges Riksdag*: <http://www.riksdagen.se/en/How-the-Riksdag-works/What-does-the-Riksdag-do/Parliamentary-control/The-Parliamentary-Ombudsmen/> También pueden consultarse otras páginas: *Federación Iberoamericana del Ombudsman*, FIO: <http://www.portalfio.org/inicio/> Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/Ombudsman/faqs.shtml>

llo. Si se acepta este aserto se puede colegir que la referencia a un *tribuno del pueblo* supone concebir un contexto social enriquecido en las ideas políticas del estoicismo, heredadas de los griegos a los romanos quienes propusieron que el gobierno y, en general, la política, debía considerarse como un asunto público o como una cosa pública, esto es, como una *res publici*. En el mismo sentido, Suecia imprimió carácter a la institución independiente del *Ombudsman* parlamentario y, por esa razón, cuando la elevó a un nivel constitucional, la institución se enriqueció de los presupuestos de la democracia, esto es, del contexto social moderno que venía de la Ilustración y que abogaba por el individualismo y la defensa de los derechos y las libertades de los ciudadanos²³.

Dadas su experiencia exitosa y su necesidad, la institución sueca del *Ombudsman* también se estableció en muchos países de Europa –en Finlandia en 1919, en Dinamarca en 1953– y, con posterioridad, en buena parte de los países de Iberoamérica: la Constitución de Portugal la estableció en 1976; la de España, en 1978; y la de Guatemala, en 1985. No obstante, antes de proponer un análisis referido al proceso que esta institución tuvo en Iberoamérica, es preciso considerar otros contextos sociales de Occidente en tiempos contemporáneos.

2. El *Ombudsman* en tiempos contemporáneos

La división entre lo público y lo privado, típica de los modelos liberales que habían llegado hasta el siglo XX, propició la formulación de un paradigma esencial de la economía clásica: el Estado –lo público– no debe intervenir en el mercado –lo privado–. Sobre esas bases, los países de Europa occidental estaban afrontando unas crisis sin antecedentes.

En efecto, en la primera mitad del siglo XX se hicieron evidentes las virtudes y contradicciones que se propiciaban en los ámbitos institucionales del liberalismo: por un lado, los altos niveles de vida alcanzados en los países

23 “Sweden was the first country in the world to establish an Office of the Parliamentary Ombudsmen (...) The Parliamentary Ombudsmen have existed in Sweden since 1809, and they are politically neutral?”. *Parliamentary Ombudsmen*, *Ibid.*

con *Estados de derecho* e intensivo desarrollo industrial; por el otro, y en palabras de Keynes, desequilibrios económicos que condujeron a dos guerras mundiales cuyos orígenes solo pueden explicarse si se consideran las bases de ese modelo de desarrollo que excluye a buena parte de la población en el mundo²⁴. Se suscitó, entonces, una cuestión muy simple: ¿cómo deben estructurarse las relaciones entre el Estado y la economía?

La respuesta de Keynes es clara. Se hacía necesario superar ese paradigma porque los problemas sociales como el desempleo y, en general, los ciclos críticos del modelo de desarrollo del capitalismo, se convirtieron en problemas públicos que deben ser prevenidos y paliados por medidas anticíclicas y por políticas públicas dirigidas a generar redistribución de la riqueza. En otras palabras, el Estado debe intervenir en la economía²⁵.

En los términos de un Premio Nobel como Samuelson, que sigue las ideas de Keynes, se puede sostener que el mercado dejó de ser un asunto eminentemente privado y pasó a formar parte de los asuntos públicos: el mercado, dice, genera riqueza porque funciona de acuerdo con la racionalidad individual de la producción y la acumulación capitalista. No obstante, el mercado no puede producir bienes sociales. “No des al mercado lo que no es del mercado”, dijo Samuelson, parodiando las *Tablas Sagradas*, para expresar que el mercado es muy eficiente en la asignación y en la distribución de ciertos bienes pero que, en general, debe haber un orden que se encargue de frenar los naturales impulsos egoístas del hombre. Este problema condujo a Samuelson a plantear una pregunta: ¿cómo conciliar la tendencia creciente de la economía de mercado con la necesidad de un orden que garantice los bienes de solidaridad que el mercado no puede producir?²⁶

El impresionante crecimiento del capitalismo industrial en los Estados Unidos, dice John K. Galbraith, se había fundado en los mismos elementos teóricos de la escuela clásica y, por esa razón, se hizo necesaria una ruptura epistemológica que condujo al establecimiento de instituciones de interven-

24 John M. Keynes criticó la base de las teorías clásicas sobre el mercado de trabajo y el mecanismo de ajuste automático del desempleo mediante el descenso de los salarios reales. En este sentido, sostiene que el equilibrio económico no tiene necesariamente que conllevar una situación de pleno empleo. Keynes, John Maynard. *La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Oxford University Press, 1960.

25 Oxford. Óp. cit.

26 Samuelson, Paul. *Economía desde el corazón*, Barcelona, Folio, 1987, pp. 20 y ss.

ción en la economía. En efecto, los aportes teóricos y las recomendaciones de Keynes están detrás de las reformas adelantadas por el presidente Roosevelt y denominadas *New Deal* que permitieron a los Estados Unidos salir de la *Gran Depresión*²⁷.

Se va consolidando, pues, una nueva visión del mundo porque la división entre lo público y lo privado resultaba insuficiente para estudiar realidades más complejas. En efecto, el siglo XX era testigo de problemas sociales que ameritaban respuestas desde perspectivas diferentes de las que había propuesto el liberalismo clásico. Esto explica que Herman Heller propusiera nuevas instituciones del orden público, fundadas en criterios de solidaridad dirigidas a promover los derechos de los grupos sociales más vulnerados²⁸.

El establecimiento de estas nuevas instituciones, cuyas ideas fundamentales habían sido propuestas por Heller, deben entenderse como el resultado de un fortalecimiento de la democracia que, a partir del final de la *Segunda Guerra Mundial*, cobra fuerza en Alemania e Italia –la denominada *segunda ola democratizadora*²⁹– y que, a su vez, le dio forma a un orden estatal diferente que hoy se ha denominado *Estado social de derecho* y que pretende, con éxito relativo, afrontar tanto el dilema entre autoridad y libertad como el dilema entre libertad e igualdad.

Uno de los instrumentos necesarios para la construcción de ese nuevo orden público es la institucionalización de instrumentos estatales de intervención

27 Galbraith sostiene que el desarrollo del capitalismo industrial de los Estados Unidos de Norteamérica, observado en los primeros años del siglo XX, se había forjado, al igual que en la Inglaterra de los siglos XVIII y XIX, con base en la idea del Estado mínimo. Galbraith, John Keneth. *El capitalismo americano: el concepto del poder compensador*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 75.

28 La obra de Heller que se ha estudiado para estas reflexiones es *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.

29 La *primera ola democratizadora* en Europa ha sido estudiada, entre otros, por Luebbert y Maier, quienes han tratado de explicar las razones por las cuales las democracias de Francia, Gran Bretaña y Suiza se mantuvieron como democracias pese a las amenazas y la crisis, y por Moore y Stephens, quienes han explicado las razones por las cuales se impuso el totalitarismo en ciertos países como Italia, Alemania y España. Sin embargo, estos estudios solo se refieren a los procesos sufridos en Europa Occidental y, además, sus análisis se basan en la oposición casi dicotómica entre fascismo y liberalismo. Stephens, John. “Democratic transition and breakdown in Western Europe, 1870 – 1939: a test of the Moore thesis”, *American Journal of Sociology*, No. 94, 1989; Luebbert, Gregory. *Liberalism, fascism or social democracy: social classes and the political origins of regimes in interwar Europe*, New York, Oxford University Press, 1991; Maier, Charles. *Recasting Bourgeois Europe: stabilization in France Germany and Italy in the decade after world war I*, Princeton, Princeton University Press, 1975; Moore, Barrington. *Social origins of dictatorship and democracy: Lord and peasant in the making of the modern world*, Boston, Beacon Press, 1966.

en la economía. Como lo ha sostenido Joseph E. Stiglitz, la intervención del Estado en la economía se hace necesaria por tres razones: en primer lugar, porque es necesario definir las reglas del mercado, esto es, proteger los derechos de propiedad y velar por el cumplimiento de los contratos; en segundo lugar, porque el mercado tiene fallas que el Estado debe corregir; en tercer lugar, porque la economía de mercado no puede generar ese bien público que se denomina redistribución social de las rentas³⁰.

Se puede concluir que el Estado en su origen consideró que asuntos como la seguridad, la defensa de las fronteras y la administración de justicia eran *asuntos públicos* que ameritaban su intervención y cuya regulación le daba sentido a su existencia misma. No obstante, de acuerdo con las reflexiones propuestas se colige que asuntos como los procesos económicos críticos, la salud y la educación son *asuntos públicos* que también ameritan su intervención.

En este sentido, también se infiere que las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos asumen nuevas misiones institucionales y, en este sentido, que la *magistratura moral* dirigida a *garantizar los derechos individuales* y a *vigilar la administración pública* debe ampliarse a la garantía de los derechos sociales que implica, necesariamente, su *incidencia en las políticas públicas*.

3. El *Ombudsman* y los procesos de internacionalización

Las consecuencias de las guerras y de las crisis económicas sufridas durante la primera mitad del siglo XX, y la conciencia sobre la inestabilidad del orden global, la precariedad de las instituciones de seguridad y las consecuencias de la desigualdad derivada del orden económico, dieron origen a nuevas instituciones de orden internacional —el tránsito del *derecho internacional clásico* al *derecho internacional contemporáneo*³¹—cuyos principios ampliaron el papel del Defensor del Pueblo.

30 Stiglitz, Joseph. *La economía del sector público*, Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2002, pp. 91 y ss.

31 Debe destacarse, entre estos logros, la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, en el marco del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial. El Preámbulo de su Constitución recuerda, entre otros asuntos, que *la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social; que existen condiciones*

El primer hito, que es un esfuerzo dirigido a crear instituciones internacionales se hizo cuando aún no había terminado la Segunda Guerra Mundial, y no estaba referido a los apremiantes temas de la paz y la seguridad sino a los temas económicos. Se explica porque la humanidad había comprendido que la guerra no era un problema eminentemente político —como lo advirtió Karl Von Clausewitz en su época³²— o, lo que es lo mismo, porque el ser humano había comprendido que hay causas económicas que propician las guerras. Y fue el mismo John M. Keynes quien propuso una regulación de la economía internacional, cuyos principios se hicieron efectivos en la *Conferencia Internacional sobre Asuntos Económicos, Monetarios y Financieros*, convocada por el presidente Roosevelt y llevada a cabo en Bretton Woods en 1944³³.

Nacieron así instituciones para regular la economía internacional y, de manera específica, las relaciones financieras, comerciales y monetarias de la época de posguerra, que dieron origen al denominado *derecho internacional económico*³⁴.

de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales, y que es urgente mejorar dichas condiciones, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas. Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907

32 La frase que suele citarse de este militar y analista de la guerra prusiano es: «La guerra es la continuación de la política por otros medios». Más allá del cinismo que suelen atribuirle, Clausewitz es fundador de un análisis racional de los conflictos bélicos y, en este sentido, proponía que la guerra moderna debe entenderse como un «acto político». Von Clausewitz, Karl. *De la guerra*, Barcelona, Editorial Labor, 1984.

33 Es necesario, decía Keynes, que existan unas instituciones encargadas de dirigir la economía internacional que funcionen de tal manera que no se produzcan los desequilibrios que propiciaron la guerra. El objetivo fundamental de la Conferencia de Bretton Woods era el de establecer unas instituciones basadas en la cooperación, que se encargaran de regular los aspectos monetarios, financieros y comerciales de las relaciones entre los Estados, y de promover la equidad en esas relaciones, con el objeto de corregir los errores del desgobierno económico cometidos tras la Primera Guerra Mundial. Keynes y White fueron los arquitectos de la institucionalidad internacional creada en Bretton Woods y, en términos generales, planteaban estructuras similares. Sin embargo, la propuesta del ministro estadounidense, que presentaba un matiz liberalizador porque no estaba de acuerdo con el equilibrio de balanza de pagos propuesto por Keynes y una moneda mundial, se impuso al final. Dammasch, Sabine. *The System of Bretton Woods a Lesson for History*, <http://www.wv.uni-magdeburg.de/fwdeka/student/arbeiten/006.pdf> (Consultado: 18 de noviembre de 2008).

34 El derecho internacional económico estaba conformado por el Fondo Monetario Internacional, FMI, el Banco Mundial y de Reconstrucción, MB, y la Organización Internacional del Comercio, OIC, que no nació entonces. En efecto, el debate y el establecimiento de una Organización Internacional del Comercio no pudo concluirse en Bretton Woods. De esta manera, se aplazó para la siguiente conferencia en La Habana. Allí se estableció un

El segundo hito que permite hablar del tránsito del *derecho internacional clásico* al *derecho internacional contemporáneo* se refiere a la paz y seguridad internacionales y solo se hizo efectivo en 1945, cuando había llegado a su fin la conflagración bélica y la *Carta de San Francisco* prohibió la guerra y la amenaza de hacer la guerra entre Estados. La proscripción de la guerra, que significó el tránsito *ius ad bellum* al *ius in bello*³⁵, también significó el origen del sistema colectivo de seguridad internacional, el establecimiento del Consejo de Seguridad y el origen de las denominadas *Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas*³⁶.

El tercer hito de la historia que permite hablar del tránsito del *derecho internacional clásico* al *derecho internacional contemporáneo* está referido a los derechos humanos y a la conciencia que se desarrolló tras la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, la comunidad internacional de la época propuso establecer límites a los gobernantes en favor de los seres humanos, ciudadanos o extranjeros, que se encuentren en el territorio de un Estado. El hito fundamental de este proceso es la *Carta de París de 1948*, porque a partir de esa Declaración Universal de Derechos se fueron estableciendo, de manera paulatina, principios e instituciones cada vez más específicos cuyo desarrollo conformó lo que hoy se denomina *sistema universal de protección de los derechos humanos*³⁷ y, a partir de allí, sistemas regionales de protección de derechos humanos.

En este punto del análisis es preciso recordar que desde tiempos del absolutismo se había construido una idea de Estado fundada en tres elementos esenciales: el territorio, la población y el orden político. Sobre esas bases, y

acuerdo de aranceles muy simple –GATT–. Solo en 1995, en *La ronda de Uruguay del GATT*, se estableció la Organización Mundial del Comercio, OMC.

35 A partir de 1949 se crean o perfeccionan instrumentos tales como los Cuatro Convenios de Ginebra y, más adelante, sus Protocolos adicionales que constituirán, junto a otros instrumentos de igual naturaleza, los estándares normativos más importantes de obligatorio cumplimiento en los conflictos armados.

36 El párrafo 4 del art. 2 de la Carta dispone: Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

37 Esta “Declaración, junto con el “Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos”, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y sus respectivos protocolos adicionales, conforman la “Carta Internacional de los Derechos Humanos”. Estos pactos fueron establecidos el 16 de diciembre de 1966 e imparten obligatoriedad jurídica a los derechos proclamados por la Declaración”, http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/_ciddh.htm

como lo sostenía E. de Vattel en el siglo XVIII, se había consolidado una idea de soberanía que se expresaba en la exclusión de toda autoridad externa³⁸.

No obstante, cuando se había superado la etapa de la posguerra se experimentó una nueva transformación esencial de la arquitectura internacional. Tal como lo sostiene James Rosenau, el viejo orden *estadocentrista* y equilibrado se ha transformado gracias a la intervención de diversos actores no estatales, a la revolución tecnológica, al acceso generalizado de los individuos a la información, a la transformación de las reglas económicas y, en fin, a la transformación de la agenda internacional, cuyos efectos han desbordado los límites y las capacidades del Estado³⁹.

En otras palabras, bajo los cambiantes y complejos procesos sociales impulsados por las dinámicas de la *globalización* se ha suscitado una erosión de las capacidades del Estado que en la práctica se manifiesta en un declive de lo público y de la democracia, en un fortalecimiento de los poderes privados y en una exclusión social creciente que alimenta la inestabilidad política y los conflictos. Como lo afirman muchos filósofos y pensadores desde diferentes matices disciplinarios y fundados en diversas reflexiones, en este contexto de incertidumbre y complejidad los denominados *atributos clásicos* del Estado van transformándose⁴⁰.

No es prudente exagerar la idea de *globalización* y, en este sentido, no es prudente enfrentarla como un antagonico a la idea de soberanía. Como lo demuestra Stephen Krasner, desde el siglo XV se pueden encontrar acuerdos internacionales sobre respeto de las personas –fundamentalmente los acuerdos de paz– y acuerdos de regulación del comercio internacional. Además, agrega, si se lo considera desde la perspectiva del derecho internacional, los acuerdos internacionales son una manifestación clara de esa soberanía porque no existirían si los Estados se reconocieran mutuamente su capacidad para celebrarlos⁴¹. No obstante, concluye Krasner, lo que sí

38 De Vattel, E. *The law of nations*, Philadelphia, T. and J. W. Johnsons, Law booksellers, 1852.

39 Rosenau, James. “Previewing post international politics”, en *Turbulence in World Politics*, Princenton, Princenton University Press, 1990, pp. 11 y ss.

40 Pueden verse, entre otros, Chevallier, Jacques. *El Estado posmoderno* [Traducción de Oswaldo Pérez], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012 y Sorensen, Georg. *La transformación del Estado. Más allá del mito del repliegue* [Traducción de Ramón Cotarelo], Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

41 Krasner, Stephen. “Globalización y soberanía”, en Teubner, Gunther; Sassen, Saskia; Krasner, Stephen.

es posible poner en evidencia es que hay unos cambios en el contexto global que están transformando la capacidad del Estado para controlar ciertas prácticas sociales que se globalizan y, en consecuencia, que se regulan con normas propias de la lógica de la internacionalización⁴².

Saskia Sassen va más allá y sostiene que la transformación del Estado está implicando la erosión de lo público y de la democracia debidas, entre otras cosas, a la captura de las funciones legislativas en favor de intereses privados. La emergencia y multiplicación de negociaciones entre los Estados, y entre los Estados y los sujetos económicos globales, propicia, dice Sassen, la producción de nuevas normas jurídicas en un proceso que, en detrimento de la soberanía estatal, obedece a la lógica económica del mercado libre y afecta directamente las políticas económicas estatales. Se colige, pues, que la merma de lo público ha significado

(...) la privatización de ciertas capacidades para crear normas que hemos asociado con el Estado. Ese fenómeno –agrega la pensadora alemana– trae aparejadas mayores posibilidades de creación de normas para la mayoría y no para la minoría, lo que en sí no es una novedad, salvo por el hecho de su formalización y una mayor restricción con respecto a quienes pueden beneficiarse de esa capacidad legislativa⁴³.

Stiglitz también ha entrado en este debate para sostener que hay un proceso de debilitamiento de la democracia que propicia, a su vez, un debilitamiento de lo público. La desigualdad fomentada por una economía de mercado y que llega a cifras indignantes, dice el profesor de Columbia, está asociada a una democracia débil y a una erosión del imperio de la Ley⁴⁴. Este proceso, puesto en los términos de algunos paradigmas de la economía que prevalecen en la actualidad, se puede presentar como la *austeridad* o *sostenibilidad fiscal* que corresponde con una tendencia ideológica que busca volver al *Estado*

Estado, soberanía y globalización, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010, pp. 172 y ss.

42 *Ibíd.*, pp. 154 y ss.

43 Sassen, Saskia. “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en Teubner, Gunther; Sassen, Saskia; Krasner, Stephen. *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010, pp. 23 y ss.

44 Stiglitz, Joseph. *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*, New York, Norton & Company. Inc., 2012, pp. 101 y ss., pp. 173 y ss y pp. 247 y ss.

mínimo. Esta tendencia ideológica, dice Stiglitz, genera una paradoja para el Estado porque sus instituciones, expuestas como están a esos paradigmas que amenazan su existencia, deben asumir cada día mayores funciones. El profesor de Columbia y ganador del Premio Nobel agrega, además, que la austeridad parece practicarse solo cuando la reducción del gasto público está dirigida a las políticas públicas de orden social. De donde se infiere que esta tendencia lo que busca, en el fondo, es reducir hasta desfinanciar completamente el *Estado social de derecho*⁴⁵.

Otro Premio Nobel de ciencia económica, Paul Krugman, coincide de alguna manera con la misma tesis y sostiene que quienes aducen que el gasto público es la causa de la crisis que sufre la sociedad desde 2007 olvidan que Estados Unidos solo pudo salir de la *Gran Depresión* aumentando el gasto público. Por esa razón, agrega: “(...) los cambios en el gasto gubernamental mueven la producción y el empleo en la misma dirección: si se gasta más, crecerán tanto el PIB real como el empleo, si se gasta menos, el PIB real y el empleo menguarán”. En consecuencia, concluye el profesor del London School of Economics, la recuperación económica “(...) solo es posible si el gobierno gasta donde el sector privado no lo hace...”⁴⁶.

En otras palabras, está demostrado que la crisis que empezó en 2007 no tiene origen en el gasto social, como aducen algunos, sino en las fuerzas de un mercado que ha sido desregulado con la aquiescencia o la iniciativa de las autoridades estatales. Ahora bien, los paradigmas económicos que prevalecen en nuestros días, por iniciativa o por aquiescencia de las autoridades estatales, insisten en un ajuste económico cuyas medidas, fundadas en la austeridad, han agobiado más a los más pobres y, en general, a los países más afectados por la crisis que han visto reducir sus ingresos públicos por unas decisiones que contraen la economía.

En efecto, y como se ha advertido atrás, bajo los cambiantes y complejos procesos sociales que la sociedad humana está viviendo desde finales del siglo XX, impulsados por las dinámicas de la *globalización*, esto es, por el desarrollo tecnológico, la intensificación de las comunicaciones, la inter-

45 *Ibíd.*, pp. 322 y ss.

46 Krugman, Paul. *End This Depression Now!*, Oxford, Oxford University Press, (212).

nacionalización de los derechos humanos, la consolidación de la economía de mercado, se ha suscitado una erosión de las capacidades del Estado que se manifiesta de diversas maneras: como lo afirma Saskia Sassen, en una captura de sus funciones legislativas en favor de intereses privados⁴⁷; como lo demuestra Stiglitz, en un incremento inusitado de la riqueza y, al mismo tiempo, de los indicadores de pobreza y desigualdad⁴⁸; como sostiene Ferrajoli, en una *des-constitucionalización* de los derechos ciudadanos y en una merma de los procesos democráticos⁴⁹ y, como lo aduce Krugman, en la imposición de unos específicos paradigmas de la economía –la *austeridad o sostenibilidad fiscal*– que conducen a una drástica reducción del gasto público que afecta, de manera especial, a las políticas públicas de orden social⁵⁰.

Estas reflexiones sobre lo público ponen en evidencia que existe un dilema entre austeridad y solidaridad que, no obstante, se ha resuelto en favor de los intereses privados y en detrimento de las funciones del Estado.

La discusión sobre cuánto se debe gastar y en qué tipo de políticas públicas se debe gastar es, dice O'Donnell, una discusión política esencial referida a qué tipo de Estado se quiere crear y para qué tipo de nación, y no una dis-

47 Como lo ha sostenido Saskia Sassen, la emergencia y multiplicación de negociaciones entre los Estados, y entre los Estados y los sujetos económicos globales, propicia la producción de nuevas normas jurídicas en un proceso que, en detrimento de la soberanía estatal, obedece a la lógica económica del mercado libre y afecta directamente las políticas económicas estatales. Se colige, pues, que la merma de lo público ha significado “(...) la privatización de ciertas capacidades para crear normas que hemos asociado con el Estado. Ese fenómeno –agrega la pensadora alemana– trae aparejadas mayores posibilidades de creación de normas para la mayoría y no para la minoría, lo que en sí no es una novedad, salvo por el hecho de su formalización y una mayor restricción con respecto a quienes pueden beneficiarse de esa capacidad legislativa”. Sassen, Saskia. “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en: Teubner, Gunther; Sassen, Saskia; Krasner, Stephen. *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010, pp. 23 y ss.

48 La desigualdad fomentada por una economía de mercado y que llega a cifras indignantes, dice el profesor de Columbia, está asociada a una democracia débil y a una erosión del imperio de la ley. Stiglitz, Joseph. *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*, New York, Norton & Company Inc., 2012, pp. 101 y ss., pp. 173 y ss., y pp. 247 y ss.

49 En palabras de Luigi Ferrajoli, el proceso de declive de la democracia y debilitamiento de *lo público* genera un impacto negativo sobre los derechos humanos y las instituciones que los defienden que podría denominarse “des-constituyente” y que va dando paso a una subordinación de los intereses públicos en favor de los intereses privados. Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia italiana*, Roma, Ed. Laterza, 2011. En el contexto de la globalización el Estado pierde capacidad para controlar los poderes públicos en favor de los derechos de las mayorías y, movido por las lógicas que prevalecen en la internacionalización de la economía de mercado, pierde su capacidad legislativa en favor de grupos minoritarios que se benefician de la inserción en la economía global. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil* [Traducción de Andrés Perfecto Ibáñez], Madrid, Edit. Trotta, 2006, pp. 17 y ss.

50 Krugman, Paul. *End This Depression Now*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

cusión económica que atañe solo a los técnicos de la burocracia⁵¹. En otras palabras, el debate no puede referirse a una regla fiscal cuya sostenibilidad debe imponerse sobre cualquier otro criterio, sino a las decisiones sobre la construcción de asuntos públicos que deben ser prioridad en cualquier presupuesto público, porque solo es sostenible un Estado que propicie la democratización política, social y económica.

No obstante, el *Estado social de derecho*, que se puede definir como el espacio institucional apropiado para garantizar los derechos humanos y, en general, para afrontar de manera creativa las consecuencias positivas y negativas derivadas de la dinámica y compleja sociedad humana de nuestros días, se está desmontando en virtud de unos procesos globalizadores empujados por una ideología específica de orden económico que busca su reducción y que puede definirse como neoclásica –también denominada neoliberal– en la medida en que es el intento, bastante exitoso, de volver a los principios expuestos por la escuela clásica sobre el *Estado mínimo*.

Las ideas neoliberales se consolidaron con el denominado *Consenso de Washington* cuyos principios se divulgaron, de manera amplia, en los países de América Latina durante la crisis de la deuda externa. Su propuesta se puede resumir en un medio y en un fin. El medio era explícito y consistía en la disciplina económica en favor del mercado que abarca el principio de sostenibilidad fiscal; el fin estaba implícito y consistía en garantizar el pago de la deuda externa⁵².

El Banco Mundial, fundado en estos criterios, promovía las transformaciones que los países en vías de desarrollo debían efectuar para insertarse en la

51 O'Donnell, Guillermo. "La democracia en América Latina: contribuciones para el debate", en O'Donnell, Guillermo y Oszlak, Oscar. *Acera del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para la discusión*. Texto preparado para el proyecto "La democracia en América Latina", propiciado por la Dirección para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (DRALC-PNUD), 2004, p. 177 y ss.

52 Se denomina *Consenso de Washington* a los acuerdos de finales de los años ochenta entre los principales organismos financieros internacionales, el Tesoro de los Estados Unidos y los gobiernos más poderosos del mundo, cuyos principios son diez: disciplina presupuestaria; garantía de los derechos de propiedad; desmonte de los subsidios y reorientación del gasto público hacia la infraestructura; reforma fiscal para ampliar la base imponible; liberalización financiera (sobre todo en lo relacionado con los tipos de interés); tipo de cambio competitivo; apertura comercial; liberalización de la inversión directa extranjera; privatización de empresas públicas; desregulación del mercado laboral (que no es cosa distinta que el desmonte de las garantías laborales). Williamson, J. "What Washington Means by Policy Reform?", en J. Williamson (comp). *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington DC, Institute for International Economics, 1990. Fundamentalmente el capítulo 2.

economía mundial arguyendo, como lo ha hecho desde 1997, que la única manera de enfrentar la pobreza es la adopción de reformas institucionales basadas en los principios de la economía de mercado⁵³. Esto significa que el Banco Mundial parte de una idea específica de desarrollo en la que las instituciones públicas deben actuar en función del crecimiento económico y, en este sentido, deben ponerse al servicio del mercado⁵⁴.

¿Dónde quedan, en esta idea de desarrollo, las funciones del Estado dirigidas a la distribución de la riqueza, a la protección de los trabajadores y a garantizar los compromisos del Estado social de derecho?

Tras el manto académico del Consenso de Washington lo que se hizo evidente, durante la crisis de la deuda, fue una colectivización de los acreedores y una individualización de los deudores. Enrique Iglesias sostiene, en este sentido, que detrás del discurso sobre la necesidad de que los países latinoamericanos adoptaran medidas de apertura, desregulación y sostenibilidad fiscal para fomentar su desarrollo y prosperidad, se escondían los intereses estratégicos y comerciales de las potencias económicas y el interés en la recepción continuada de los intereses de la deuda externa⁵⁵.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, también reaccionó frente a estas ideas y puso en evidencia que en países latinoamericanos como Chile y Colombia, cuyas economías se han caracterizado por ser las más equilibradas de la región, los acuerdos con el FMI han servido para alcanzar algunos grados de estabilidad macroeconómica. No obstante, esas medidas no han servido para generar crecimiento, para aliviar la deuda externa y para disminuir la pobreza. En países como Argentina y Bolivia la experiencia fue mucho más negativa porque llegó, incluso, a la desestabilización política y al derrocamiento de gobiernos⁵⁶.

53 Banco Mundial. *El Estado en un mundo en transformación. Informe sobre el desarrollo mundial, 2007*, Washington D. C., Banco Mundial, 2007, pp. 47 y ss. y pp. 70 y ss.

54 Banco Mundial. *Instituciones para los mercados. Informe anual sobre el desarrollo mundial, 2002*, Washington D. C., Banco Mundial, 2002.

55 En 1982 los préstamos de los bancos estadounidenses a los países latinoamericanos equivalían al 124% de su capital, proporción que llega al 200% en el caso de las nueve instituciones más grandes de este país, lo que da una idea acerca de la vulnerabilidad del sistema financiero internacional en esa época y del riesgo asumido por EE. UU. en Latinoamérica. Iglesias, Enrique. *Cambio y crecimiento en América Latina 1988-1998*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

56 Naciones Unidas, Asamblea General. *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe, 2000*, www.eclac.org

En fin, las políticas de ajuste económico dirigidas a “sanear” las economías de los países latinoamericanos, y fundadas en la austeridad, no produjeron, como se esperaba, crecimiento económico y, por lo tanto, tampoco se redujo la pobreza. Estas políticas fueron un fracaso en la mayoría de los países que las acogieron, dice Joseph Stiglitz, porque se transformaron en fines en sí mismas, en ortodoxia indiscutible, más que en medios para generar un crecimiento equitativo y sostenible⁵⁷.

La conclusión que se puede sacar de estas reflexiones es que con la internacionalización de la economía de mercado se expandieron las ideas de un liberalismo sin fronteras que fortalecieron la interdependencia económica, pero que, al mismo tiempo, promovieron el declive de las instituciones estatales reguladoras de las finanzas, del comercio y del trabajo. En este contexto se propició la privatización creciente de las esferas de la vida social y el desmonte paulatino de las políticas sociales, pues la competitividad de la economía de mercado prevaleciente en el mundo promovió, en el orden interno, el establecimiento de sistemas de previsión social menos costosos y, en el ámbito internacional, una distribución asimétrica de los costos y beneficios derivados de la apertura económica que benefició a los sectores sociales mejor insertados en la globalización.

Estas reflexiones ponen en evidencia que existe un dilema entre austeridad y solidaridad que afecta a América Latina y, en los últimos años, también a España, Portugal y Andorra, y este hallazgo permite colegir que la sostenibilidad fiscal, que amenaza el financiamiento de las políticas públicas sociales, afecta, a su vez, la misión de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos y el sentido y existencia mismos del Estado. Leopoldo Múnera sostiene, en este sentido, que las ideas neoliberales, pese a que no logran siquiera esbozar una teoría del Estado, dan fundamento a los críticos del Estado social de derecho. Bajo sus premisas, agrega, lo público político adquiere un carácter residual. La expresión más extrema de esta ideología está en el *anarco-capitalismo*, u ortodoxia libertaria, fundada en las tesis de David Friedman que sostiene que “(...) la libertad individual y el goce de la propiedad privada solo pueden ser garantizados plenamente, mediante la extinción del Estado y su sustitución por un conjunto de asociaciones e instituciones, forma-

das a partir de transacciones voluntarias, de acuerdo con una lógica del mercado”⁵⁸. En palabras de Luigi Ferrajoli, este proceso de declive de la democracia y debilitamiento de *lo público*, que genera un impacto negativo sobre los derechos humanos y las instituciones que los defienden, podría denominarse “desconstituyente” y va dando paso a una subordinación de los intereses públicos en favor de los intereses privados⁵⁹.

El proceso de desmonte del Estado social de derecho es, pues, una expresión de las dinámicas llenas de complejidad que se están experimentando en nuestros tiempos cuando las respuestas institucionales van quedando cortas para cuidar el *interés general* o para generar los *bienes públicos sociales* que justificaron su origen, o para generar o propiciar *bienes públicos* que se hacen necesarios en los nuevos contextos sociales. En otras palabras, el Estado social de derecho va perdiendo legitimidad y capacidad institucional y financiera para afrontar una nueva presión humanitaria de la sociedad internacional, expresada en una comprensión diferente de la seguridad humana⁶⁰ y en una exigencia mayor de cumplimiento de los derechos humanos⁶¹.

58 Múnera, Leopoldo. “Estado, política y democracia en el neoliberalismo”, en Restrepo Botero, Darío (editor). *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 45 y ss.

59 Luigi Ferrajoli sostiene que este debilitamiento de la democracia, debido al desarrollo excluyente y desigual del liberalismo económico, se hace manifiesto en los procesos políticos de nuestros días como una aquiescencia pasiva de los individuos que permite construir *consensos* que deslegitiman otros elementos fundamentales de la democracia. En otras palabras, hay países en los que la política está marcada por las masas –como en otros tiempos prevalecieron en Alemania las mayorías del *nacionalsocialismo*– que se caracterizan, como dice Ferrajoli refiriéndose a la Italia de nuestros días, por un acusado declive y deslegitimación de las reglas de la democracia y de la representación en aras de una personalización populista del poder y, específicamente, por una pérdida de tolerancia frente al pluralismo, por un ataque al principio de separación de los poderes, por un declive de la oposición parlamentaria y la libertad de prensa y por una erosión de las facultades del Estado para intervenir en la economía en favor de los derechos sociales. Hay, agrega el profesor italiano, un proceso sistemático llevado a cabo por la clase política italiana que podría denominarse “desconstituyente” y que va dando paso a una subordinación de los intereses públicos en favor de los intereses privados. Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia italiana*, Roma, Ed. Laterza, 2011.

60 A finales del siglo XX la comunidad internacional hizo tránsito de *una comprensión clásica de la seguridad* a una idea de *seguridad humana*. *La seguridad humana* tiene nuevas dimensiones: en primer lugar, una dimensión económica –ingreso básico asegurado–; en segundo lugar, la dimensión alimentaria –acceso físico y económico a los alimentos–; en tercer lugar, la dimensión de la salubridad –acceso a un servicio de salud adecuado y universal–; en cuarto lugar, la dimensión ambiental –acceso a un medio físico saludable–; en quinto lugar, la dimensión personal –esto es, la garantía de la integridad física–; en sexto lugar, la dimensión de la vida en comunidad –esto es, la garantía efectiva de la libertad política, ideológica, cultural, generacional o étnica–; y, en séptimo lugar, la dimensión política –la garantía de los derechos humanos dentro de un Estado democrático–. PNUD. *Informe Mundial sobre Desarrollo Humano 1994. Nuevas dimensiones de la seguridad humana*. en: <http://indh.pnud.org.co/files/rec/nuevasdimensionesSH1994.pdf>. (Consultado: el 28 de abril de 2014).

61 Bellamy, Alex y Wheeler, Nicholas, “Humanitarian intervention in world politics”, en *The globalization of world politics*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 524 y ss.

En definitiva, el precario Estado social de derecho que se había establecido con esfuerzo en los países de América Latina se viene desmontando de manera apresurada creando, como dice Boaventura de Sousa, una paradoja: “(...) cuanto más es el Estado parte constitutiva de los conflictos y problemas sociales, más está llamado a resolverlos (...) cuanto mayor es la necesidad de la intervención del Estado, menores son los recursos, particularmente financieros, para una intervención eficaz”⁶².

Este aserto suscita unas cuestiones esenciales que sirven de hilo conductor a la presente investigación: ¿Qué aprendizajes resultan de la experiencia de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en Iberoamérica en los últimos treinta años?, ¿cómo fortalecer esas instituciones estatales en tiempos en que el Estado mismo experimenta un declive de su soberanía, una pérdida de su legitimidad y una merma considerable de sus competencias o atributos?, ¿qué carácter y qué talante deben tener esas instituciones para llevar a cabo su misión en los tiempos críticos que la sociedad humana está viviendo?, ¿qué *bienes públicos* deben propiciar estas instituciones para paliar los efectos perversos derivados de los críticos tiempos de cambio del mundo contemporáneo?

A estas cuestiones debe agregarse una más, porque en la región iberoamericana hay países que han sido y siguen siendo azotados por guerras civiles y conflictos armados internos que se han prolongado y, en consecuencia, pese a que existen las instituciones estatales, todavía no se ha alcanzado la pacificación social que es uno de los elementos fundantes del Estado.

Frente a este problema, lo que debe sostenerse es que una comprensión útil de la paz en los infortunados tiempos que viven esas sociedades no puede reducirse a la urgente y necesaria negociación entre el gobierno y las disidencias políticas armadas, pues eso sería suponer que la paz es solo la ausencia de guerras y, en este sentido, que la posible desmovilización tras la negociación de los actores armados garantizaría la reconciliación social. En las presentes reflexiones se parte de una idea diferente porque, como lo ha señalado Mahatma Gandhi, la paz es hija de la justicia⁶³ y, en consecuencia,

62 De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991, p. 97.

63 Tal como lo sostuvo Gandhi, la paz es hija de la justicia porque “(...) es absolutamente imposible concebir un mundo con gobiernos *no-violentos*, mientras siga existiendo el abismo que separa a los ricos de los demás millones

la paz no puede reducirse al acuerdo entre los actores del conflicto armado, sino que debe entenderse como la construcción de una sociedad más incluyente y equitativa. En este sentido, se advierte que la paz solo es posible si se funda en consensos sociales y si se propone como un proceso fundado en esfuerzos humanos que se van encadenando y sucediendo de manera paulatina hasta llegar a ese fin de la justicia.

Sin embargo, bajo las dinámicas del proceso de *globalización* se suscita una paradoja porque la negociación entre los actores armados —el gobierno y la disidencia política— debe decantarse en un marco que propicie, en primer lugar, la efectividad de los acuerdos de las partes en la negociación y, por este camino, la desmovilización y el fin de los males de la guerra; en segundo lugar, el respeto de los derechos de las víctimas de la guerra promovida por esos actores que negocian los acuerdos y el derecho de la sociedad entera a construir una memoria colectiva que, como en una *catarsis*, se convierta en el fundamento de la futura reconciliación social y, en tercer lugar, la responsabilidad de los actores armados por sus actos de guerra, en especial, por aquellos calificados como de lesa humanidad o de infracciones graves al derecho humanitario.

La cuestión que se suscita es, pues, ¿qué papel debe jugar el Defensor del Pueblo en estos países azotados por guerras civiles y conflictos armados internos en los que hay negociaciones con los alzados en armas y en los que se afronta la enorme dificultad del posconflicto?

4. El debate teórico y la construcción de aparatos críticos para el análisis

Si se considera, tal como se ha demostrado en las sucintas reflexiones propuestas, que las instituciones han nacido con el objetivo de propiciar los *bienes públicos* que las sociedades demandan en un momento específico de su historia, se colige que, tras comprender su origen y su desarrollo, el análisis de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la di-

de seres con hambre?. Gandhi, Mahatma. *Todos los hombres somos hermanos*, Madrid, UNESCO y Sociedad de Educación Atenas, 1983, p. 187.

vulgación de los derechos humanos debe proponerse como un debate filosófico que considere, en primer lugar, el contexto complejo que se presenta en la actualidad y que abarca tres dilemas o dicotomías: la dicotomía entre autoridad e igualdad; la dicotomía entre libertad e igualdad y la dicotomía entre austeridad y solidaridad.

Este debate filosófico también debe considerar la división entre lo público y lo privado y, al mismo tiempo, la comprensión de un nuevo espacio denominado lo público social.

Por esta razón, la presente investigación se funda en las ideas propuestas por la *teoría crítica* sobre la construcción social de los *espacios públicos*. En efecto, los filósofos de Frankfurt, entre quienes se encuentran Horkheimer, Adorno y Marcuse, sostienen que la dicotomía entre lo público y lo privado resulta insuficiente para comprender los procesos de la sociedad contemporánea y, en consecuencia, proponen una visión más amplia: la democracia y el bienestar social se hacen efectivos en un espacio o franja social que está entre lo *público estatal* y lo *privado individual*. Esta franja o espacio social—cuya dimensión depende de la vida democrática y de la construcción de acuerdos sociales— se puede denominar lo *público social* y, como lo ha afirmado Hannah Arendt, una discípula de la *teoría crítica*, allí están las fuerzas sociales que limitan la intromisión del Estado en la vida privada (intromisión que ha dado lugar al denominado totalitarismo de Estado) o de los poderes privados en los espacios públicos sociales⁶⁴.

En otras palabras, la misión esencial de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos que, además, legitima su existencia como institución en el contexto complejo que vive la sociedad humana, consiste en mantener los espacios públicos sociales a salvo de intromisiones arbitrarias de la autoridad estatal y de injerencias indebidas de los poderes privados.

Hecha esta consideración teórica se entiende la reflexión propuesta por Habermas y Offe, otros dos discípulos de la teoría crítica, cuando afirman que en el contexto del denominado capitalismo tardío el Estado liberal, con-

vertido en Estado interventor, siguió sufriendo tensiones y contradicciones porque no pudo establecer límites a la autoridad política para garantizar la libertad de los individuos, y porque no pudo establecer límites a la libertad económica individual para garantizar la igualdad de todos. En otras palabras, lo que sostiene es que la institucionalidad estatal siguió favoreciendo los intereses de los grupos de presión y de las élites y, de esta manera, impidió la construcción de un modelo de desarrollo equitativo y sostenible y de una democracia auténtica⁶⁵.

También sobre esas bases teóricas se entiende que las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos se definen por el ejercicio de una función pública, esto es, se definen como una agencia de origen estatal que tiene por objetivo promover la buena gestión de la burocracia y el respeto de los derechos del ciudadano, no como un órgano de control con capacidad de sancionar, sino como un magistrado con talante moral, cuyas observaciones movilizan la conciencia ciudadana e inciden en las políticas públicas para garantizar la existencia de espacios públicos, frente a amenazas provenientes de la estatalización o de la privatización, y para promover *asuntos públicos* a través de valores como la solidaridad.

En otras palabras, hay derechos individuales –la libertad de prensa, entre otros– y colectivos –el derecho de asociación, por ejemplo– cuya efectividad se alcanza con una abstención por parte del Estado. Al mismo tiempo, hay derechos individuales y colectivos cuya garantía solo es posible mediante una acción positiva del Estado –entre ellos el derecho a la salud o a la educación–. Además, hay intereses particulares –los de orden económico, fundamentalmente– que deben ceder en favor del interés general. Esta reflexión tiene un interés especial que podrá constatarse más adelante, cuando se trata el tema de la supervisión del Estado, de la integralidad de los dere-

65 Habermas y Offe, dos pensadores de la segunda generación de la teoría crítica, sostienen que el Estado liberal –incluso en su expresión institucional de principios del siglo XX, esto es, el Estado social de derecho– sigue conteniendo las tensiones y contradicciones suscitadas, en términos políticos, entre autoridad estatal y la libertad individual y, en términos económico-sociales, entre la libertad individual y la igualdad. En este sentido, los dos sostienen que la crisis del Estado social de derecho afecta la esencia de los procesos democráticos. Más adelante se hace un estudio más detenido de los aportes de estos dos filósofos. Offe, Claus. *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Madrid, Alianza Universidad, 1990, Habermas, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrotu, 1986.

chos humanos y de la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas.

Si se aceptan estas reflexiones se puede proponer, como se propuso en la investigación contenida en este documento, un análisis que, con base en la consideración de los últimos avances normativos y teóricos sobre el tema, ilustre el proceso de desarrollo de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en los Estados de la región denominada Iberoamérica y, sobre esas bases, ponga en evidencia cuáles son los *bienes públicos* que estas instituciones deben crear y los *espacios y asuntos sociales* que deben proteger en las dinámicas complejas y cambiantes del mundo contemporáneo.

Ahora bien, un balance de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en los Estados de Iberoamérica amerita, como es obvio, considerar unos antecedentes propios⁶⁶ y, en la historia reciente, unas circunstancias de orden político y económico que les imprimieron un carácter especial. Se trata de conflictos armados internos, de golpes de Estado, de dictaduras y de autoritarismos presidencialistas que promovieron la exclusión social, las desigualdades y la corrupción, y que atentaron, de manera sistemática, contra los derechos humanos.

En otras palabras, la institución del *tribuno del pueblo* —o la del *Ombudsman*— en contextos diferentes de los de Roma —o de los de Suecia—, se fue enriqueciendo en la medida en que se fue adaptando a contextos sociales herederos

66 Un estudio de esta institución en los países de Iberoamérica no puede dejar de considerar que en esta parte del planeta hubo antecedentes, entre los cuales se pueden considerar al menos dos: En primer lugar, antecedentes precolombinos como el llamado *Tucuy ricuy*, palabra que designa a la persona que *todo lo ve* y cuyas funciones en el orden político de los incas consistían en vigilar el funcionamiento del Consejo Imperial. En efecto, quienes han estudiado la organización política inca, o *Tabuantinsuyo*, han encontrado que al lado del *inca*, del *augui* (príncipe heredero), del *Consejo imperial*, del *apunchic* (gobernador regional) y del *curaca*, había instituciones como la del *Tucuy ricuy* que, fundada en su independencia —quien la ejercía solo rendía informe al inca— y en su condición de incógnitos, estaban dirigidas a garantizar los derechos de los súbditos. Véase *Historia Universal*, versión electrónica que reproduce *Tabuantinsuyo*:

<http://www.historiacultural.com/2009/04/organizacion-inca-politica.html>.

En segundo lugar, antecedentes coloniales españoles como el *protector de los indios*, que se estableció con poco éxito por iniciativa de fray Bartolomé de las Casas, y otros contenidos en el *Derecho de Indias*, bajo la denominación de *veedor del rey*, que era escogido por la Corona y que tenía la función de comunicar al monarca las injusticias cometidas por sus funcionarios en las colonias. Sobre este tema puede consultarse la *Compilación de Leyes de Indias* y, específicamente, la *Cédula Real* del 18 de marzo de 1680.

de otras tradiciones políticas, cuyo desarrollo les fue imprimiendo un carácter especial, como en el caso de las de América Latina.

No obstante, al lado de las interesantes expresiones asumidas por estas instituciones en sus procesos de adaptación a entornos sociales diversos, la independencia es el carácter fundamental —y el requisito *sine qua non*— para definir las. En efecto, como se ha podido corroborar con base en el análisis detenido y sistemático de las fuentes primarias y secundarias consultadas en esta investigación, la independencia de origen —su procedencia parlamentaria, en muchos casos— unida a unas cualidades *intuitu personae* —la dignidad, el reconocimiento social y al talante moral de los que goza quien es elegido— legitiman al defensor del pueblo para ejercer una *auctoritas* que, desprovista como está de poder sancionatorio, se hace efectiva en una misión dirigida a la *supervisión del Estado*, a la *promoción y defensa de los derechos humanos* y a la *incidencia en políticas públicas*.

En este sentido, el debate filosófico que se propició desde sus orígenes romanos permite afirmar que la institución del *tribuno del pueblo* buscaba frenar la *arrogancia principesca* haciendo prevalecer la *dignidad republicana* y, tal como se puede corroborar en el trabajo empírico contenido en el presente documento escrito, es posible colegir que la *magistratura moral* en nuestros días es, además de una función del Defensor del Pueblo, un carácter distintivo que debe tener quien, pese a que no cuenta con la competencia para establecer sanciones como los jueces u otros órganos de policía y de control estatal, tiene la independencia, el talante, la dignidad y el reconocimiento social propios para movilizar la opinión en defensa de lo público, esto es, en defensa del interés general, del bien común y de los asuntos y espacios públicos donde se construyen consensos sociales con base en diálogos abiertos, democráticos y participativos.

Si se comparten estas reflexiones se puede inferir que el enfoque propuesto por la teoría crítica y, específicamente, por Jürgen Habermas, resulta esclarecedor para alcanzar el objeto de la investigación contenida en este documento. En efecto, el pensador alemán ha propuesto una idea novedosa sobre la construcción de saberes sociales a través de la utilización del lenguaje y la comunicación. Para hacerlo, este discípulo de los pensadores de Frankfurt parte del antiguo supuesto de Aristóteles sobre la posibilidad

que tienen los seres humanos de saber lo que es justo y lo que es injusto en la acción de comunicarse y, sobre esas bases, sostiene que el lenguaje y la comunicación social brindan a los seres humanos la posibilidad de crear una ética que rige el comportamiento de los individuos en sociedad y, en consecuencia, la posibilidad de establecer una vida política fundada en diálogos que propician arreglos o consensos sociales. En otras palabras, la *acción comunicativa* propicia la construcción de un discurso fundado en consensos sobre lo justo y lo apropiado, que es fundamental para alcanzar la convivencia social⁶⁷.

Se define, de esta manera, un corolario esencial cuyo desarrollo puede verse en el capítulo primero: la *auctoritas* o magistratura moral del *Ombudsman* debe entenderse —así se ha entendido en el desarrollo de esta investigación— como la independencia en su origen y su período fijo que, sumada a su reconocimiento social, a su dignidad republicana y a su talante democrático, legitima a quien ejerce esta función pública para suscitar diálogos amplios e incluyentes, para generar acuerdos y para construir saberes sociales en torno del interés general, del bien común y de los asuntos y espacios públicos.

Sobre esas bases teóricas, en esta investigación se ha considerado que la *auctoritas* o magistratura moral del Defensor del Pueblo, pese a que está fundada en su independencia, no puede entenderse como una función imparcial. En efecto, el defensor del pueblo debe persuadir, esto es, debe construir un discurso en el que prevalecen valores republicanos y democráticos como la libertad individual, la división del poder, la imposición de límites al gobernante, la promoción de modelos de desarrollo incluyentes y participativos, la garantía de los derechos colectivos y de los grupos humanos que viven en condiciones de vulnerabilidad o discriminación y el respeto de la diversidad. Se puede agregar que la construcción de este discurso, cargado de valores republicanos y democráticos, cobra sentido cuando se traduce, en la práctica, en la defensa de espacios públicos y en la garantía de los asuntos de interés general frente a quien ejerce la *potestas* —el ejecutivo— y, además, frente a los poderes privados.

Las reflexiones y constataciones de este trabajo de investigación también tienen otros fundamentos teóricos y, en este punto, es pertinente advertir que las contenidas en el capítulo segundo, referido al papel de las instituciones estatales encargadas de la promoción y de la defensa de los derechos humanos en la supervisión del Estado, se fundan en el principio de la división de poderes que desde la Ilustración se estableció con el objetivo de poner límites al poder absoluto de los príncipes. En efecto, en este punto del análisis es preciso considerar que las ideas liberales, que se suscitaron en el ambiente revolucionario e individualista de la Ilustración, sirvieron para dar fundamento ideológico a un orden político que afrontó con éxito la dicotomía entre autoridad y libertad con base en tres principios que se transformaron en instituciones del que se denominó entonces *Estado de derecho*: el sometimiento del poder al derecho, la garantía de los derechos individuales y la división del poder.

El referente teórico necesario de la división de poderes se encuentra en el constitucionalismo liberal y, de manera específica, en los trabajos de John Locke dedicados al estudio del gobierno civil⁶⁸ y, con posterioridad, en los trabajos del Barón de Montesquieu sobre la división de competencias entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, que propicia un equilibrio con base en unos pesos y contrapesos y que, de esta manera, impide la injerencia entre ellos⁶⁹.

No obstante, con el paso del tiempo este principio del constitucionalismo liberal y sus desarrollos institucionales resultaron insuficientes para ejercer un control efectivo sobre quienes tienen el poder dentro de una estructura estatal cada vez más consolidada. Esto explica el origen parlamentario del *Ombudsman* en Suecia, y también explica el que se haya divulgado por muchos países como una institución que se legitima en su acción de vigilar la administración pública, y de hacer respetar los derechos y libertades de los ciudadanos mediante mecanismos para atender sus reclamaciones.

68 Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Aguilar, 1963, pp. 172 y ss.

69 “Todo estaría perdido –dice el filósofo francés– si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre los particulares”. Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*, libro IX, cap. VI, Madrid, Editorial Sarpe, 1984, p. 168.

El segundo corolario de este trabajo consiste, pues, en la necesidad de establecer una *auctoritas* o magistratura moral que se opone a la *potestas* en virtud de los derechos de los ciudadanos.

Las reflexiones y constataciones contenidas en el capítulo tercero, referido al papel del *Ombudsman* en la promoción y la defensa de los derechos humanos, se funda en una serie de principios cuyos orígenes también están asociados a la consolidación de la Modernidad y, fundamentalmente, a los movimientos sociales promovidos por las ideas de la Ilustración. No obstante, en este capítulo se consideran, de manera especial, los profusos desarrollos que los derechos humanos han tenido en el mundo contemporáneo y, sobre todo, los nuevos enfoques sobre universalidad, indivisibilidad, interdependencia, integralidad, justiciabilidad y no regresividad que han alcanzado a partir de los años noventa, con la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*⁷⁰.

En efecto, la convulsa sociedad humana de la primera mitad del siglo XX, que fue testigo de las atrocidades derivadas de las guerras mundiales y de las crisis económicas, también tuvo la cordura necesaria para promover cambios considerables. En este sentido, se pueden destacar esfuerzos dirigidos, en primer lugar, a la expedición de constituciones nacionales pioneras en la protección de los derechos sociales, como la de Weimar en Alemania, la de Querétaro en México y la de la naciente Unión Soviética; en segundo lugar, al establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, con el objeto de promover y garantizar los derechos de los trabajadores y, en tercer lugar, al establecimiento de instituciones encargadas de la intervención del Estado en la economía, como las pioneras consagradas en el denominado *New Deal* de los Estados Unidos de América. En otras palabras, se trataba, considerando las ideas de Heller, de garantizar los derechos sociales y, considerando las ideas de Keynes, de intervenir en la economía para garantizar estabilidad y bienestar.

Terminada la Segunda Guerra Mundial se hace tránsito al derecho internacional contemporáneo y se establece la *Carta de San Francisco*, constitutiva de las Naciones Unidas con unos propósitos determinados: promover la paz

70 Naciones Unidas, Secretaría General. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993. Consultada en línea: página web de Naciones Unidas <http://www.un.org/es/>

y la justicia, garantizar los derechos humanos y preservar *a las generaciones venideras del flagelo de la guerra*. Es en este contexto de posguerra que, pocos años después, se expiden la *Carta de París*, o *Declaración Universal de Derechos* y, en relación con la guerra, los Convenios de Ginebra, que establecidos e interpretados en su conjunto han dado fundamento a lo que hoy se denomina *Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos*.

No obstante, la *Guerra Fría* y su fragmentación ideológica del mundo segmentaron los derechos humanos y su reconocimiento de acuerdo con esas perspectivas ideológicas y, pese a que en 1948 en París se habían entendido de manera integral, los dos instrumentos internacionales que se establecieron con posterioridad para garantizarlos nacieron signados por los intereses de las potencias mundiales. Tras esta división se establecieron, en efecto, un *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* auspiciado por el liberalismo prevaleciente en Occidente y, frente a este, un *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* amparado por la idea de comunismo que practicó la Unión Soviética.

Esta división no fue obstáculo para que, de manera paulatina y con esfuerzos considerables de la comunidad internacional, se establecieran una serie de tratados dirigidos a proteger a las personas de los abusos del poder, a evitar la comisión de múltiples formas de vulneraciones de derechos e imponer a los Estados obligaciones de garantía, respeto y protección de todos los derechos humanos y, además, a que se establecieran sistemas regionales de protección de los mismos.

La caída del Muro de Berlín y la reunificación alemana y, por otro lado, la implosión de la Unión Soviética y de la ex Yugoslavia, marcaron un nuevo hito en la historia de la humanidad. Se trataba en ese momento del fin de la *Guerra Fría* porque el viejo orden *estadocentrista* y equilibrado se estaba transformado gracias a la intervención de diversos actores no estatales, a la revolución tecnológica, al acceso generalizado de los individuos a la información y a la transformación de las reglas económicas, y en ese nuevo contexto social la comunidad internacional fue superando la segmentación de los derechos y proponiendo formas de entendimiento, aceptación y reconocimiento que, más allá de las ideologías o de los sistemas políticos, retomaron la idea de integralidad que permitió un avance sistemático y pro-

gresivo de los mismos con nuevos objetivos: garantizar la paz, el *desarrollo humano*, la sostenibilidad ambiental y los derechos de las minorías.

No obstante, la esperanza que había constituido para la humanidad ese nuevo período de la historia, porque abrió nuevas y concretas alternativas para garantizar el derecho al desarrollo, al medio ambiente y a la paz, se convirtió en otra frustración porque diversos sucesos propiciaron mayor represión, incrementos considerables de las desigualdades sociales y conflagraciones bélicas atroces. En efecto, la lucha contra el terrorismo impulsada por la política exterior estadounidense, como consecuencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, desató nuevas formas de tortura, discriminación y exclusión, juicios sumarios y otras numerosas formas de violación a las libertades en diversas regiones del mundo. Además, se suscitaron nuevos conflictos armados internos en los que, como es sabido hace tiempo, las víctimas pertenecen a la población civil: desplazamientos forzados, violaciones y delitos sexuales y, en general, crímenes atroces y de lesa humanidad. En fin, las crisis económicas de los años 90 y la que inició en 2007, cuyas consecuencias seguimos lamentando, han afectado a millones de ciudadanos de los sectores más pobres del mundo entero.

A todos estos sucesos hay que sumar un proceso de declive de lo público que, como se señaló atrás, encuentra explicación en la pérdida de protagonismo del Estado y, de manera específica, en el declive de las políticas sociales y en la falta de control de los poderes privados que actúan en la economía de mercado. La consecuencia de este declive de lo público, como lo advierte Ferrajoli, es un proceso caracterizado por el declinar de las ideas de la democracia que se manifiesta como la “desconstitucionalización” de los derechos. Esto explica, entre otras cosas, el desconocimiento de los derechos fundamentales de las minorías, el fanatismo, la discriminación, la desregulación de las garantías sociales, la exclusión, la amenaza al derecho a la información -surgida por la censura, la autocensura, la fragmentación o el desequilibrio en la información, puesta con inusitada frecuencia al servicio de poderosos conglomerados privados- y el desconocimiento de los compromisos internacionales referidos a la protección de los derechos.

humanos y, por otro lado, en la incapacidad o falta de voluntad política para garantizarlos, Naciones Unidas ha considerado que la protección de los derechos humanos requiere del establecimiento y fortalecimiento de instituciones estatales como las del *Ombudsman* con el encargo específico de promoverlos y protegerlos frente a las decisiones del aparato burocrático del Estado. En efecto, la Organización Internacional, además de establecer ella misma una oficina del *Ombudsman*⁷¹, aprobó en 2010 una Resolución sobre *El papel de las instituciones de Ombudsman, las de los mediadores y otras instituciones nacionales de derechos humanos, en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos*⁷².

En este punto, es preciso agregar que la construcción de los derechos humanos se entiende, como se ha visto, como un proceso paulatino fundado en conquistas sociales que tuvieron lugar en distintas coyunturas históricas. Esto ha llevado a algunos pensadores a proponer una idea de los derechos humanos que solía presentarse como el producto de unas generaciones: la primera generación se refiere a los derechos consagrados en tiempos de la Ilustración y la Revolución Industrial, esto es, a las libertades individuales; la segunda, a los consagrados tras la consolidación de la segunda revolución industrial⁷³ y de los movimientos obreros, campesinos y de las mujeres, esto es, a los derechos sociales y colectivos; la tercera, en fin, a los derechos del mundo contemporáneo, esto es, a la paz, el desarrollo, el medio ambiente...

Ahora bien, esta diferenciación de los derechos humanos en generaciones, que se funda en un criterio eminentemente histórico y que ha facilitado la

71 Naciones Unidas tiene una Oficina del *Ombudsman* y de Servicios de Mediación. Su misión y los servicios que presta pueden consultarse en <http://www.un.org/es/Ombudsman/>

72 La tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 11 de noviembre de 2010 una Resolución sobre “El papel de las instituciones de *Ombudsman*, las de los mediadores y otras instituciones nacionales de derechos humanos, en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos”.

Esta Resolución, que tuvo amplia acogida entre los *Estados-miembro*, puso en evidencia el interés creciente en todo el mundo por la creación y consolidación de las instituciones de *Ombudsman*, de los mediadores y de otras instituciones nacionales de derechos humanos que tienen por finalidad promover y proteger los derechos humanos. Además, en la Resolución se reconoce la importancia de las asociaciones sobre *Ombudsman* -como el Instituto Internacional del Ombudsman- y recuerda que la participación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial del *Instituto Internacional del Ombudsman* en junio de 2009, en Estocolmo, es muestra del interés que esa institución tiene para la comunidad internacional.

73 Si la *Primera Revolución Industrial* es obra de la burguesía y se fundó en las ideas liberales, la Segunda Revolución Industrial es obra de los movimientos sociales promovidos por los obreros, los campesinos y las mujeres cuya organización empujó las reformas institucionales que conformaron lo que luego se denominó *Estado social de derecho*. Hobsbawm, Eric. *La era de las revoluciones, 1789 - 1848*, Barcelona, Crítica, 1997, capítulo 3.

comprensión académica de los mismos, también ha significado una interpretación contraproducente porque para garantizar las libertades individuales suele bastar una abstención del Estado, en cambio, para hacer efectivos los derechos sociales es necesaria una acción positiva del Estado. Es en este sentido que se ha esbozado una tesis de la “progresividad”, esto es, una idea según la cual el Estado hará efectivos los derechos de la “segunda generación” solo cuando su proceso de desarrollo alcance los niveles adecuados para llevar a cabo esa acción positiva.

No obstante, las reflexiones propuestas en este trabajo escrito se fundan en los principios contenidos en la *Declaración y el Programa de Acción de Viena* esto es, en la universalidad, en la indivisibilidad, en la interdependencia, en la integralidad, en la justiciabilidad y en la no regresividad, y en virtud de lo que establece dicha Declaración, se enuncia el tercer corolario: los derechos humanos deben considerarse de manera integral y deben ser tratados en pie de igualdad porque todos tienen la misma importancia. Desde esta perspectiva, y considerando este enfoque teórico, se puede agregar que todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y del ambiente, quedan incluidos en la construcción de una sociedad más justa.

En fin, las reflexiones y constataciones contenidas en el capítulo cuarto, referido a la incidencia de las instituciones estatales encargadas de la promoción y defensa de los derechos humanos en las políticas públicas, se funda en algunas aproximaciones críticas al Estado social de derecho, a las instituciones estatales para la intervención en la economía y a la teoría de las políticas públicas.

Lo primero que se considera en esta parte del trabajo son los análisis de Habermas y Offe y su crítica del Estado social de derecho. Como discípulos de la denominada teoría crítica, estos pensadores -maestro y discípulo- parten de la necesidad de superar la división social que el liberalismo propuso entre lo público y lo privado y, en este sentido, sostienen, como se estudió arriba, que en el contexto del denominado capitalismo tardío el Estado liberal, convertido en Estado interventor, siguió sufriendo tensiones y contradicciones.

En este trabajo también se ha considerado el trabajo de J. K. Galbraith sobre la intervención del Estado en la economía. ¿Por qué —se pregunta Galbraith— si las instituciones de intervención en la economía tienen la misión de garantizar o construir bienes públicos, han propiciado en muchas ocasiones que las ganancias se conviertan en beneficios privados individuales y que se capitalicen, y que las pérdidas se conviertan en costos sociales que deben ser pagados por la sociedad entera?⁷⁴

Anthony Giddens, por su parte, sostiene que la intervención del Estado en la economía era, en primer lugar, un instrumento de fortalecimiento del Estado y, en segundo lugar, un instrumento para ejercer un control más eficiente de los riesgos propios de la sociedad industrial. Por esta razón, agrega, la intervención estatal no debería considerarse como un logro de las clases obreras organizadas, sino como el producto de un proceso impulsado por el miedo de la sociedad capitalista a las crisis económicas, pues los efectos de la Gran Depresión habían tenido impacto en Europa con gravísimas consecuencias. Tras las guerras mundiales, concluye, los programas sociales se concibieron en Europa como una forma de compartir los riesgos, estrategia política que se ajustaba perfectamente a las demandas de solidaridad social pero que, sobre todo, respondía de manera clara a la necesidad de fomentar la industria y garantizar el modelo económico⁷⁵.

A este proceso de declive del *Estado social de derecho* hay que agregar otro de naturaleza paralela que la sociedad humana está viviendo en nuestros días y que se manifiesta, tal como se presentó más arriba y en los términos de Boaventura de Sousa, Stiglitz, Krugman, en la imposición de una racionalidad política-económica, fundada en la austeridad que domina como un paradigma ineluctable el debate de la *cosa pública* en nuestros días y que amenaza la existencia de los intereses sociales.

En efecto, en los críticos tiempos que estamos viviendo se puede constatar una tendencia hacia la austeridad que, además, parece practicarse solo cuando la reducción del gasto público está dirigida a las políticas públicas de or-

74 Galbraith demuestra, en efecto, que en el modelo de desarrollo capitalista y liberal hay una *privatización de las ganancias y una socialización de las pérdidas*. Galbraith, John Keneth. *Op. cit.*, pp. 201 y ss.

75 Giddens, Anthony. *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*, Madrid, Cátedra, 1996, pp. 141 y ss.

den social. La constatación de esta tendencia suscita una cuestionamiento: ¿cómo va la sociedad internacional a afrontar los nuevos retos expresados en una comprensión diferente de la seguridad humana y en una exigencia mayor de cumplimiento de los derechos humanos? De esta forma puede proponer dos cuestiones más específicas: ¿puede un Estado, que ha acogido los principios de la eficiencia económica y de la competencia, garantizar los derechos de los grupos sociales excluidos por un modelo de desarrollo que prevalece y que se funda, precisamente, en esos principios?, ¿cómo afrontar el dilema entre austeridad y solidaridad en un contexto social en el que la sostenibilidad fiscal está suponiendo una merma considerable del financiamiento de las políticas públicas sociales?

Para dar respuesta positiva a estas cuestiones es preciso volver al punto original de esta discusión y afirmar que, frente a las dinámicas llenas de complejidad que se están experimentando en nuestros tiempos, cuando las respuestas institucionales de orden internacional y estatal van quedando cortas para cuidar el *interés general*, o para generar los *bienes públicos sociales* que justificaron su origen, o para generar o propiciar *bienes públicos* que se hacen necesarios en los nuevos contextos sociales, es preciso que el Defensor del Pueblo, fundado en la *auctoritas* o magistratura moral que le legitima, incida en las políticas públicas con un objetivo esencial: mantener el *Estado social de derecho* en el rumbo adecuado y exigir de los tomadores de decisiones públicas que su acción obedezca a los principios fundamentales de solidaridad social, de respeto de los espacios públicos y de garantía de los asuntos públicos.

En otras palabras, frente a los paradigmas económicos que prevalecen, que han legitimado a los tomadores de decisiones para insistir en un ajuste económico fundado en la austeridad y que se han dirigido fundamentalmente a reducir el gasto que financia las instituciones que garantizan los derechos humanos y a dismantelar las políticas públicas sociales, el Defensor del Pueblo debe incidir en las políticas públicas con el objetivo de reconstruir el saber social que, fundado en la democracia y en el respeto integral de los derechos humanos, hace prevalecer los intereses públicos sobre los privados. Otro mundo es posible, dice Stiglitz, pero es necesario construirlo a través del respeto de lo que se ha denominado *Estado social de derecho*, esto es, reduciendo la insaciable búsqueda de rentas, enfrentando las consecuen-

cias perversas de la globalización económica y aprovechando las positivas, haciendo reformas fiscales progresivas, buscando un modelo de desarrollo que genere crecimiento sostenible y equitativo, creando y manteniendo el empleo y, en fin, construyendo un nuevo *pacto social*⁷⁶.

Ahora bien, fundado en la magistratura moral de la que está investido, e incidiendo de manera positiva en las políticas públicas, *el Ombudsman* juega un papel definitivo en la construcción y legitimación democrática de ese nuevo *pacto social*.

Para la construcción de este capítulo cuarto fue preciso, pues, considerar la teoría de las políticas públicas que nació en el contexto de la posguerra y que se construyó entonces con base en una síntesis de las viejas tesis sobre la racionalización de la gestión pública y las nuevas tesis que proponían la humanización de la acción del Estado. Esta teoría –*policy* la denominan los anglosajones– cuyo desarrollo se debió a la interdisciplinariedad de saberes como la ciencia política, la administración pública y la sociología, estudia, como dice Wayne Parsons, las demandas y las opiniones públicas y, sobre esa base, las estrategias y las acciones dirigidas a resolver problemas públicos considerando la multicausalidad de los procesos que implican las decisiones públicas y, en fin, el mejor método para reconocer las opciones que tiene el tomador de decisiones frente a los intereses sociales⁷⁷.

Si se sigue la obra clásica de Parsons se podría considerar que la democracia, que se fortaleció tras la posguerra, no puede tomarse solo como un proceso legitimador de decisiones a través de las elecciones, sino como un método para construir las políticas públicas en sus tres etapas: la formulación, la ejecución y la evaluación. En esa idea insisten Bazúa y Valenti y afirman que la democracia es un “prerrequisito sistémico” que hace que la acción del Estado esté dirigida en todo caso a alcanzar un incremento del bienestar social porque la democracia implica, por una lado, el deber de cuidar el interés

76 Stiglitz, Joseph. *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*, New York, Norton & Company Inc., 2012, pp. 351 y ss.

77 Parsons, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica de las políticas públicas*, publicada por primera vez en inglés, en 1995. Se consultó la versión castellana producida en 2007 por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Flacso. También se consultó Parsons, Wayne. *Problemas públicos y retos de diseño de políticas. Viejas y nuevas tendencias*, México, Flacso, 2005.

general y de generar bienes públicos sociales y, por el otro, el deber de llevar a cabo una acción pública transparente que implique rendición de cuentas⁷⁸.

Si se acepta este aserto se puede colegir que el análisis económico de la política y, específicamente, el trabajo sobre *elección pública* de James Buchanan que propone un estudio de las decisiones que toman los políticos y los burócratas —esto es, los tomadores de decisiones públicas⁷⁹—, resulta útil para comprender el problema de la legitimidad y del impacto social de esas decisiones y, además, para justificar la incidencia que el *Ombudsman* debe tener en las políticas públicas. Buchanan considera, en efecto, que el Estado administra bienes públicos y, además, que las decisiones de los políticos y de los burócratas generan costos a los ciudadanos y a la sociedad en su conjunto. De aquí se infiere, agrega, que los ciudadanos deben tener la posibilidad de recurrir a mecanismos que, establecidos en leyes de obligatorio cumplimiento, permitan controlar, e incluso participar, en las decisiones de los actores públicos.

En otras palabras, el análisis económico de la política propuesto por Buchanan, pese a que se funda en el individualismo metodológico y carga con sus limitaciones teóricas, resulta un enfoque adecuado para proponer que la

78 Bazúa, Fernando y Valenti, Guiouvanna. “Políticas públicas y desarrollo”, en Masse, Carlos y Sandoval, Eduardo (Coordinadores). *Políticas públicas y desarrollo municipal*, México, Colegio Mexiquense y la Universidad Autónoma del Estado de México, 1995, pp. 51 y ss.

79 La teoría de la *elección pública* tiene por objetivo hacer un análisis económico de la política estudiando el Estado y, específicamente, las decisiones que emanan de sus instituciones. Para el efecto, James M. Buchanan entiende por Estado la suma de voluntades individuales y, en este sentido, el Premio Nobel de economía de 1986 aplicó la teoría económica que estudia el comportamiento racional de los individuos en las economías de mercado, a las elecciones que hacen los tomadores de decisiones públicas y, también, a las decisiones que toman los ciudadanos en un proceso electoral, considerado este como una oferta de mercado político.

Sobre estas bases —el individualismo metodológico— Buchanan sostiene que el comportamiento de los políticos y de los burócratas obedece a la regla de la maximización del presupuesto público y, en este sentido, concluye que ellos buscan proteger su propio interés y solo después buscarán el bienestar social. También sobre estas bases, que recuerdan los fundamentos teóricos de la economía clásica, colige que la regla general del comportamiento social debe ser la que se suscita en el ámbito de la libertad individual —en el mercado político—, y que solo de manera excepcional, frente a los fracasos del mercado, debe intervenir el Estado. Su conclusión en este sentido es obvia: es el Estado y no el mercado el que debe ser limitado en favor de las libertades de los individuos cuya sumatoria, de alguna manera, se convierte en el bienestar social. Los trabajos del autor que se consultaron para esta investigación fueron: *Cost and Choice. An inquiry in economic theory*, contenido en Geoffrey Brennan, Hartmut Kliemt, and Robert D. Tollison. *The Collected Works of James M. Buchanan*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999-2002. Versión electrónica: <http://oll.libertyfund.org/titles/1068>; *The Public Choice Perspective*, en *Liberty, Market and State: Political Economy in the 1980s*. New York, New York University Press, 1986; “Política sin romanticismos: Esbozo de una teoría positiva de la elección pública y de sus implicancias normativas”, en Buchanan y otros. *El análisis económico de lo político*, Madrid, I.E.E., 1984..

participación de los ciudadanos en la formulación de las políticas públicas es necesaria porque les da legitimidad.

Con base en este enfoque teórico se podría sostener que hay una economía política constitucional que busca establecer un marco institucional que limite el poder de los gobernantes frente a la sociedad civil y, en este sentido, que las instituciones estatales, encargadas de la promoción y defensa de los derechos humanos, están llamadas a intervenir en nombre de los derechos de los ciudadanos para garantizar esa legitimidad democrática de las políticas públicas.

No obstante, al lado del individualismo metodológico de Buchanan, en esta parte de la presente investigación, también se han considerado los trabajos de Amartya Sen sobre el papel que juegan la libertad y, en general, los derechos de los ciudadanos, en la construcción de un modelo de desarrollo más humano. En efecto, el Premio Nobel de ciencia económica de 1998 sostiene que el desarrollo no puede seguir definiéndose como un proceso de producción dirigido a generar riqueza, sino como la relación que existe entre libertad y desarrollo, esto es, como un proceso más amplio que abarca aspectos económicos, políticos y sociales de manera integral⁸⁰.

Sobre esas bases, Sen infiere que un proceso de desarrollo integral solo es posible en un entorno de paz, justicia, democracia y solidaridad, y así lo propuso en las conferencias que pronunció en calidad de Miembro Presidencial del Banco Mundial en 1996: un proceso de *desarrollo humano* solo es posible en contextos sociales de libertad y de expansión de las oportunidades, y su realización exige la eliminación de las principales fuentes de privación de libertad⁸¹.

Siguiendo esta misma idea, los expertos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, han concebido el problema del desarrollo desde diferentes perspectivas: en primer lugar, han señalado que el problema del desarrollo no es eminentemente económico y, todavía menos, un problema de crecimiento; en segundo lugar, sostienen que hay una relación

80 En efecto, para Amartya Sen el aumento de la libertad del hombre es tanto el principal objetivo del desarrollo como su medio primordial. Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad* [Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia], Bogotá, Planeta, 2000, pp. 74 y ss; y pp. 169 y ss.

81 *Ibíd.*

muy estrecha entre el derecho internacional económico, el derecho internacional del desarrollo y el derecho específico de los individuos a beneficiarse del contenido de sus estipulaciones y, en tercer lugar, aducen que hay una relación muy estrecha entre desarrollo, paz y seguridad internacionales⁸².

En definitiva, este trabajo de investigación se fundamentó en la idea de *políticas públicas con perspectiva de derechos* cuyos pormenores se hacen evidentes en el cuarto capítulo⁸³.

Estas consideraciones permiten formular un cuarto corolario: si se considera que las políticas públicas deben legitimarse con base en criterios democráticos y en el reconocimiento integral de los derechos humanos, y que solo entonces propician un modelo de desarrollo más adecuado, se infiere que la incidencia del defensor del pueblo en las políticas públicas no es cosa distinta que una representación de los intereses públicos en ese proceso con el objetivo de alcanzar lo que Amartya Sen denomina *desarrollo humano*.

Ahora bien, si se está de acuerdo con que una política pública debe entenderse como un proceso dirigido por el gobierno en el que intervienen otras autoridades estatales, y que ese proceso tiene, cuando menos, tres fases: la formulación, la ejecución y la evaluación -fases que involucran el componente normativo, el financiero y de recursos, y el político y de gestión- se infiere que el *Ombudsman*, fundado en su magistratura moral, debe incidir en las políticas públicas participando de manera efectiva en la fase de formulación –aproximándose, de manera crítica, a la iniciativa del ejecutivo y

82 Lo que revelan los indicadores y la metodología que empezaron a utilizar los expertos de PNUD a partir de 1994 es que, en primer lugar, no hay una relación directa entre crecimiento económico y bienestar social y, en segundo lugar, que el aspecto económico es solo un componente más del *desarrollo humano*. Puede verse, NACIONES UNIDAS, PNUD, Human Development Report 1994, *New dimensions of human security*; NACIONES UNIDAS, PNUD, Human Development Report 1996, *Economic growth and human development*; y NACIONES UNIDAS, PNUD, Human Development Report 1997, *Human Development to Eradicate Poverty*. (Todos los informes del PNUD se encuentran en versión electrónica en la página de Naciones Unidas)

83 En esta investigación se consideran trabajos como: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos*, con la edición de Luis González Karuna, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C. Gesoc, Agencia para el Desarrollo, A.C. México, 2010. Giménez Mercado, Claudia y Xavier Valente Adarme. “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes”, en *Cuadernos del Cendes*, Año 27. N° 74, mayo-agosto 2010. Abramóvich, Víctor. *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS. Documento preparado para: “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”, Santiago, Chile, diciembre 9 y 10 del 2004.

a los debates parlamentarios, por ejemplo- y en la fase de evaluación de las mismas –contribuyendo, de manera crítica, a la evaluación que debe hacerse sobre los procesos y los resultados de una política pública–.

No obstante, el *Ombudsman* no puede ir en contra de los principios que legitiman su función de supervisión del Estado y, en este sentido, en el ejercicio de su función, referida a la incidencia en políticas públicas, debe tomar una distancia prudente frente a la fase de la ejecución porque, si se involucra en ella como un ejecutor más, podría perder la independencia que le da legitimidad para tomar una postura crítica frente a la acción del gobierno y del Parlamento. En otras palabras, la *auctoritas* del *Ombudsman* no debe confundirse con la *potestas* del ejecutivo y del legislativo.

5. El objetivo de la investigación, la hipótesis, la sistematización de las fuentes y la ponderación de las variables de análisis

El trabajo científico contenido en el presente documento se ha fundado en un estudio sistemático de fuentes primarias, entendidas como principios constitucionales y disposiciones legales de los países de la región, y de las respuestas de los funcionarios de esas instituciones a una encuesta practicada por el equipo investigador, y en la consideración de fuentes secundarias, entendidas como las opiniones y doctrinas producidas por especialistas en los países de la región.

Esta sistematización de las fuentes primarias y secundarias pertinentes -en los anexos de este trabajo se encuentran las matrices que permitieron sistematizar las fuentes primarias-, ha permitido inferir lo que el equipo investigador había intuido desde el principio, esto es, que la misión de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana se puede desglosar en cuatro funciones: la *magistratura moral*, la *supervisión del Estado*, la *promoción y defensa de los derechos humanos* y la *incidencia en políticas públicas*.

En virtud de esa constatación empírica, en este trabajo se ponderaron esas funciones como las variables de análisis adecuadas para adelantar una investigación que tiene, como ya se advirtió, un doble objetivo: en primer lugar, realizar un balance de la experiencia de esas instituciones estatales; en segundo lugar, y sobre esa base, proponer una reflexión filosófica sobre el *deber ser* de estas instituciones, esto es, sobre los principios, las funciones y la estructura institucional que se hacen necesarios para adaptarse de manera legítima a las transformaciones que la sociedad humana está viviendo desde finales del siglo XX. En otras palabras, el segundo objetivo consiste en hacer un análisis propositivo sobre las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana referido, de manera específica, a su misión de garantizar los *bienes públicos* y de defender los *espacios y asuntos públicos* necesarios en las dinámicas sociales complejas del mundo contemporáneo.

Se trata, pues, de una investigación en la que se cruzaron esas cuatro variables de análisis con dos tiempos diferentes -el balance referido al pasado reciente y el análisis propositivo referido a su proyección- y en la que se propone como hipótesis que las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana en nuestros tiempos son cada día más necesarias y legítimas porque las complejas transformaciones sociales experimentadas desde finales del siglo XX han suscitado la emergencia de nuevas amenazas a la seguridad humana, a los derechos de cada individuo y a los de los grupos más vulnerables en dos sentidos: en primer lugar, en el sentido en que en el nuevo contexto global se ha propiciado una merma considerable de las políticas públicas y, en general, un declive de las capacidades del Estado que ha permitido que se reduzcan los espacios sociales; en segundo lugar, en el sentido en que en ese nuevo contexto global los poderes privados amenazan con erosionar los acuerdos sociales sobre el interés general y el respeto de la diversidad que propiciaron el establecimiento de principios democráticos y republicanos.

6. La estructura capitular

corresponde a las reflexiones y constataciones referidas a la magistratura moral que ejercen las instituciones estatales encargadas de la promoción de los derechos humanos para movilizar la opinión en defensa de lo público y, además, a una consideración práctica de la *acción comunicativa* entendida como la proposición de un discurso que suscita la construcción de consensos sociales y de valores compartidos necesarios para la convivencia entre humanos; el **capítulo segundo** corresponde al debate propuesto sobre la supervisión del Estado y se refiere a una misión del *Ombudsman* que se funda en el principio de la división de poderes que desde la Ilustración se estableció con el objetivo de poner límites a quienes ejercen el poder y, además, en las ideas posteriores sobre la necesidad de establecer órganos de control para promover y garantizar los derechos humanos; el **capítulo tercero**, por su parte, corresponde al debate propuesto sobre la promoción y defensa de los derechos humanos y se funda en un enfoque que permite apreciar su codificación y garantía como un proceso paulatino fundado en conquistas sociales que tuvieron lugar en distintas coyunturas históricas. En este sentido, el análisis propuesto se sustenta en los principios de la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*, esto es, en la universalidad, en la indivisibilidad, en la interdependencia, en la integralidad, en la justiciabilidad y en la no regresividad de los derechos; en fin, el **capítulo cuarto** corresponde al debate propuesto sobre la incidencia del Defensor del Pueblo en las políticas públicas y, en este sentido, a las razones que promueven su intervención activa en la formulación y en la evaluación de esas políticas y, de la misma manera, a las razones que justifican su abstención en la fase de la ejecución de las mismas.

El lector encontrará, además, unas **conclusiones** y, finalmente, unos **anexos** que contienen la versión electrónica de las matrices que se diseñaron para agregar, sistematizar y analizar las fuentes primarias.

CAPÍTULO I

La magistratura moral

La idea histórica que se propuso en la introducción de este trabajo, permite inferir que el objetivo de los filósofos de la Ilustración no era la construcción del capitalismo sino la supresión de los abusos del absolutismo. En este sentido, se puede agregar que el liberalismo y la democracia son dos ideas de distinta estirpe que, no obstante, coincidieron para impulsar las revoluciones burguesas que, a su vez, propiciaron la libertad individual y el establecimiento de regímenes políticos en los que se impusieron límites a quienes ejercen el poder: el *Estado de derecho*. En el mismo sentido, se puede sostener que la Revolución Industrial se propició en el contexto de esas revoluciones políticas fundadas en el racionalismo científico. La primera revolución industrial, sostiene Hobsbawm, tuvo como escenario la Inglaterra del siglo XVIII y fue obra de una burguesía poderosa que se fundó en las ideas liberales; la segunda, agrega el prestigioso historiador británico, tuvo escenario en la Alemania y los Estados Unidos de América del siglo XIX, y fue obra de los movimientos sociales promovidos por los obreros, los campesinos y las mujeres cuya organización empujó reformas institucionales de carácter social que, incorporadas en el orden jurídico, conformaron lo que en el siglo XX se denominó *Estado social de derecho*¹.

En efecto, si se sigue esta reflexión histórica se puede colegir que la consolidación de la democracia y de los movimientos sociales en el siglo XIX propiciaron el fortalecimiento paulatino de *lo público* —esto es, de los espacios públicos y de los asuntos públicos— y que, sobre esas bases, se hizo posible la construcción de un orden político denominado *Estado social de derecho* que se decantó solo a principios del siglo XX y que se puede definir como el espacio institucional apropiado para garantizar los derechos humanos. Por esa razón, en el trabajo escrito que contiene esta investigación se ha partido de un corolario fundado en esos criterios históricos según los cuales las instituciones han nacido con el objetivo de propiciar los *bienes públicos* que las sociedades demandan en momentos específicos de su desarrollo y transformación.

Este corolario de estirpe histórica resulta útil para aproximarse, de manera crítica, a otro momento del mundo contemporáneo cuyos hitos son la caída del Muro de Berlín, la reunificación alemana y la implosión de la Unión

¹ Hobsbawm, Eric. *La era de las revoluciones, 1789-1848*, Barcelona, Crítica, 1997, Capítulo 3.

Soviética. En este sentido, se puede sostener que el orden *estadocentrista* y equilibrado que se había consolidado a lo largo de la Modernidad parece estar sufriendo una transformación sustancial. La característica esencial del nuevo orden mundial globalizado, dice Rosenau, es la incertidumbre, el cambio constante, las fluctuaciones, el dinamismo y, en general, la complejidad. Bajo el nuevo orden mundial, agrega, el viejo orden *estadocentrista* y equilibrado se ha transformado gracias a la intervención de diversos actores no estatales, a la revolución tecnológica, al acceso generalizado de los individuos a la información, a la transformación de las reglas económicas y, en fin, a la transformación de la agenda internacional, cuyos efectos han desbordado los límites y las capacidades del Estado².

Entre las consecuencias de la transformación de las bases estatales de la sociedad moderna –como lo sostienen filósofos, sociólogos, economistas y juristas expertos en los temas de la globalización– están la internacionalización de los derechos humanos, de la economía de mercado, de los conflictos armados y, como una paradoja, el desbordamiento de los límites y las capacidades del Estado.

En efecto, bajo los cambiantes y complejos procesos sociales que la sociedad humana está viviendo desde finales del siglo XX impulsados por las dinámicas de la globalización, esto es, por el desarrollo tecnológico, la intensificación de las comunicaciones, la internacionalización de los derechos humanos, la consolidación de la economía de mercado, se ha suscitado una erosión de las capacidades del Estado que se manifiesta, como se presentó en la introducción de este trabajo, de diversas maneras: como afirma Saskia Sassen, en una captura de sus funciones legislativas en favor de intereses privados³; como lo demuestra Stiglitz, en un incremento inusitado de la

2 Rosenau, James. “Previewing post international politics”, en *Turbulence in World Politics*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 11 y ss.

3 Como lo ha sostenido Saskia Sassen, la emergencia y multiplicación de negociaciones entre los Estados, y entre los Estados y los sujetos económicos globales, propicia la producción de nuevas normas jurídicas en un proceso que, en detrimento de la soberanía estatal, obedece a la lógica económica del mercado libre y afecta directamente las políticas económicas estatales. Se colige, pues, que la merma de lo público ha significado “(...) la privatización de ciertas capacidades para crear normas que hemos asociado con el Estado. Ese fenómeno -agrega la pensadora alemana- trae aparejadas mayores posibilidades de creación de normas para la mayoría y no para la minoría, lo que en sí no es una novedad, salvo por el hecho de su formalización y una mayor restricción con respecto a quienes pueden beneficiarse de esa capacidad legislativa. Sassen, Saskia. “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en Teubner, Gunther; Sassen, Saskia; Krasner, Stephen. *Estado*,

riqueza y, al mismo tiempo, de los indicadores de pobreza y desigualdad⁴; como sostiene Ferrajoli, en una *desconstitucionalización* de los derechos ciudadanos y en una merma de los procesos democráticos⁵ y, como lo aduce Krugman, en la imposición de unos específicos paradigmas de la economía –la *austeridad* o *sostenibilidad fiscal*– que conducen a una drástica reducción del gasto público que afecta, de manera especial, a las políticas públicas de orden social⁶.

Estas reflexiones sobre lo público ponen en evidencia que existe un dilema entre austeridad y solidaridad que, no obstante, se ha resuelto en favor de los intereses privados. En efecto, el *Estado social de derecho*, que se puede definir como el espacio institucional apropiado para garantizar los derechos humanos y, en general, para afrontar, de manera creativa, las consecuencias positivas y negativas derivadas de la dinámica y compleja sociedad humana de nuestros días, se está desmontando en virtud de unas dinámicas globalizadoras empujadas por una ideología específica de orden económico que busca su reducción.

En otras palabras, en este nuevo contexto social de dinámicas complejas e inciertas se puede constatar una paradoja de la comunidad internacional: por un lado, se fue superando la segmentación y proponiendo formas de entendimiento, aceptación y reconocimiento de los derechos humanos que, más allá de las ideologías o de los sistemas políticos que prevalecieron durante la denominada *Guerra Fría*, retomaron la idea de *integralidad*⁷ que per-

soberanía y globalización, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010, pp. 23 y ss.

4 La desigualdad fomentada por una economía de mercado y que llega a cifras indignantes, dice el profesor de Columbia, está asociada a una democracia débil y a una erosión del imperio de la ley. Stiglitz, Joseph. *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*, New York, Norton & Company Inc., 2012, pp. 101 y ss, pp. 173 y ss y pp. 247 y ss.

5 En palabras de Luigi Ferrajoli, el proceso de declive de la democracia y debilitamiento de *lo público* genera un impacto negativo sobre los derechos humanos y las instituciones que los defienden que podría denominarse “des-constituyente” y que va dando paso a una subordinación de los intereses públicos en favor de los intereses privados. Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia italiana*, Roma, Ed. Laterza, 2011. En el contexto de la globalización el Estado pierde capacidad para controlar los poderes públicos en favor de los derechos de las mayorías y, movido por las lógicas que prevalecen en la internacionalización de la economía de mercado, pierde su capacidad legislativa en favor de grupos minoritarios que se benefician de la inserción en la economía global. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Edit. Trotta [Traducción de Andrés Perfecto Ibáñez], 2006, pp. 17 y ss.

6 Krugman, Paul. *End This Depression Now*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

7 El mundo contemporáneo aportó nuevos enfoques de derechos humanos fundados en principios como la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia, la integralidad, la justiciabilidad y la no regresividad. Naciones

mitió un avance sistemático y progresivo de los mismos hasta fijar nuevos objetivos: garantizar la paz, el *desarrollo humano*, la sostenibilidad ambiental y los derechos de las minorías. Por el otro, se fue propiciando un declive de la democracia y de *lo público* y, en este sentido, una pérdida de protagonismo del Estado que se hace evidente en el declinar de las políticas públicas sociales, en la *desconstitucionalización* de los derechos humanos, en la falta de control de los poderes privados que actúan en la economía de mercado y, en fin, en una tendencia a la *austeridad* o *sostenibilidad fiscal* que corresponde con una tendencia ideológica que busca desmontar el *Estado social de derecho*.

En efecto, como se advirtió en la introducción de este trabajo, el precario Estado social de derecho, que se había establecido con denonados esfuerzos sociales, se viene desmontando. En consecuencia, como dice Boaventura de Sousa, se suscita una paradoja: “(...) cuanto más es el Estado parte constitutiva de los conflictos y problemas sociales, más está llamado a resolverlos (...) cuanto mayor es la necesidad de la intervención del Estado, menores son los recursos, particularmente financieros, para una intervención eficaz”⁸.

Esta constatación suscita unas cuestiones: ¿cómo fortalecer las instituciones estatales y, específicamente, las encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana, en tiempos en que el Estado mismo experimenta un declive de su soberanía o merma de sus competencias o atributos?, ¿qué carácter y qué talante deben tener esas instituciones para llevar a cabo su misión en los tiempos críticos que estamos viviendo?, ¿qué *bienes públicos* deben propiciar estas instituciones para paliar los efectos perversos derivados de los críticos tiempos de cambio del mundo contemporáneo?

Como se ha podido corroborar, con base en el estudio detenido y sistemático de las fuentes primarias y secundarias consultadas en esta investigación, la independencia de origen del *Ombudsman* –su procedencia parlamentaria y su período fijo– unida a unas cualidades *intuitio personae* –su dignidad, su reconocimiento social y su talante moral– lo legitiman para ejercer una

Unidas, Secretaría General. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993. Consultada en línea: página web de Naciones Unidas <http://www.un.org/es/>

8 De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991, p. 97.

magistratura moral que, desprovista como está de poder sancionatorio, se puede definir como una *auctoritas* que busca movilizar la opinión en defensa de *lo público*, esto es, en defensa del interés general, del bien común y de los asuntos y espacios públicos. Ahora bien, esta movilización de la opinión pública va más allá de la divulgación de informaciones y consiste en la persuasión, esto es, en la construcción de consensos sociales con base en diálogos abiertos, democráticos y participativos que se oponen, critican o coadyuvan las acciones de quienes ejercen la *potestas*, esto es, del ejecutivo y del legislativo.

Hecha esta consideración, se puede colegir que el enfoque desarrollado por la *teoría crítica* y, específicamente, por Jürgen Habermas, resulta esclarecedor para proponer el análisis de la magistratura moral contenida en este primer capítulo. En efecto, como se propuso en la introducción de este trabajo, si se parte del antiguo supuesto de Aristóteles sobre la posibilidad que tienen los seres humanos de saber lo que es justo y lo que es injusto en la acción de comunicarse, es posible inferir, en primer lugar, que el lenguaje y la comunicación social brindan a los seres humanos la posibilidad de crear una ética que rige el comportamiento de los individuos en sociedad y, en segundo lugar, que los diálogos son instrumentos para establecer arreglos o consensos sociales que propician una vida política más creativa y menos violenta. En otras palabras, la *acción comunicativa* propicia la construcción de un discurso fundado en consensos sobre lo justo y lo apropiado, que es fundamental para alcanzar la convivencia social⁹.

La magistratura moral que ejerce el Defensor del Pueblo debe entenderse, pues, como la construcción de un discurso que se divulga para generar un aprendizaje sobre la necesidad de construir y mantener vivos los diálogos abiertos y permanentes que propician la defensa de los intereses generales, de los derechos ciudadanos, de los espacios públicos y el florecimiento de estilos particulares de vida. Además, pese a que la magistratura moral está fundada en la independencia y el período fijo del *Ombudsman*, no puede entenderse como una función de árbitro simple porque el ejercicio de la *auctoritas*, que consiste en suscitar diálogos amplios e incluyentes para construir saberes sociales, esto es, para construir un discurso en el que el *Ombudsman*

9 Habermas, Jürgen, *La acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2005, y *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 1999.

debe hacer prevalecer valores republicanos y democráticos como la libertad individual, la división del poder, la imposición de límites al gobernante, la promoción de modelos de desarrollo incluyentes y participativos, la garantía de los derechos colectivos y de los grupos humanos más vulnerables y el respeto de la diversidad.

En otro de sus trabajos el filósofo alemán agrega que la construcción de este discurso, cargado de valores republicanos y democráticos, cobra sentido y legitima al *Ombudsman* cuando se traduce, en la práctica, en la defensa del *Estado social de derecho*, esto es, en la defensa de espacios públicos y en la garantía de los asuntos de interés general frente a quien ejerce la *potestas* -el ejecutivo y el legislativo- y, además, frente a los poderes privados. Por esa razón, Habermas insiste en que en la estructura social que hemos construido, que se manifiesta de manera más compleja y globalizada en nuestros días, es necesaria la politización de los ciudadanos y su participación en condición de individuos libres, portadores de derechos que entran en tensión con los de los demás, y este aprendizaje solo se alcanza cuando hay diálogos sociales permanentes y abiertos a la participación de todos en torno de valores universales como la democracia los derechos humanos y la multiculturalidad¹⁰.

“(...) la integración social -insiste el filósofo alemán- debe construirse a través de la *acción comunicativa*, esto es, a través de la capacidad de la sociedad para establecer vínculos con el uso del lenguaje intersubjetivamente compartido...”¹¹. Este es el fundamento para que en los Estados democráticos la magistratura moral del *Ombudsman* se entienda desde la dimensión del poder ciudadano, que implica una racionalidad y una razonabilidad y, también, desde una perspectiva de *auctoritas* o magistratura moral fundada en la ética y en el derecho que hace posible la libertad, la igualdad y la solidaridad¹².

10 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Edit. Trotta, 2005, p. 102

11 Habermas, Jürgen. *La acción comunicativa*, cuarta edición, Madrid, Trotta, p. 88.

12 *Ibíd.*

1. Una magistratura para la defensa de la dignidad humana

El significado de *magistratura* tiene que ver con la investidura o majestad de quienes asumen un poder en el Estado moderno cuya legitimidad se expresa en el monopolio de la fuerza y en la administración de justicia. Los jueces, por ejemplo, administran justicia y, como se suele afirmar, lo hacen en nombre y por autoridad de la ley. En consecuencia, los asiste una capacidad de imponer sanciones. En otros casos, la magistratura está referida a la administración de lo público, al establecimiento de las leyes y, en general, al ejercicio de una autoridad, y en todos los casos la magistratura se apoya en la coerción ejercida por la fuerza pública.

No obstante, la magistratura de la que está investido el *Ombudsman* es de orden moral y no encuentra legitimidad en una capacidad para sancionar sino en su independencia y en los intereses que representa. Un estudio de los antecedentes antiguos del *Ombudsman* pone en evidencia, como ya se advirtió en la introducción, que la legitimidad del tribuno de la plebe proviene de un orden político fundado en el respeto de la cosa pública —la *res publicae* o república— y de la lucha de los plebeyos que propició una cesión de parte de los patricios —proceso que suele recordarse con el hito de *la retirada al Monte Aventino*— que consistió en la elección de dos magistrados plebeyos con la misión de representar sus intereses de clase¹³.

Esto explica que la concepción de magistratura moral en nuestros días trasciende lo histórico, lo jurídico y lo sociológico, y propicia una reflexión de filosofía política que, como lo advierten Eusebio Fernández y, por otro lado, Ligia Galvis, conduce a una comprensión del Estado en el que son posibles el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, el desarrollo de la autonomía de los seres humanos, la paz, la seguridad y unas relaciones sociales y económicas justas¹⁴. Y todo esto, como afirma Zizek, en un con-

13 Puede verse: Livio, Tito. *Desde la fundación de Roma*, 2 [Traducido por Agustín Millares], México, Universidad Autónoma de México, 1998; Coulanges, Fustel. *La ciudad antigua* [Traducido por Carlos García Gual], Madrid, Biblioteca EEDAF 75, 1982; Grimal, Pierre (Compilador). *El helenismo y el auge de Roma. El mundo mediterráneo en la Edad Antigua II*, México y Bogotá, Siglo XXI Editores, 1972.

14 Fernández, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1991, p. 176; Galvis Ortiz, Ligia. *La magistratura moral y el paradigma de los derechos, autoridad sin sanción*, Colombia, Proyecto de Fortalecimiento

texto globalizado en el que prevalece la universalidad de lo humano que involucra la *tolerancia multiculturalista* como afirmación de una democracia que hace florecer las particularidades de estilos de vida que son, precisamente, los que dan valor a la universalidad¹⁵.

En efecto, en los tiempos complejos que la sociedad humana vive desde finales del siglo XX, caracterizados por la pérdida de protagonismo del Estado, la debilidad de la democracia y, en general, por el declinar de lo público en favor de intereses privados, una figura como la del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, que ha sido incorporada en la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales de nuestra región¹⁶, puede ser el puente eficaz para reconstruir, no solo los lazos comunicantes entre el Estado y sus instituciones con la sociedad civil, sino para hacer posible una idea real de democracia en la que los derechos humanos se constituyan en una forma de vida que exalta a la persona en su individualidad. Como lo afirma la Comisión Andina de Juristas, “Una de las razones de ser del Defensor del Pueblo reside en el hecho de que esta institución completa y corrobora el Estado de derecho”¹⁷.

Los ciudadanos, dice Habermas, regulan su conducta conforme a principios que, por ser de interés general, pueden encontrar asentimiento fundado en todos. Esta convivencia es posible, agrega el pensador alemán, si se construye en diálogos sociales que implican relaciones de reconocimiento recíproco en las que cada ciudadano puede esperar ser respetado como libre e igual y, agrega, “(...) en la que todos y cada uno han de poder encontrar un triple reconocimiento: igual protección e igual respeto (a) en su integridad como individuos incanjeables, (b) en su calidad de miembros de un grupo étnico o cultural, y (c) en su condición de ciudadanos, esto es de miembros de la comunidad política¹⁸.

del Estado de Derecho, GIZ, Defensoría del Pueblo, 2010, pp. 7-8.

15 Zizek, Slavoj. *El espinoso sujeto. El centro ausente de la ontología política*, Buenos Aires, Paidós, 2001, p. 232.

16 Como puede constatarse en el trabajo de campo propuesto como parte de la presente investigación, la institución del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo ha sido incorporada en la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales de nuestra región. Ver los anexos.

17 Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, p. 36.

18 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 2001, p. 149.

Ahora bien, este reconocimiento recíproco, que propicia los diálogos y los aprendizajes sociales, solo es posible si es garantizado por normas jurídicas que deben establecerse con base en esos aprendizajes sociales: en la convivencia humana se suscita una multitud de interacciones estratégicas cuyo resultado resulta imprescindible y debe ser garantizado por un orden jurídico justo¹⁹.

En otras palabras, la legitimidad del *Ombudsman* se funda en una magistratura moral, esto es, en su capacidad para fomentar y auspiciar diálogos sociales incluyentes y democráticos que, fundados en el reconocimiento recíproco de los derechos, se convierten en el camino de la convivencia social pacífica y creativa. Esta legitimidad fundada en el “entendimiento intersubjetivo” solo es posible en un contexto social en el que prevalecen principios y leyes justas, de suerte que la libertad y el arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de los demás. Se trata, dice Habermas, de una integración social aneja a la voluntad “concordante y unida de todos” los ciudadanos libres e iguales²⁰.

Pese a que los pensadores de la teoría crítica parten del supuesto de los derechos humanos como logros sociales en la construcción de la dignidad humana, las reflexiones filosóficas de Habermas están detrás de la proposición esencial de Ligia Galvis que, partiendo de las máximas kantianas de la razón práctica, sostiene que los derechos humanos son imperativos que obligan a todos los miembros de la sociedad y, como atributos fundamentales de la individualidad, se convierten en postulados éticos que orientan las acciones humanas en su relación con los demás y que orientan la acción estatal en favor de los derechos de cada individuo y de los intereses generales²¹.

Si se aceptan los argumentos esbozados hasta aquí se infiere que el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, legitimado, como dice Habermas, por un discurso que se construye en diálogos amplios e incluyentes que propician una convivencia más creativa y menos violenta²², tiene un objetivo específi-

19 *Ibid.*, p. 88.

20 *Ibid.*, p. 95.

21 Galvis Ortiz, Ligia. *La magistratura moral y el paradigma de los derechos, autoridad sin sanción*, Colombia, Proyecto de Fortalecimiento del Estado de Derecho, GIZ y Defensoría del Pueblo, 2010, pp. 21 y 26.

22 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 2001, p. 148.

co: el respeto de la dignidad humana. Por esa razón, en algunos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CoIDH, se ha puesto de relieve la labor de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana.

Uno de los casos en los que el alto tribunal ha destacado la labor del *Ombudsman* fue el del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, y lo hizo para hacer consideraciones especiales sobre una *declaración Defensorial*

(...) en la que (se) estableció que los miembros del Pueblo Sarayaku se encontraban bajo la protección de su autoridad. Asimismo, manifestó que “[n]inguna persona ni autoridad o funcionario podrán impedir el libre tránsito, circulación, navegación e intercomunicación de los miembros pertenecientes a Saraya[k]u por todas las tierras, [y] ríos que ellos requieran y necesiten realizar en legítimo derecho. Quien obstruya, se oponga, impida o limite el derecho de libre tránsito y circulación [de] los miembros de esta comunidad estarán sujetos a la imposición de las penas y sanciones que establecen las leyes del Ecuador²³.

De la misma manera, en la *plataforma fáctica del caso Gudiel Álvarez contra Guatemala* la CoIDH consideró la siguiente acción realizada por el Procurador de los derechos humanos de Guatemala:

(...) el 3 de agosto de 1999 el Procurador de derechos humanos interpuso una denuncia por los hechos descritos en dicho documento (diario militar) contra las personas que ocupaban los cargos de *inter alia*, Jefe de Estado, Director Nacional de la Policía Nacional e Inspector de Inteligencia G-2, al momento de los hechos²⁴.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 86.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

En el *Caso Servellón García contra Honduras* la CoIDH incluyó dentro de la sentencia apartes de un informe realizado por el comisionado nacional de derechos humanos, en la que incluyó la siguiente información:

El entonces comisionado nacional de derechos humanos, en su informe titulado “Informe Especial sobre Muertes Violentas de Niños, Niñas y Adolescentes en Honduras”, de 21 de enero de 2002, señaló que “desde que Honduras retornó al orden constitucional en el año 1980, ningún gobierno adoptó acciones o presupuestos extraordinarios para proteger y atender las necesidades de la infancia, pese a la gravedad de la situación²⁵.”

En fin, en el emblemático *Caso González y otras contra México*, la CoIDH tuvo en cuenta la siguiente información:

Diversos mecanismos nacionales e internacionales de vigilancia de los derechos humanos han seguido la situación en Ciudad Juárez y han llamado la atención de la comunidad internacional. En 1998 la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (en adelante la “CNDH”) examinó 24 casos de homicidios de mujeres y concluyó que durante las investigaciones se habían violado los derechos humanos de las víctimas y sus familiares²⁶; y de manera adicional tuvo en cuenta además el siguiente pronunciamiento: “En sentido similar se pronunció la CNDH en el 2003, aunque no en relación a las cifras proporcionadas por la Fiscalía Especial, y señaló que observó “la falta de diligencia con la que se han emprendido las acciones, por parte de la [Procuraduría General de Justicia del Estado], de los casos de mujeres reportadas como desaparecidas” y que las autoridades proporcionaron diferentes informes a la CNDH de los proporcionados a organismos internacionales”. A su vez, la CNDH indicó que al ser requerida oficialmente información y el estado actual de las investigaciones, “se recibió como respuesta que no estaban en posibilidad de saber cuál había sido el

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 115.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (campo Algodonero) vs. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Párr. 116.

destino de 2.415 casos, toda vez que los expedientes no los tenían físicamente”²⁷.

Ahora bien, esta función esencial del *Ombudsman*, referida a la defensa de la dignidad humana, que se hace efectiva en la construcción de diálogos abiertos y democráticos que propician saberes sociales incluyentes –y que tiene desarrollos más amplios en el capítulo tercero de este trabajo sobre la promoción y la defensa de los derechos humanos–, debe ser ejercida con base en una magistratura moral que tiene unas características especiales.

2. Una magistratura de características especiales

Los argumentos construidos y la sistematización y análisis de las numerosas fuentes primarias –las constituciones nacionales, las leyes, la jurisprudencia interamericana, la jurisprudencia constitucional y, en fin, las respuestas a una encuesta propuesta a las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana– y de las fuentes secundarias –doctrina pertinente de posturas y orígenes diversos–, consideradas en la presente investigación, permitieron corroborar que las características especiales de la magistratura moral del *Ombudsman* son cinco:

2.1. Dignidad republicana y legitimidad democrática

Todas las fuentes consultadas en esta investigación coinciden en afirmar que el Defensor del Pueblo debe tener unas condiciones *intuitio personae* que le dan la legitimidad necesaria para el ejercicio de sus funciones. En este sentido, a menudo suelen recordar el antecedente romano de la antigüedad para sostener que la dignidad republicana del *tribuno del pueblo* se oponía a la arrogancia principesca de los otros magistrados de la época. De esta manera, infieren que el *Ombudsman* de los tiempos modernos debe tener una *autoritas* derivada del reconocimiento social y del talante moral que le legitiman para defender el interés general y los espacios públicos, incluso

oponiéndose a quien ejerce la *potestas*. En efecto, como se corroboró tras la sistematización y análisis de las numerosas fuentes primarias y secundarias consideradas en la presente investigación, las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana están representadas por una persona con altas calidades morales y profesionales, acordes -agrega la Comisión Andina de Juristas-, con la importancia del mandato que se les ha entregado y con los principios democráticos que les legitiman²⁸.

Siguiendo los mismos derroteros del análisis propuesto por la Comisión Andina de Juristas, Sonia Vanegas sostiene que “(...) la *autoritas* del *Ombudsman* reside en la autoridad moral y social de quien ejerce y ocupa el cargo, por lo tanto, el éxito de la institución en cualquier ámbito depende de la persona nombrada”²⁹.

La *autoritas* del *Ombudsman* se puede entender, sostiene Jaime Córdoba Triviño, como una condición personal capaz de imprimir autoridad a sus recomendaciones. El *Ombudsman* carece de facultad para revocar o modificar decisiones administrativas, pero cuenta con un poder de crítica y de recomendación orientado a que los actos administrativos y legales sean enmendados, o a modificar las leyes injustas. La fuerza de las recomendaciones del *Ombudsman*, agrega Jaime Córdoba, radica en el prestigio de su titular, en su independencia, en la profundidad y en el acierto de sus investigaciones, en la capacidad de acusación a funcionarios que actúen ilegalmente y en la publicidad de sus investigaciones³⁰.

La misma idea es argüida por Leni Pane unos años más tarde cuando sostiene que la introducción del Defensor del Pueblo en la Constitución de la República del Paraguay representó un avance muy importante en el fortalecimiento de la democracia del país y que una de las características esenciales de la institución consiste en que carece de la facultad de modificar o

28 Pueden verse: Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, pp. 21-31; y Comisión Andina de Juristas. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, pp. 41-43.

29 Vanegas Álvarez, Sonia. *Origen y devenir del Ombudsman*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 50.

30 Córdoba Triviño, Jaime. *El Defensor del Pueblo, antecedentes, desarrollo y perspectiva de la Institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992, p. 30.

revocar las decisiones administrativas. En contraparte, cuenta con el poder de la crítica y el poder de recomendación. En otras palabras, la fuerza de sus recomendaciones radica en el prestigio de su titular, al que se suman su independencia, la validez de sus investigaciones y su capacidad institucional para hacerlas públicas³¹.

2.2. Independencia

La segunda característica tiene que ver con la independencia que legitima al *Ombudsman* que proviene de su origen parlamentario y de su período fijo. En este sentido, se advierte que la estructura institucional de los Estados iberoamericanos se cimienta en la división de los poderes públicos y en su colaboración armónica y, además, en el establecimiento y gestión de organismos de control independientes de las ramas del poder público³².

Sobre esas bases institucionales -que revelan herencias de orden republicano, democrático y liberal- se establecieron las instituciones de control independientes y autónomas -unas con encargos referidos a la contabilidad de las finanzas, los endeudamientos y los gastos públicos, y otras referidas a los derechos humanos- cuyo desarrollo ha propiciado, además de su propia legitimidad, una convivencia social más transparente y más respetuosa de la dignidad humana. Como lo advierten Carpizo McGregor, Maiorano, Julio Estrada, Vidal Perdomo y Rowet, el *Ombudsman*, por no hacer parte de ninguno de los poderes públicos tradicionales, por contar con independencia frente al poder ejecutivo -derivado de su origen parlamentario y de su período fijo- y, en fin, por tener autonomía en el ejercicio de sus funciones -estas han sido establecidas en la Constitución y en la Ley-, goza de los indiscutibles atributos que justifican su existencia y legitiman su acción³³.

31 Pane, Leni. *El control en la democracia. Primera experiencia del Ombudsman municipal. Defensora de la Ciudad de Asunción*, Paraguay, 1999.

32 Como se corroboró tras la sistematización y análisis de las numerosas fuentes primarias y secundarias consideradas en la presente investigación, todos los estados de la región han establecido regímenes fundados en la división del poder, en el principio de legalidad y en el respeto de los derechos de los ciudadanos.

33 Maiorano, Jorge L. *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, pp. 41-43; Vidal Perdomo, Jaime. "El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del "Ombudsman" en Colombia", en: *Foro Colombiano*, número 432, junio de 2005, p. 511; Julio Estrada, Alexei. *El Ombudsman en Colombia y México. Una perspectiva comparada*. México, UNAM - Corte Constitucional de Guatemala - Procurador de DD.HH. de Guatemala, 1994, p. 52; Rowet, Donald. *El Ombudsman - El Defensor del ciudadano*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 39; Carpizo Macgregor, Jorge. *Algunas*

La legitimidad del *Ombudsman* como órgano de control en un *Estado social de derecho* se deriva, en primer lugar, de su independencia de origen, que se garantiza con su elección parlamentaria y su período fijo; en segundo lugar, de su reconocimiento social, su dignidad republicana y su talante democrático y, en tercer lugar, de su capacidad para suscitar diálogos amplios e incluyentes que promuevan acuerdos y saberes sociales en torno del interés general, del bien común y de los asuntos y espacios públicos.

Como un “jurisconsulto de probada ciencia y de especial integridad”, dice Córdoba recordando la Constitución sueca de 1809, la institución del *Ombudsman* cuenta con una *auctoritas* derivada de su adopción constitucional, de su origen parlamenatario y, gracias a ese origen, de su independencia política y funcional frente a los poderes públicos³⁴.

Como se pudo constatar tras la recolección y sistematización de fuentes primarias y secundarias de este trabajo, la mayoría de los ordenamientos reguladores de la institución del *Ombudsman* en Iberoamérica exigen, como requisito de designación, que se trate de una persona de amplio reconocimiento social por sus calidades profesionales y morales, y que tenga un amplio conocimiento de las leyes -algunas legislaciones establecen que debe ser un abogado altamente calificado-. Es precisamente su reconocido prestigio e integridad el que le mantiene al margen de la actividad política partidista y, como dice Sonia Vanegas, el que garantiza la autonomía en el desempeño de su papel lejos de las presiones del ejercicio cotidiano de la política partidista. El *Ombudsman* debe ser, en términos esenciales, independiente de los poderes estatales, esto es, del ejecutivo, del judicial e, incluso, del legislativo³⁵.

Ligia Galvis sostiene, en este sentido, que el mejor contexto institucional para la función del *Ombudsman* es aquel en el que, al lado de su independencia y autonomía, se fortalece la democracia y se reconocen, con criterios amplios, los derechos humanos³⁶.

preocupaciones sobre la institución del Ombudsman. (En línea): www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021.

34 Córdoba Triviño, Jaime. *El Defensor del Pueblo, antecedentes, desarrollo y perspectiva de la institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992, p. 46.

35 Vanegas Álvarez, Sonia. *Origen y devenir del Ombudsman*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, pp. 50 y ss.

36 Galvis Ortiz, Ligia. *La magistratura moral y el paradigma de los derechos, autoridad sin sanción*, Colombia, Proyecto de

Este carácter independiente de los otros poderes del Estado también es esencial para Jaime Vidal Perdomo quien sostiene que la autonomía del Defensor del Pueblo se traduce en la imposibilidad de recibir instrucciones. En efecto, puesto que no existe una subordinación jerárquica, el Defensor no puede considerarse como un mero mandatario del Parlamento, pese a que ese es el escenario en el que tiene origen³⁷.

La independencia de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos se encuentra prácticamente garantizada en todos los países de la región iberoamericana. Pese a que las experiencias y los desarrollos institucionales son muy distintos, lo que se hace evidente, como sostiene Guillermo Escobar, es que un contexto institucional garantista de los derechos es el más adecuado, pues el Estado no será un obstáculo del *Ombudsman* sino un aliado para que su función sea efectiva. No obstante, es necesario considerar que su elección, que no puede escapar a las realidades políticas, es el producto de la clase política de cada país. Esta consideración es fundamental si se entiende que el Defensor del Pueblo debe rendir informes al Parlamento en donde necesita un ámbito favorable y una aceptación de sus argumentos³⁸.

Del referente común del *Ombudsman* escandinavo se deriva un corolario: su independencia proviene de su elección parlamentaria. Es posible, en este sentido, constatar que la mayoría de los países que han establecido Defensorías del pueblo otorgan al Parlamento la atribución de designar a su titular. Esta regla responde al modelo clásico y busca la legitimidad democrática porque la designación recae en un poder elegido por voto popular. En este sentido, resulta conveniente que su nombramiento sea adoptado por dos tercios del número de miembros del Congreso, tal como lo establecen la legislación guatemalteca y las constituciones ecuatoriana y peruana, lo que contribuiría a la búsqueda del consenso necesario para su designación³⁹.

Fortalecimiento del Estado de Derecho, GIZ, Defensoría del Pueblo Colombia, p. 56.

37 Vidal Perdomo, Jaime. “El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del “Ombudsman” en Colombia”, en *Foro Colombiano*, No. 432, junio de 2005, pp. 503-522.

38 Escobar Roca, Guillermo. *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos*. Madrid, Editorial Trama, 2010, p. 24.

39 El establecimiento de una Comisión Especial en el Congreso contribuiría, dice la Comisión Andina de Juristas, a facilitar el procedimiento de selección del titular de esta institución para que el Pleno solo se pronuncie sobre la propuesta formulada. Así lo sugiere el art. 3 de la ley peruana. A efectos de lograr consenso y evitar la

No obstante, es preciso advertir que la independencia del Defensor del Pueblo no depende solo de su origen sino de sus atributos personales. La elección por el poder legislativo es, sin duda, una garantía de la independencia de la institución; sin embargo, dicha independencia y autonomía también provienen de un conjunto de factores y no exclusivamente de cuál es la autoridad encargada de elegirlo. Jorge Maiorano sostiene, considerando las normas pertinentes en Argentina, que la ausencia de responsabilidad del *Ombudsman*, frente a las ramas del poder, constituye la más importante garantía de la que goza el *Ombudsman* para el desempeño de sus funciones⁴⁰.

A continuación se hace una consideración de algunas de las características de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana con base en el trabajo de campo propuesto en esta investigación y la sistematización de las fuentes. Lo primero que se advierte es que existen diversas formas de alcanzar la independencia del *Ombudsman* a través de la elección y, además, con base en sus condiciones *intuitio personae*. En efecto, en casi todas las constituciones y leyes que fueron consultadas en el desarrollo del presente trabajo se hace referencia a los denominados requisitos *intuitio personae* de diversas maneras: “personas con reconocida trayectoria en el ámbito de los derechos humanos” (Chile), “con solvencia moral y profesional de prestigio reconocido” (Costa Rica), “ser una persona independiente de toda filiación o militancia partidista o de participación en movimientos electorales, durante los tres últimos años anteriores a su elección” (Ecuador), “de moralidad y competencia notorias” (El Salvador), “ser de reconocida honorabilidad” (Guatemala), “ser de reconocida honorabilidad” (Honduras), “gozar de buena reputación” (México), “de reconocida solvencia moral y profesional” (Nicaragua), “tener solvencia moral y prestigio reconocido” (Panamá), “goce de conocida reputación de integridad e independencia” (Perú), “sea de probidad moral” (Puerto Rico), “solvencia moral” (Repú-

politización de sus decisiones, una alternativa por evaluar sería que en la referida Comisión Especial se encuentren representadas por igual todas las organizaciones políticas existentes al interior del Congreso, independientemente de la proporción de representación que corresponda a cada uno de ellos. Esto sucede en Guatemala, donde el sistema viene obteniendo resultados positivos. Comisión Andina de Juristas. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparada*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, pp. 42-43.

40 Maiorano, Jorge L. *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, p. 52.

blica Dominicana), “persona de alta autoridad moral” (Uruguay), “cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral” (Venezuela), “contar con probada integridad personal y ética, determinada a través de la observación pública” (Bolivia)⁴¹.

A estos requisitos suelen sumarse otros que los constituyentes y legisladores han considerado de importancia. La Constitución boliviana, por ejemplo, ha establecido como requisitos para asumir el cargo, el haber nacido o ser originario del respectivo país⁴². El mismo requisito se establece en Venezuela⁴³. En el caso de Ecuador resulta importante resaltar el requisito de la independencia de toda filiación o militancia partidista o de participación en movimientos electorales durante los tres años anteriores a su elección⁴⁴.

En Argentina la institución del Defensor es un órgano unipersonal, independiente, cuyo titular debe ser un ciudadano argentino que debe encontrarse en una situación personal que preserve su independencia, refuerce la autoridad de la que es investido, por gozar de un prestigio personal y profesional de la más alta condición, ejerce su actividad con plena independencia y autonomía sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, cuya función principal es la defensa de los derechos humanos, de los derechos y garantías constitucionales y controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas⁴⁵.

En Bolivia la institución del Defensor del Pueblo emana directamente de la Constitución⁴⁶, cuyo titular debe ser ciudadano boliviano, mayor de 35 años, que haya cumplido con su obligación militar, inscrito en el Registro Electoral, que no haya sido condenado a pena corporal⁴⁷ (salvo rehabilitación

41 Ver anexo *Matriz fuentes primarias*.

42 Para el país del altiplano, basta con ser boliviano de origen, haber cumplido con los deberes militares, estar inscrito en el registro cívico, tener como mínimo 35 años de edad y no haber sido condenado.

43 En Venezuela se requiere, además de ser venezolano y mayor de 30 años, gozar de manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos y cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral que establezca la ley.

44 Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, pp. 21 y ss.

45 Constitución Política Argentina, art. 86.

46 Constitución Política del Estado Boliviano, art. 218.

47 Prisión, de acuerdo con la legislación penal boliviana. De acuerdo con el art. 221 de la Constitución de Bolivia los requisitos generales para acceder al cargo son los siguientes: “Para ser designada Defensora o ser designado Defensor del Pueblo se requerirá cumplir con las condiciones generales de acceso al servicio público, contar con

concedida por el Senado Nacional), que no tenga pliego de cargo o auto de procesamiento ejecutoriados, ni estar incurso dentro de las causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidos por la ley boliviana⁴⁸.

En Colombia la figura del Defensor del Pueblo deviene directamente de la Constitución, siendo ella la que establece su forma de elección⁴⁹. Dentro del cometido constitucional se le asigna la misión de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos; los requisitos exigidos para ser Defensor del Pueblo son los mismos para ser magistrado de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), entre los que se encuentran ser ciudadano colombiano de nacimiento y en ejercicio, ser abogado, no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos y haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente⁵⁰.

En Costa Rica la Defensoría de los Habitantes de la República es un órgano establecido por la ley para proteger los derechos y los intereses de los habitantes, con la misión de velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los tratados, los convenios, los pactos suscritos por el gobierno y los principios generales del derecho. Además, tiene el encargo de promocionar y divulgar los derechos de los habitantes⁵¹.

A la cabeza de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se encuentra el Defensor de los habitantes, quien es nombrado por la Asamblea Legislativa mediante mayoría absoluta de los diputados presentes para un período de

treinta años de edad cumplidos al momento de su designación y contar con probada integridad personal y ética, determinada a través de la observación pública”.

48 Estos requisitos son específicos y son los que establece la Ley 1818 de 1997 del Estado boliviano, que se encuentra pendiente de actualizar de acuerdo con las disposiciones de la Constitución Política del Estado boliviano de 2009.

49 Por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna enviada por el Presidente de la República, según lo establece el art. 281 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

50 Constitución Política de Colombia, art. 232. “Requisitos para ser magistrado de las Altas Cortes en Colombia”.

51 La creación de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, se realizó a través de la Ley 7319 de 1992.

4 años, pudiendo ser reelegido por el mismo término. La ley exige, para ser Defensor de los habitantes, ser de nacionalidad costarricense, encontrarse en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, ser mayor de 30 años y gozar de solvencia moral y profesional⁵².

En el Ecuador, de acuerdo con la Constitución de 1998⁵³, la institución del Defensor del Pueblo tiene jurisdicción nacional para promover o patrocinar el *habeas corpus* y la acción de amparo de las personas que lo requieran, así como para defender la observancia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, al igual que para observar la calidad de los servicios públicos y las demás funciones que le asigne la ley. Los requisitos para ser Defensor del Pueblo, de manera similar a Colombia, son los mismos exigidos para la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia⁵⁴, a excepción del referente a la carrera judicial; además, se exige demostrar independencia de cualquier partido político o movimiento electoral tres años antes de su designación⁵⁵.

En el Ecuador, el Defensor del Pueblo es elegido por el Congreso Nacional y antes de su designación deben ser escuchadas las organizaciones de derechos humanos existentes en el territorio nacional⁵⁶.

La Procuraduría de Derechos Humanos (PDDH) de El Salvador tiene asidero en la Constitución de 1983, reformada por el Decreto Legislativo número 64 del 31 de diciembre de 1991⁵⁷. Su cabeza es el Procurador para la defensa de los derechos humanos, que es elegido por mayoría calificada de los dos tercios de los diputados que componen la Asamblea Legislativa para un período de tres años, pudiendo ser reelegido.

52 Arts. 3 y 4 de la Ley 7319 de 1992 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

53 La Constitución vigente en Ecuador es la aprobada y promulgada en 2008.

54 Art. 216 de la Constitución Política de Ecuador. Para ser designado Defensora o Defensor del Pueblo será necesario cumplir con los mismos requisitos exigidos para las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia y acreditar amplia trayectoria en la defensa de los derechos humanos. La Defensora o Defensor del Pueblo tendrá fuero de Corte Nacional de Justicia y gozará de inmunidad en los términos que establezca la ley.

55 Este requisito se encuentra establecido de manera específica en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Ecuador en el art. 4.

56 Este requisito no aparece ni en la Constitución del Ecuador de 2008 ni en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, al parecer es producto de la práctica, pero no tiene fuente legal ni constitucional.

57 Esta Constitución ha sido objeto de varias reformas, mencionar solo una sería incompleto, en otros textos aparece como la Constitución de la República de El Salvador de 1983.

Para ser Procurador para la defensa de los derechos humanos se exige ser salvadoreño, de estado seglar, mayor de 35 años, abogado de la República, de reconocida trayectoria en la promoción, educación y defensa de los derechos humanos, de amplios conocimientos en el ámbito de sus competencias, de moralidad y competencias notorias y, en fin, que en los seis años anteriores al desempeño de su cargo haya estado en pleno goce de los derechos de ciudadano⁵⁸.

La Constitución de España de 1978 estableció, por primera vez, y bajo la influencia favorable de un consenso social positivo, la figura del Defensor del Pueblo. En la última fase del proceso constituyente (Comisión Mixta Congreso-Senado) y siguiendo razones de estilo más que criterios de fondo, se unificaron dos funciones que antes estaban separadas: la defensa de los derechos y el control de la administración. Por otra parte, hay que advertir que no prosperaron los intentos de varios parlamentarios de introducir en la Constitución una referencia a los Defensores autonómicos⁵⁹.

Para ser Defensor del Pueblo en España “[los] únicos requisitos de acceso al cargo son la mayoría de edad (18 años) y el pleno disfrute de [los] derechos civiles y políticos”⁶⁰. Escobar Roca sostiene que “todos los Defensores españoles han sido juristas” y, “el perfil de los Defensores ha sido relativamente variado”⁶¹. Agrega que los motivos de cese son reglados: tres de ellos son automáticos (renuncia, término del mandato —cinco años— y muerte) y se declaran por el presidente del Congreso. Los otros tres (incapacidad sobrevenida, “actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo” y condena por sentencia en firme por delito doloso)

58 Requisitos establecidos en el art. 5 del Decreto 183 de 1993. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador.

59 Escobar Roca, Guillermo (Director). *Defensorías del pueblo en Iberoamérica*, Pamplona, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Defensor del Pueblo de España, Edit. Aranzadi, 2008, p. 167.

60 Art. 3 de la Ley Orgánica No. 3 española.

61 Han ejercido el cargo “un profesor universitario y ex político de la derecha (ministro con Franco), con buenos contactos con la izquierda (Ruiz-Giménez), un profesor universitario especializado en el estudio de la institución (redactó el borrador de proposición de ley), próximo al PSOE y con ilustres antecedentes familiares en la derecha (Gil-Robles), un profesor universitario y ex político de centro derecha (presidente del Consejo de Diputados, que estuvo comprometido en la lucha contra la dictadura (Álvarez-Miranda) y un político de primera fila del PSOE, que había sido ministro de justicia (Múgica)”. Escobar Roca, Guillermo (Director). *Defensorías del pueblo en Iberoamérica*, Pamplona, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Defensor del Pueblo de España, Edit. Aranzadi, 2008.

deben ser declarados por la mayoría de tres quintos de ambas cámaras, previo debate y audiencia del interesado (art. 5.2). Respecto de la independencia del Defensor, el artículo 6.1 establece que “El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato o imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio”⁶².

Guatemala es uno de los primeros países de América Latina que “importa, adopta y adapta desde la Península Ibérica, con las experiencias de Portugal y España, la institución del Defensor del Pueblo o Procurador de los Derechos Humanos para la defensa de los derechos fundamentales”⁶³.

La Constitución de Guatemala establece en los artículos 273, 274 y 275 que: la Comisión de Derechos Humanos estará conformada por un diputado de cada partido político representada en el correspondiente período. La Comisión propone al Congreso tres candidatos para Procurador, quienes deben reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El elegido gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados del Congreso, dejando a la ley la regulación de las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos. La Constitución Guatemalteca establece que el Procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza, con facultades para supervisar la administración.

El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala es elegido para un período de cinco años, y debe rendir informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos⁶⁴. Sobre la independencia del Procurador de los derechos humanos la ley guatemalteca establece que este comisionado “no está supeditado a organismo, institución o funcionario alguno, y actuará con absoluta independencia”⁶⁵.

62 Escobar Roca, Guillermo (Director). *Defensorías del pueblo en Iberoamérica*, Pamplona, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Defensor del Pueblo de España, Edit. Aranzadi, 2008, pp. 168-172.

63 *Ibid.*, p. 193.

64 Art. 10 del Decreto No. 54 de 1986. Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos.

65 Escobar cita aquí el art. 8° de la LCDH y PHD, Escobar Roca, Guillermo (Director). *Defensorías del pueblo en*

En Honduras el comisionado nacional de los derechos humanos fue establecido en 1992 como un despacho del poder ejecutivo⁶⁶. Con posterioridad, en 1995, se aprobó la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, quien se ha enfocado no solo en garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionalmente reconocidos, sino también a contribuir en el fortalecimiento del Estado de derecho e ir constituyendo un poder ciudadano conocedor de sus derechos y capaz de exigirlos. Se trata de una institución unipersonal.

Para ser elegido comisionado nacional de los derechos humanos en Honduras se requiere ser hondureño de nacimiento, estar en el pleno goce de sus derechos ciudadanos, ser mayor de treinta años, ser profesional de las ciencias jurídicas y sociales o profesional universitario versado en derechos humanos y tener una reconocida honorabilidad. El comisionado es elegido por el Congreso Nacional por mayoría de votos y para un período de seis años, pudiendo ser reelegido. Las causales del cese de sus funciones están establecidas en la Ley Orgánica y son: la renuncia, el cumplimiento del período para el cual fue elegido; existencia de una notoria negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones debidamente comprobada, y la incapacidad sobreviniente o muerte. El comisionado cuenta con plena autonomía en la defensa de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de derecho⁶⁷.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México no es un órgano unipersonal⁶⁸, y la representación de esta institución se encuentra depositada en un presidente que se ha considerado como un verdadero *Ombudsman* con plena autonomía: un *Ombudsman* que no tiene autonomía no puede

Iberoamérica, Pamplona, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Defensor del Pueblo de España, Edit. Aranzadi, 2008, p. 198.

66 Decreto Ejecutivo núm. 26-92, de 8 de junio de 1992, reformado por el Decreto Ejecutivo núm. 51-92, de 8 de septiembre de 1992.

67 Arts. 4, 5 y 11 del Decreto No. 153 de 1995. Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

68 Al igual que las instituciones de Chile (Instituto Nacional de Derechos Humanos); Uruguay (Institución Nacional de Derechos Humanos); México (Comisión Nacional de Derechos Humanos); no son modelos tradicionales de *Ombudsman*, sino que, son instituciones creadas de acuerdo y de conformidad con las especiales características de los contextos sociales y jurídicos de cada Estado.

considerarse un *Ombudsman*. La autonomía, dice Carpizo, es un requisito *sine qua non* para su buen funcionamiento⁶⁹.

Ese presidente es elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores, de una terna propuesta por la Cámara de Senadores y para un período de cinco años, pudiendo ser reelecto por una sola vez. Los requisitos para acceder al cargo de presidente de la Comisión son: ser ciudadano mexicano por nacimiento; estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos; tener cumplidos treinta y cinco años el día de su elección; contar con experiencia en materia de derechos humanos, o actividades afines reconocidas por las leyes mexicanas y los instrumentos internacionales; no desempeñar, ni haber desempeñado cargo de dirección nacional o estatal, en algún partido político en el año anterior a su designación; no desempeñar, ni haber desempeñado cargo de secretario o subsecretario de Estado, Procurador general de la República, gobernador o Procurador de justicia de alguna entidad federativa o jefe de gobierno del Distrito Federal, en el año anterior a su elección; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional que amerite pena corporal de más de un año de prisión, pero si se tratare de robo, fraude, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, lo inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena, y tener preferentemente título de licenciado en derecho⁷⁰.

Para la elección del presidente de la Comisión, la Cámara de Senadores, a través de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, deberá consultar con las organizaciones representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como de los organismos públicos y privados promotores o Defensores de los derechos humanos, la terna de candidatos. La independencia de la Comisión de Derechos Humanos y, por tanto, de su presidente, se encuentra garantizada por la Constitución mexicana⁷¹ y por la Ley que le reconoce autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

69 Carpizo, Jorge. *Derechos humanos y Ombudsman*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 40.

70 Art. 9 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México de 1992. Art. 10.

71 Art. 102.B Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En Nicaragua el marco jurídico que regula la creación y actuaciones de la Procuraduría de Derechos Humanos, del Procurador y del subProcurador de derechos humanos, tiene asidero en la Constitución Política y en la Ley⁷². El nombramiento del Procurador y subProcurador es atribución de la Asamblea Nacional de Nicaragua y para su nombramiento es necesario el sesenta por ciento de los votos del total de los diputados de la Asamblea Nacional, de listas separadas propuestas por cada cargo del Presidente de la República y de los diputados, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes⁷³. Los candidatos propuestos no pueden tener vínculos de parentesco entre sí, ni con el Presidente de la República, ni con los diputados proponentes, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Tampoco podrán ser miembros de juntas directivas nacionales, departamentales o municipales de partidos políticos, y si lo fueran, deberán cesar en sus funciones partidarias⁷⁴.

Para ser Procurador y subProcurador para la defensa de los derechos humanos es necesario que reúnan diversos requisitos y calidades: ser nacional de Nicaragua y no haber renunciado a la nacionalidad nicaragüense, salvo que la hubiere recuperado cinco años antes a su elección. Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos y ser de reconocida solvencia moral y profesional, no poseer antecedentes penales ni haber estado involucrado en acciones violatorias a los derechos humanos. Haber cumplido veinticinco años de edad y no ser mayor de setenta y cinco, al día de su elección. Tener reconocida trayectoria y vocación en la defensa y promoción de los derechos humanos y amplios conocimientos en la materia⁷⁵.

Tanto el Procurador como el subProcurador gozan de las mismas prerrogativas que tienen los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, las cuales se refieren a la independencia, inmunidad e inviolabilidad en el ejercicio del cargo. La independencia del Procurador, está garantizada por la ley en la que se establece que “no estará supeditado a ninguna autoridad”,

72 La creación de la Procuraduría para los Derechos Humanos de Nicaragua se realizó a través de la Ley 212 de 1995.

73 Arts. 8 y 9 de la Ley 212 de 1995. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

74 Las incompatibilidades e inhabilidades para ejercer el cargo se encuentran en los arts. 16 y 17 de la Ley 212 de 1995.

75 Art. 10 de la Ley 212 de 1995.

realizando sus actuaciones en el marco establecido por la Constitución y las leyes⁷⁶.

En la República de Panamá la institución de la Defensoría se estableció en 1997⁷⁷. Es de anotar que, a diferencia de otros países, la institución es la Defensoría, no el Defensor, y el Defensor del Pueblo es su director, cargo para el que puede ser elegido cualquier persona natural de Panamá que se encuentre en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos, que tenga treinta y cinco años o más de edad, que no haya sido condenada por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, que goce de solvencia moral y prestigio reconocido, que no tenga relación de parentesco en cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad ni con el Presidente de la República, ni con ninguna otra persona perteneciente al cuerpo de Consejería del Gabinete, incluidos los magistrados de la Corte Suprema de justicia y los legisladores de la República⁷⁸.

Para ser elegido director de la Defensoría del Pueblo tienen preferencia los licenciados en derecho y que cuenten, además, con un posgrado en derechos humanos. El nombramiento del Defensor lo realiza el Presidente de la República con base en una propuesta de la Asamblea Legislativa, fundada en una selección previa realizada por la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa de entre todas las personas postuladas libremente a este cargo⁷⁹.

El director de la Defensoría del Pueblo goza de independencia. La ley establece que sus actuaciones gozan de plena autonomía administrativa, funcional y financiera, quedando al margen de cualquier instrucción ajena a la propia institución proveniente de cualquier persona, autoridad u órgano del Estado⁸⁰.

76 Así lo determina el art. 2 de la Ley 212 de 1995 de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos del Procurador de los derechos humanos (LPDDH).

77 Ley No. 7 de 1995, por medio de la cual se crea la Defensoría del Pueblo en la República de Panamá (Hay reformas establecidas en la Ley 7 del 5 de febrero de 1997 y en la Ley 41 de 2005).

78 Art. 8 de la Ley No. 7 de 1995.

79 Art. 9 de la Ley No. 7 de 1995.

80 Art. 1 de la Ley No. 7 de 1995. Deben considerarse las reformas establecidas en la Ley 7 del 5 de febrero de 1997 y en la Ley 41 de 2005.

En Paraguay la institución Defensorial se introdujo en la reforma constitucional de 12 de junio de 1992: “El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios”. Se agrega, además, que en ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva⁸¹.

Para acceder al cargo no se establecen más requisitos que los de ser de nacionalidad paraguaya, ser mayor de veinticinco años de edad y estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos. Las normas no hacen alusión a ningún tipo de requisito profesional o académico o experiencia en derechos humanos⁸².

El Defensor del Pueblo en Paraguay goza, pues, de autonomía e inamovilidad y, en este sentido, no podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones que emita en ejercicio de sus funciones, así como tampoco se permite su detención o arresto, salvo en el caso de flagrancia en la comisión de delito que merezca pena corporal⁸³.

Su elección se realiza por la mayoría de los dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por la Cámara de Senadores, para un período de cinco años, pudiendo ser reelegido⁸⁴. Tiene las mismas incompatibilidades e inmunidades establecidas que tienen los magistrados judiciales. Además, no puede ser candidato a Presidente ni vicepresidente de la República⁸⁵ ni candidato a Senado ni diputado⁸⁶, y le está prohibido ejercer otro cargo público o privado, remunerado o no, excepto la docencia o la investigación científica, a tiempo parcial. La Ley establece con claridad que está impedido para ejercer la función judicial, para dictar, modificar o anular

81 Art. 276, Constitución de la República de Paraguay. Disponible en: <http://www.redparaguaya.com/constitución/>, (Última consulta: 29/03/2014).

82 Art. 7. Ley 631 de 1995.

83 Art. 277, Constitución de la República de Paraguay, disponible en: <http://www.redparaguaya.com/constitución/>, (Última consulta: 29/03/2014).

84 Art. 4. Ley 631 de 1995.

85 Art. 235, Constitución de la República de Paraguay, disponible en: <http://www.redparaguaya.com/constitución/>, (Última consulta: 29/03/2014).

86 Art. 197, Constitución de la República de Paraguay, disponible en: <http://www.redparaguaya.com/constitución/>, (Última consulta: 29/03/2014).

resoluciones de la administración pública, y ejercer funciones de competencia propia de la justicia electoral⁸⁷.

El Defensor del Pueblo cesa en funciones por renuncia presentada ante la Cámara de Diputados, por muerte o incapacidad de hecho sobreviniente declarada por la Corte Suprema de Justicia, por haber cumplido 75 años de edad y por juicio político adelantado conforme a las leyes paraguayas⁸⁸.

En Perú la figura del Defensor del Pueblo, al igual que en otros países de Suramérica, se establece directamente en el texto constitucional como institución autónoma e independiente. A la Defensoría del Pueblo le corresponde defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que este lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes, así mismo, puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones⁸⁹.

La independencia del Defensor del Pueblo se encuentra garantizada por la Constitución y la ley que señalan que no está sujeto a mandato imperativo ni recibe instrucciones de ninguna autoridad. De esta independencia gozan sus opiniones sobre temas relevantes para la sociedad, opiniones en proyectos de ley y anteproyectos de ley que son solicitados por congresistas de la República, reglamentos, decretos, entre otros. Además, la Constitución peruana impone a los órganos de los poderes públicos la obligación de colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando esta lo requiere⁹⁰.

El Defensor del Pueblo en Perú es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Para ser elegido se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad, ser abogado y gozar de conocida reputación de integridad e independencia. La duración del período del cargo es de cinco años. Goza de las mismas inmunidades y prerrogativas

87 Ley No. 631 del 3 de julio de 1995, Orgánica del Defensor del Pueblo.

88 Art. 5. Ley 631 de 1995.

89 Arts. 161 y 162 de la Constitución Política del Perú. Disponible en www.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/constitu/cons 1993.pdf

90 Constitución Política del Perú. Disponible en www.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/constitu/cons 1993.pdf

de los congresistas de la República⁹¹ y no es responsable ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emite en el ejercicio de sus funciones⁹².

El cargo de Defensor del Pueblo es incompatible con todo mandato representativo, cargo político, filiación sindical, cargo en una asociación o fundación, con la carrera judicial o en el ejercicio de cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria⁹³.

En la República Bolivariana de Venezuela la Defensoría del Pueblo conforma, junto al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República, el poder ciudadano que es el órgano contralor de los poderes del Estado. Dentro de la estructura del poder ciudadano, la Defensoría del Pueblo es la encargada de la promoción y vigilancia de los derechos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos⁹⁴.

Para ser nombrado Defensor del Pueblo se requiere tener nacionalidad venezolana, ser mayor de treinta años, contar con una manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos y cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral. Su designación la realiza la Asamblea por un único período de siete años y requiere del voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes⁹⁵.

Entre las incompatibilidades para ser Defensor del Pueblo, se establecen algunas por razones de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por vínculos por matrimonio o uniones estables de hecho con miembros de la Asamblea Nacional o del Comité de Evaluación de Postulaciones que intervienen en su designación, titulares de los órganos del poder ciudadano, magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia; integrantes del Consejo Nacional Electoral o el Presi-

91 Arts. 93 y 161 de la Constitución Política del Perú. Disponible en www.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/constitu/cons 1993.pdf

92 Art. 5 de la Ley 26.520 de 1995, Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

93 Art. 6 de la Ley 26.520 de 1995, Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

94 Art. 280 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion, (Última descarga: 29/03/2014; 13:07).

95 Art. 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion, (Última descarga: 29/03/2014; 13:07).

dente o Presidenta de la República o quien haga sus veces. Finalmente, es de resaltar que, conforme a la Constitución y a la ley de la República Bolivariana, el Defensor o Defensora del pueblo no está obligado(a) a recibir y a seguir órdenes e instrucciones de ninguna otra autoridad; el titular en el cumplimiento de sus atribuciones actúa con libertad de conciencia.

El Defensor del Pueblo en Venezuela cesa en sus funciones por renuncia al cargo o muerte del titular; expiración del período constitucional de su designación; haber sido condenado o condenada, en sentencia definitivamente en firme, a excepción de los delitos políticos; haber incurrido en las incompatibilidades previstas en la ley; e incapacidad sobrevenida certificada por junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia.

Se concluye, como lo hace la Comisión Andina de Juristas, que son la constitución política o la legislación de cada país las que deben establecer los requisitos para la designación del *Ombudsman* o quien haga sus veces. Agrega la Comisión que no resulta necesario que el titular de la Defensoría del Pueblo sea abogado porque lo importante, además de su compromiso decidido con los derechos humanos, es el prestigio social y la calidad moral de la persona elegida⁹⁶.

Lo sustancial, dice la Comisión, es que la regla sobre la elección, la designación o el nombramiento del *Ombudsman* —así como la regla sobre su retiro del cargo antes del período— debe ser transparente, porque de ello depende su legitimidad en el ejercicio de tan importantes funciones⁹⁷. Aún más, agrega, considerando que en la mayoría de los casos la elección del Defensor es política, pues la designación suele recaer en el Congreso que es un órgano político por excelencia, esta debe llevarse a cabo sobre la base de la capacidad y los méritos personales de los postulantes, lo que resulta vital para garantizar la autonomía e independencia de un órgano cuyas funciones descansan en lo esencial en su capacidad de persuasión o disuasión moral⁹⁸.

96 Comisión Andina de Juristas. *Defensoría del Pueblo Perú. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996.

97. *Ibid.*, pp. 42 y 43.

98. *Ibid.*, p. 43.

Cuando se habla de independencia se trata, en definitiva, de una magistratura moral, esto es, de una *auctoritas* que busca la convivencia social pacífica y cuya legitimidad se construye con base en leyes justas, con base en diálogos sociales incluyentes y democráticos fundados en el reconocimiento recíproco de los derechos, y con base en el resultado de estos diálogos, esto es, con base en la convicción de los ciudadanos de que quien la ejerce es portador de confianza, seguridad y justicia.

Como lo afirma Perelman, la magistratura moral es una fuerza sociointegradora fundada en la *acción comunicativa* que busca la persuasión, esto es, propone diálogos donde los ciudadanos, en el ejercicio de su libertad, de su mutuo reconocimiento y de su confianza en el otro, construyen saberes sociales a través de adhesiones razonadas y razonables que terminan en un acuerdo amplio que es, además, una convicción personal de cada uno de los ciudadanos⁹⁹.

2.3. Una independencia que favorece la democracia, el interés general y los espacios públicos

Fundado en una independencia de origen parlamentario y en unas calidades *intuitio personae*, el *Ombudsman* cuenta con la legitimidad, el reconocimiento social y la autoridad moral para, si es necesario en el ejercicio de su función, oponerse a las decisiones de los poderes públicos –al ejecutivo, al legislativo y al judicial– porque, como lo sostienen Jaime Vidal Perdomo, Alexey Julio, Donald Rowet y Jorge Carpizo, su discurso no está para ceder frente a los tomadores de decisiones públicas, sino para corregirlos en sus fundamentos y en sus gestiones¹⁰⁰.

99 Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca. *Tratado de argumentación – La nueva retórica* [Traducción española de Julia Sevilla Muños] Madrid, Edit. Gredos, 2000, p. 66.

100 Vidal Perdomo, Jaime. (2005). “El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del “Ombudsman” en Colombia”, en *Foro Colombiano*, No. 432, junio p. 511; Julio Estrada, Alexei. (1994). *El Ombudsman en Colombia y México. Una perspectiva comparada*. México, UNAM - Corte Constitucional de Guatemala - Procurador de DD.HH. de Guatemala, p. 52; Rowet, Donald. *El Ombudsman - El Defensor del ciudadano*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 39; Carpizo Macgregor, Jorge. *Algunas preocupaciones sobre la institución del Ombudsman*. (En línea): www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021

El *Ombudsman* es, en efecto, un órgano de control y, fundado en la independencia que debe tener frente a los poderes públicos tradicionales y, sobre todo, considerando todos los valores que se derivan de la protección de la dignidad humana, debe ejercer su *auctoritas* o magistratura moral construyendo un discurso que persuada a la sociedad de la importancia de esos principios. De esta manera, el Defensor del Pueblo debe tomar partido por los valores republicanos y democráticos como la libertad individual, la división del poder, la imposición de límites al gobernante, la promoción de modelos de desarrollo incluyentes y participativos, la garantía de los derechos colectivos y de los grupos humanos más vulnerables y el respeto de la diversidad. Se puede agregar que la construcción de este discurso cargado de valores republicanos y democráticos esenciales en todo Estado social y democrático de derecho, cobra sentido cuando se traduce, en la práctica, en la defensa de espacios públicos y en la garantía de los asuntos de interés general frente a quien ejerce la *potestas* y, además, frente a los poderes privados.

En otras palabras, es precisamente esa capacidad para tomar partido por unos valores, incluso oponiéndose a las decisiones de los poderosos, la que legitima la existencia y la gestión del *Ombudsman* y la que le otorga credibilidad social. No de otra manera se entiende que el *Ombudsman*, libre de toda intromisión o mandato imperativo, pueda oponerse, incluso de manera radical, a una política pública, y esto supone una oposición a los valores con base en los que esta se ha formulado, a los criterios y medios con los que se ha ejecutado y a los métodos con los que se han evaluado sus resultados.

La independencia es, pues, un medio y no un fin en sí mismo. Y se puede inferir que, como un medio, debe estar al servicio de unos fines que son los que legitiman la existencia y la gestión de la institución del *Ombudsman* y, además, los que le dan carácter a todo Estado social y democrático de derecho.

La Comisión Andina de Juristas agrega que para garantizar la independencia del *Ombudsman* en el ejercicio de sus funciones la norma reguladora debería establecer “el requisito de mayoría calificada [para su elección o designación que] tiene como finalidad dotarlo del mayor grado de legitimidad

democrática”¹⁰¹. En efecto, dice la Comisión, “lo que se pretende es que el titular de la Defensoría sea el resultado del consenso y no de la oposición de mayorías proclives a imponer su voluntad”¹⁰².

Ahora bien, el origen parlamentario del Defensor del Pueblo garantiza su legitimidad democrática, no obstante, y como puede apreciarse en el trabajo empírico cuyos pormenores se encuentran en los anexos de este documento escrito, algunas legislaciones, como la boliviana, la ecuatoriana y la venezolana, refuerzan esta condición de legitimidad democrática invitando a organizaciones civiles a participar en su designación. En el caso de Bolivia, dice la Comisión de Juristas, las organizaciones de la sociedad civil pueden proponer o impugnar las candidaturas que son recibidas por la Comisión Mixta de Constitución, Justicia y Policía Judicial del Congreso Nacional. En el Ecuador, el Defensor del Pueblo solo es elegido después de haberse escuchado a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas. En Venezuela, el denominado Consejo Moral Republicano convoca a un Comité de Postulaciones integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad. Este Comité debe designar una terna de candidatos que luego es sometida a la elección de la Asamblea Nacional. Lo interesante es que si en la Asamblea no hay acuerdo, el Poder Electoral deberá someter la terna a consulta popular. En fin, en el Perú el proceso de designación por parte del Congreso está antecedido por un período de presentación de tacha u opiniones del público en torno a los candidatos, cuyo nombre se publica en el *Diario Oficial del Estado*¹⁰³.

Como un proceso adicional que refuerza su independencia se observa que todas las constituciones que han establecido la institución del *Ombudsman* sostienen que el ejercicio de esta función es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad, sea esta pública o privada, con excepción de

101 Comisión Andina de Juristas. *Defensoría del Pueblo Perú. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 25.

102 *Ibíd.*

103 *Ibíd.*, pp. 27-28.

la docencia universitaria. Así lo reconoce la Comisión Andina de Juristas cuando sostiene que, en primer término, las llamadas incompatibilidades funcionan como una garantía de la independencia y autonomía institucional en favor de la Defensoría del Pueblo y, en segundo término, que estas tienen como propósito obtener una dedicación eficaz e integral en el desempeño del cargo. Detrás de estas incompatibilidades subyace un propósito ético, agrega, porque el desempeño del cargo Defensorial exige una independencia de criterio y de actuación que pueden resentirse con el desempeño de otras ocupaciones”¹⁰⁴.

Estas reflexiones llevan a los expertos de la Comisión a hacer una recomendación que consiste en incluir un dispositivo constitucional o legal que evite que toda persona que haya sido Defensor del Pueblo pueda, con posterioridad y durante un tiempo prudente, postularse a un cargo político¹⁰⁵.

Ahora bien, la Comisión Andina de Juristas sostiene que, al lado de su origen parlamentario, reforzado por la participación ciudadana, hay otra variable esencial en la construcción de la independencia del *Ombudsman* que consiste en la inviolabilidad o inmunidad. Se entiende inviolabilidad en el sentido en que el *Ombudsman* no debe responder civil ni penalmente por las recomendaciones, reparos u opiniones que emita o los actos que realice en el ejercicio de sus funciones, y como inmunidad. Se entiende inmunidad en el sentido en que el *Ombudsman* no puede ser detenido ni procesado sin autorización del Congreso, salvo en el caso de un flagrante delito.

Entendida de esta manera, la independencia del *Ombudsman* se encuentra establecida en muchas de las constituciones y legislaciones estudiadas en esta investigación donde su inmunidad, como las parlamentarias, instauradas para garantizar el ejercicio de su función y, específicamente, para garantizar su capacidad de emitir opiniones y para evitar consecuencias jurídicas por ello. En el Perú, por ejemplo, el Defensor del Pueblo no puede ser detenido ni procesado sin autorización del Congreso, salvo en el caso excepcional de flagrante delito. La inmunidad de opinión, expresión y actuación significa, como lo expresa la Constitución de Bolivia, que el Defensor del Pueblo es

104 *Ibíd.*, p. 28.

105 Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del Pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, p. 95.

inviolable por las opiniones, resoluciones y recomendaciones que emita en el ejercicio de sus funciones. Debe entenderse que la inmunidad mencionada alcanza al Defensor por las opiniones, expresiones y actuaciones vertidas desde que asume el cargo y hasta que expira. O sea que lo expresado o lo recomendado en el desempeño del cargo de Defensor goza de inmunidad vitalicia.

La inmunidad de arresto, dice la Comisión Andina de Juristas, supone la prohibición de privar al Defensor del Pueblo de su libertad corporal. Incluso, como sucede en la mayoría de los ordenamientos de la región, la inmunidad de arresto se extiende hasta la prohibición de enjuiciamiento penal. Para juzgar al Defensor del Pueblo, en los casos de delito flagrante o incapacidad moral, es necesario llevar adelante un procedimiento de desafuero ante el Congreso de la República. Se trata de la habilitación para allanar la inmunidad de arresto y de enjuiciamiento, con la finalidad de que el juez pueda iniciar el proceso penal correspondiente. En efecto, el Congreso, mediante decisión política amparada en las causales previamente establecidas en la ley, puede destituir al Defensor tras la realización de un juicio político. Sin embargo, en ambos casos, ante petición judicial o frente a una iniciativa de naturaleza política, el Congreso debe examinar si desde el punto de vista de la conveniencia política procede o no el desafuero (autorización de proceso penal), o la destitución mediante juicio político¹⁰⁶.

En otras palabras, como se observa en casi todos los países de la región —en Colombia no hay disposición que lo garantice— el *Ombudsman* goza de inmunidad, prerrogativa que solo puede levantarse con una autorización expresa del Congreso¹⁰⁷.

Se colige, pues, que la independencia del *Ombudsman*, fundada en su origen parlamentario, en la participación ciudadana y en la inmunidad en el ejercicio de sus funciones, es un fundamento esencial para que se convierta, como se ha convertido, en una institución que hace parte integral del Estado social de derecho y, al mismo tiempo, en una institución que garantiza su buen funcionamiento.

106 *Ibíd.*, p. 38.

107 *Ibíd.*, p. 40.

Se insiste, como lo hace Rowat, en que el *Ombudsman* es un funcionario independiente y, pese a que tiene origen parlamentario, no debe someterse a la influencia de los partidos políticos en su gestión de vigilancia y control de la administración pública¹⁰⁸.

En fin, los expertos de la Comisión Andina de Juristas agregan que para garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones, la norma reguladora también debería establecer la facultad del *Ombudsman* para organizar, administrar y dirigir el funcionamiento de la institución, así como la de nombrar, remover, amonestar, conceder licencias y aceptar renunciaciones de su personal. Así lo establecen las legislaciones en Colombia (arts. 9 inc. 2, 12, 16, 17 y 18), El Salvador (art. 12, inc. 10) y Guatemala (art. 14, inc. K). En este sentido, también resulta fundamental que el Defensor del Pueblo, en su calidad de titular de la institución, cuente con la facultad de dictar los reglamentos necesarios para el eficiente y práctico funcionamiento de la institución, tal como lo disponen expresamente las legislaciones de Argentina (art. 34), Colombia (art. 9, inc. 18), El Salvador (art. 12, 9) y el Perú (art. 9, inc. 7)¹⁰⁹.

El *Ombudsman*, dice Maiorano haciendo alusión a la condición de independencia de la que debe gozar en todo caso, no puede ser ni un encubridor ni un inquisidor. En ese espacio, su acción persuasiva, fundada en razones, debe dirigirse a construir una nueva sociedad, persuadido de que sus recomendaciones y sugerencias no pueden reemplazar las decisiones del juez. En otras palabras, dice, es necesario que siga la idea esencial de Sócrates para responder con sabiduría, juzgar con prudencia y actuar de manera independiente con base en los valores republicanos y democráticos que le legitiman¹¹⁰.

108 Rowat, Donald. *El Ombudsman - El Defensor del Ciudadano*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 39.

109 Comisión Andina de Juristas. *Defensoría del Pueblo Perú. Análisis comparado*. Lima, pp. 58-59.

110 Maiorano, Jorge L. *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, p. 29.

2.4. *Una magistratura moral que también controla poderes privados* 107

Tras el establecimiento de la institución del *Ombudsman* con funciones de control sobre la administración pública se suscitó un debate sobre la pertinencia y necesidad de ampliar sus funciones para la vigilancia de los particulares. Pasado el tiempo esta idea se hizo efectiva y, como puede constatarse en las fuentes cuya sistematización está contenida en los anexos de este trabajo de investigación, en nuestros días la independencia y autonomía del *Ombudsman* también se manifiesta en el control que puede ejercer frente a los poderes privados cuando quiera que ellos, con sus opiniones, acciones u omisiones, invadan espacios públicos, nieguen derechos, afecten el orden público y la seguridad humana y, en general, atenten contra los intereses generales.

Esta decisión de ampliar las funciones del *Ombudsman* se explica, entre otras razones, porque bajo el nuevo orden mundial los grandes capitales privados han venido adquiriendo una influencia creciente y decisiva sobre la vida de los ciudadanos y, al mismo tiempo, porque los poderes del Estado para controlarlos han venido declinando¹¹¹.

Se trata, pues, de comprender que hay un proceso de declive de la democracia que está propiciando que los intereses privados se impongan sobre los intereses públicos, o que las instituciones estatales se instrumentalicen en favor de los intereses económicos de las elites y, por otro lado, se trata de comprender que la acción del Defensor del Pueblo tiene que llegar a controlar esos poderes privados con el objeto de impedir que sus intereses se impongan sobre los generales y los derechos de los ciudadanos, o de evitar que invadan los espacios públicos.

Fundados en esa idea, muchas legislaciones de los países de la región iberoamericana han establecido que el Defensor del Pueblo ejerza funciones

111 ¿Por qué —se pregunta Galbraith— si las instituciones de intervención en la economía tienen la misión de garantizar o construir bienes públicos, han propiciado en muchas ocasiones que las ganancias se conviertan en beneficios privados individuales y que se capitalicen, y que las pérdidas se conviertan en costos sociales que deben ser pagados por la sociedad entera? Galbraith demuestra, en efecto, que en el modelo de desarrollo capitalista y liberal hay una *privatización de las ganancias y una socialización de las pérdidas*, Galbraith, John Keneth. *Op. cit.*, pp. 201 y ss.

de garantía de los derechos, de los intereses generales y de la democracia. Así, por ejemplo, en Ecuador se considera que

En la mayoría de los casos que tiene que ver con el sector privado (particulares), la Defensoría del Pueblo interviene cuando la afectación o violación provoca daño grave, por ejemplo cuando el sector inmobiliario privado realiza acciones que violentan el derecho a la vivienda y derechos conexos como los servicios mínimos que la vivienda debe tener; o cuando los medios de comunicación difunden o permiten la difusión de mensajes discriminatorios, violentos o que atenten contra la dignidad humana; así mismo cuando el actor privado presta servicios de agua, luz, telefonía, entre otras y sus acciones u omisiones afectan a amplios sectores de la ciudadanía; pero también cuando las personas o actores privados someten o abusan de relaciones de subordinación, indefensión o discriminación contra personas, colectivos o pueblos¹¹².

Por su parte en la institución que establece el Procurador para la defensa de los derechos humanos de El Salvador se ha aceptado la posibilidad de investigar violaciones a derechos humanos por parte de particulares cuando

... el particular actúa con poder real, con aquiescencia del Estado o cuando este ha incumplido con su deber de garantía, cuando se trate de sujetos colectivos plurales, tales como organizaciones y asociaciones, y cuando la afectación a derechos humanos sea de naturaleza colectiva o de trascendencia nacional. En estos casos, la responsabilidad de las personas particulares se evalúa bajo criterios muy restringidos. Con base en dichos criterios, el Procurador decide en qué casos intervenir, con base en el principio de discrecionalidad, según la naturaleza, trascendencia y gravedad de los hechos, con el objeto de activar y verificar el cumplimiento de los deberes del Estado a través de las instituciones competentes¹¹³.

112 Véase en los anexos el *Sondeo de opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia*. Respuesta No. 4 de la Defensoría del Pueblo de Ecuador.

113 Véase en los anexos el *Sondeo de opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia*. Respuesta No. 4 del

Este aspecto se amplía en el marco de las competencias y funciones del Procurador de los derechos humanos de Guatemala porque

... con fundamento en lo establecido en el inciso c) del artículo 275 constitucional, sí puede vigilar la acción de los particulares en los casos que conlleven violaciones de derechos humanos y las razones han sido diversas especialmente en defensa de derechos económico-sociales. De conformidad con esta norma el Procurador de los derechos humanos de Guatemala ha vigilado el actuar de los particulares en los siguientes casos “en contra de la venta de información personal realizada por empresas privadas, lo cual ha afectado el derecho a la intimidad, al trabajo y a la dignidad de las personas al comercializar sus datos personales, sin previa autorización de los afectados; en colegios privados por la función pública que realizan recomendando al Ministerio de Educación que promueva los cambios de disposiciones que afectan a la población estudiantil”¹¹⁴.

2.5. *Una magistratura moral que no tiene poder sancionatorio*

La *autoritas* que legitima al *Ombudsman* en la actualidad, dice Córdoba Triviño, no es aquella que irradia de una obligatoriedad de sus decisiones, sino aquella que supone un poder de persuasión que sobresale y excede a un atributo de vinculatoriedad¹¹⁵. En el mismo sentido, Carpizo sostiene que las decisiones que sean tomadas por el Defensor del Pueblo, o quien haga sus veces, están apoyadas en un poder moral sin sanción, puesto que las directrices que él traza buscan hacer un llamado a las instituciones del Estado para que adecúen sus actuaciones al ordenamiento jurídico nacional o internacional, y para que garanticen los intereses y espacios públicos¹¹⁶.

Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador.

114 Véase en los anexos el *Sondeo de Opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia*. Respuesta No. 4 del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala.

115 Córdoba Triviño, Jaime. *Defensor del Pueblo, antecedentes, desarrollo y perspectiva de la institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992.

116 Carpizo Macgregor, Jorge. *Algunas preocupaciones sobre la institución del Ombudsman*. (En línea): www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021

En los estados modernos, dice Jürgen Habermas, las reglas jurídicas deben establecerse con base en unos principios tales que, sin ellas, la convivencia social sería imposible. De allí debe derivar el acatamiento de las leyes por cada ciudadano, y no del poder sancionatorio de las autoridades. Este principio se puede enunciar así: “el arbitrio de cada uno puede concertarse o conciliarse con el arbitrio de otro conforme a una ley general de libertad”. En efecto, agrega Habermas, la integración social solo puede construirse si se establecen reglas cuyo reconocimiento, por parte de los ciudadanos, no depende de la coerción sino de la convicción de su necesidad como condiciones pactadas que permiten la convivencia pacífica y creativa de cada uno de sus destinatarios¹¹⁷.

En otras palabras, el cumplimiento de las reglas sociales no deriva de la coerción sino de la razonabilidad de su contenido. Esto es lo que permite afirmar que el discurso del Defensor del Pueblo, pese a que no cuenta con un poder sancionatorio, debe construirse en diálogos amplios y democráticos que susciten su acatamiento porque, detrás de él, existe un aprendizaje social y una convicción de cada ciudadano sobre la justicia y la pertinencia de sus contenidos. De acuerdo con Rowat, el *Ombudsman* es un funcionario independiente que debe fundarse en la legitimidad que deriva de esa condición para atender quejas específicas del público contra las injusticias y los errores administrativos. En este sentido, agrega, tiene el poder de investigar y criticar, y el de hacer públicas sus críticas e investigaciones sobre las acciones de la administración pública que sean injustas y dañosas, pero no el de revocarlas ni el de imponer sanciones¹¹⁸.

Estas son las razones que le permiten a Jaime Córdoba Triviño afirmar que la fuerza de las decisiones del *Ombudsman* no radica en su poder coercitivo, que no lo tiene, sino en su *auctoritas*, esto es, en su prestigio moral y en su reconocimiento social. A pesar de su incapacidad coercitiva, agrega, los *Ombudsman* están facultados para recomendar, investigar y publicar los resultados de sus investigaciones. Estos instrumentos han resultado suficientes para obtener los objetivos perseguidos por la institución. Algunas veces el

117 Habermas. Óp. cit., p. 91.

118 Rowat, Donald. *El Ombudsman - El Defensor del ciudadano*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 39.

Ombudsman puede respaldar sus decisiones con un poder de sanción directo del que está provisto en países como Suecia y Finlandia. Estos poderes son de escasa aplicación. También existe el poder sancionatorio indirecto que se manifiesta en su facultad de solicitar sanciones e investigaciones a los funcionarios que actúen por fuera de la ley¹¹⁹.

La magistratura moral, dice Ligia Galvis, es una acción de confianza ciudadana originaria que se funda en un acto de constante comunicación entre quien la ejerce, el Estado y la sociedad que reconoce, acepta y toma en cuenta sus sugerencias y recomendaciones por convicción, no por la coacción¹²⁰. La magistratura moral, agrega, tiene sus raíces en el escenario de la soberanía popular fundada en la titularidad universal de los derechos de seres libres e iguales. En virtud de ello, su autoridad se construye a partir del consenso fundado en la confianza que el Estado, la sociedad civil y la comunidad internacional depositan en una tercera persona, cuyas decisiones no se fundan en la fuerza de la sanción para reclamar su legitimidad¹²¹. Es por esta razón que desde el principio su reflexión parte de un principio: la magistratura moral se constituye en el ejercicio de una autoridad cuya efectividad no depende de una sanción sino del equilibrio entre el imperativo de la autonomía y el imperativo de la heterorregulación. Esta *authoritas* emerge, dice, no como un poder coactivo, sino como un poder que “rompe el círculo legitimidad-coacción-fuerza”¹²².

Muchas de estas ideas han sido consideradas por los funcionarios de las Defensorías del pueblo de la región iberoamericana, que respondieron el sondeo de opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia. Así, por ejemplo, el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala señaló que:

Las resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos no son vinculantes, son de condena moral... Para dar fuerza legal

119 Córdoba Triviño, Jaime. *El Defensor del Pueblo, antecedentes, desarrollo y perspectiva de la institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992, pp. 45 y 46.

120 Galvis Ortiz, Ligia. *La magistratura moral y el paradigma de los derechos, autoridad sin sanción*, Colombia, Proyecto de Fortalecimiento del Estado de Derecho, GIZ, Cooperación República de Colombia – República de Colombia, Defensoría del Pueblo, 2010, Colombia, 34.

121 Galvis Ortiz. *Ibíd.*, p. 34.

122 Galvis Ortiz. *Ibíd.*, p. 21.

a sus resoluciones y hacerlas vinculantes necesita apearse a órganos jurisdiccionales. Asimismo, el Procurador de los Derechos Humanos tiene la facultad de iniciar acciones legales a través de los tribunales de justicia y lo hace cuando el caso lo amerita¹²³.

En sentido similar, la institución que establece la Defensoría del Pueblo en Bolivia dispone que

(por) mandato de la Constitución y la Ley, el Defensor del Pueblo carece de capacidad coercitiva, es decir que por sí mismo no puede instruir acciones de fuerza contra quienes vulneran derechos humanos. Su fortaleza se cimienta en la magistratura moral, la denuncia, la persuasión y la invocatoria a la Ley. No obstante, la Constitución actual le otorga la capacidad de interponer acciones constitucionales para cumplir de mejor manera sus objetivos¹²⁴.

La magistratura moral —agrega— se aplica a través del fortalecimiento de su imagen y su reputación pública e institucional que le otorga alto nivel de credibilidad y de autoridad para emitir pronunciamientos, declaraciones, denuncias y otros, de manera pública o en acciones directas con las instituciones vulneradoras. En este trabajo, la Defensoría del Pueblo tiene en los medios de comunicación, los líderes de opinión y las instituciones aliadas o afines en la defensa de los derechos humanos, de ahí que los informes y las investigaciones que realiza, además de los resultados de su trabajo, deben ser siempre motivo de información y difusión permanente¹²⁵.

Además, la Defensoría del Pueblo de Bolivia destacó entre los resultados obtenidos del ejercicio de la magistratura moral los siguientes:

123 *Sondeo de opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia*. Respuesta No. 3 de la Institución del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala.

124 *Sondeo de opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia*. Respuesta No. 3 de la Defensoría del Pueblo de Bolivia.

125. *Ibid.*

... incidir en políticas públicas, tanto en la prevención como en la gestión; resalta las acciones de denuncia sobre la violencia en las Fuerzas Armadas y la policía o el tratamiento de casos que permanecían en la impunidad¹²⁶.

El Defensor del Pueblo de España, por su parte, señaló los resultados obtenidos del ejercicio de esta especial atribución en los siguientes términos

Su *modus operandi*, radica en su capacidad de persuasión, sobre la base de un poder no coercitivo y el rigor jurídico y ético de sus resoluciones. Prueba de ello es que las administraciones públicas aceptan más del 70% de las recomendaciones formuladas¹²⁷.

2.6. *Una magistratura moral que persuade y educa porque construye un discurso democrático e incluyente que se hace público*

Si se está de acuerdo con la idea según la cual la función esencial del *Ombudsman* está referida a la defensa de la dignidad humana, y si se acepta que esa función se hace efectiva en la construcción de diálogos abiertos y democráticos, se pueden afirmar dos cosas: la primera, que la legitimidad del *Ombudsman* deriva de su capacidad para suscitar una comunicación intersubjetiva, fundada en el mutuo reconocimiento de los ciudadanos cuyo diálogo genera aprendizajes sociales incluyentes; la segunda, que esa *acción comunicativa*—o publicidad de la institución¹²⁸— debe ser objeto de una amplia divulgación.

Esto se explica cuando se estudian las fuentes consideradas en esta investigación y, específicamente, el sondeo de opinión, y se constata que es necesario que el discurso del Defensor del Pueblo tenga amplia difusión en la comunidad. Se trata, pues, de la continua y eficaz utilización de medios propios de comunicación, o de espacios en los medios estatales y privados

126 *Ibid.*

127 *Sondeo de opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia*. Respuesta No. 3 de la Defensoría del Pueblo de España.

128 Algunos autores utilizan la expresión “Publicidad de la Institución”. *Verbi gracia*, Venegas Álvarez, Sonia. *Origen y devenir del Ombudsman*, México, D. F., 1988.

de comunicación masiva hablada, escrita y virtual, con entrevistas, noticias y crónicas que afirmen el sentido del discurso del Defensor del Pueblo en cada asunto de interés general. Pero también se trata de la participación en foros, conferencias, medios electrónicos y, en general, en auditorios académicos y universitarios que permitan al Defensor del Pueblo y a sus voceros autorizados dar un sustento más amplio a su discurso.

Una de las columnas sobre las cuales basa el *Ombudsman* su actuación, dice Carpizo, es el principio de publicidad de sus acciones. Con este recurso, agrega, su acción y su discurso cobran mayor dimensión y credibilidad social¹²⁹. Sin embargo, Carpizo advierte de una realidad que debe considerarse en relación con los medios masivos de comunicación y la creación de la opinión pública en América Latina, porque algunos de ellos reciben subsidios estatales y otros hacen prevalecer los intereses de grupos privados por encima de los intereses que representa y defiende el *Ombudsman*¹³⁰.

No se dice nada nuevo cuando se afirma que al auspiciar y promover diálogos abiertos y democráticos, que susciten aprendizajes sociales, lo que el Defensor del Pueblo hace es educar. En este sentido, Carpizo insiste en que el Ombudsman debe de saber divulgar su obra, esto es, hacer que su discurso o doctrina llegue realmente a los grupos sociales destinatarios: los ciudadanos y los funcionarios públicos en cuyas manos se encuentran los medios para garantizarlos¹³¹.

La experiencia en Panamá, estudiada en esta investigación, pone en evidencia que solo la *acción comunicativa* fortaleció y le dio legitimidad a la institución del *Ombudsman* tras su establecimiento. En efecto, además de su independencia, la función referida a la promoción y protección de los derechos humanos le dieron la capacidad de difundir un discurso filosófico, construido de manera consistente, que se tradujo en un aprendizaje social que, a la vez, legitimó la gestión de la institución¹³².

129 Carpizo McGregor, Jorge. *Algunas preocupaciones sobre la institución del Ombudsman*, en www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021, en www.pudh.unam.mx/perseo/?P=2021; descargado el 17-12-2013, 9:30 a.m.

130 *Ibid.*

131 *Ibid.*

132 PanamAmérica.com.pa, *Una magistratura moral*. (29/05/2006). <http://www.panamaamerica.com.pa/notas/549197-una-magistratura-moral>

La publicidad es un elemento esencial en la actividad de toda institución estatal porque, como lo dice James Buchanan, la consulta de la opinión pública trae consigo la confianza y legitima las acciones del gobernante. En este sentido, y si se sigue la tesis de Jaime Córdoba, se infiere que la confianza del público está mejor garantizada cuando expone la gestión al escrutinio público¹³³.

Se constata, pues, que la publicidad es una condición necesaria para la divulgación de saberes sociales, o de investigaciones y estudios especializados y, en este sentido, para la información y la educación a partir de la puesta en común de los mismos.

Ahora bien, es preciso agregar que la capacidad de construir un discurso a partir de diálogos sociales que llevan a consensos que propician aprendizajes en los que prevalecen el interés general y los criterios democráticos –acción comunicativa, dice Habermas– solo es efectiva si se acompaña de la capacidad de divulgar esos saberes sociales compartidos para legitimarlos. En este sentido, el *Ombudsman* necesita establecer relaciones favorables con el Parlamento, su elector, porque ese escenario de la democracia es el que avala sus informes y el que, como una caja de resonancia, divulga de manera adecuada su discurso. La magistratura de persuasión consiste, dice Guillermo Escobar, en propiciar diálogos democráticos e incluyentes, y el Parlamento es el escenario propicio para ese ejercicio¹³⁴.

Como se corrobora con el estudio de la experiencia colombiana, la magistratura moral se ejerce ante el Congreso de la República y ante la ciudadanía. Su acción Defensorial frente al foro democrático del Parlamento se despliega con dos modalidades: una que se concreta en la facultad que la Constitución le otorga de presentar proyectos de ley en los asuntos de su competencia¹³⁵; otra, en la presentación de observaciones y recomendaciones a los proyectos de ley que hacen curso en en su foro público¹³⁶. Frente

133 Córdoba Triviño, Jaime. *El Defensor del Pueblo, antecedentes, desarrollo y perspectiva de la institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992, p. 50.

134 Escobar Roca, Guillermo. *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos*. Madrid, Editorial Trama, 2010, p. 24.

135 El art. 283 de la Constitución Política de Colombia, fija como competencias generales del Defensor del Pueblo velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos.

136 Defensoría del Pueblo. *Décimo Séptimo informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República de Colombia*, 2010, en www.Defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/17.

a la ciudadanía, la magistratura moral se hace efectiva de varias maneras: resolviendo peticiones y consultas, o divulgando informaciones o noticias en medios de comunicación con el objeto de poner en común y educar sobre temas de interés general¹³⁷.

Pero la magistratura moral también se ejerce ante la rama judicial. Así, frente a la Corte Constitucional interviene en demandas ciudadanas en contra de normas que vulneran la constitución, en la revisión de tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, en la revisión previa de los proyectos de ley estatutaria —que se encargan de reglamentar los derechos fundamentales y los mecanismos para su protección, así como los temas más sensibles para el constituyente—, y en la revisión automática de los decretos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de las facultades de excepción¹³⁸.

En definitiva, y tal como lo sostiene el profesor Carpizo, el Defensor del Pueblo —el *Ombudsman* criollo, dice él— es un órgano de control de la administración pública legitimado por su independencia, esto es, por su origen parlamentario. No obstante, no está sometido a la jerarquía de quien lo designó ni a la de poder alguno dentro del Estado. Ejerce una magistratura de opinión y carece de poder sancionatorio.

Es prudente, no obstante, reconocer que la función del *Ombudsman* en nuestros días va mucho más allá de impedir acciones. En efecto, el análisis de las fuentes primarias consultadas en esta investigación permite constatar que las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana ejercen funciones más propositivas, como las referidas a la promoción de derechos humanos estudiadas en el capítulo tercero de este trabajo y las referidas a la incidencia en políticas públicas estudiadas en el capítulo cuarto.

137 *Ibíd.*

138 La intervención de la Defensoría del Pueblo en estas materias puede ser por iniciativa propia o por solicitud de la misma Corte Constitucional cuando así lo considere pertinente. La Defensoría del Pueblo también interviene en calidad de demandante, cuando quiera que encuentre normas legales que contradigan la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia constitucional. De la misma forma, ante el Consejo de Estado, cuando actúa en defensa del orden constitucional y de los derechos constitucionales en calidad de demandante, o cuando lo hace en ejercicio de la acción de nulidad contra los actos administrativos de carácter nacional que se estimen violatorios de la Constitución. Defensoría del Pueblo. *Décimo Séptimo informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República de Colombia*, 2010, en www.Defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/17, notas 6 y 7.

CAPÍTULO II

La supervisión del Estado

Para hacer un análisis adecuado de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en Iberoamérica fue preciso escoger un camino teórico y, como se advirtió en la introducción de este trabajo, el enfoque desarrollado por la *teoría crítica* y, específicamente, por Jürgen Habermas, es el más pertinente por dos razones: la primera, porque la *acción comunicativa* propicia la construcción de un discurso fundado en consensos sobre lo justo y lo apropiado que es fundamental para alcanzar la convivencia social. En efecto, el pensador alemán, fundado en el antiguo supuesto de Aristóteles sobre la posibilidad que tienen los seres humanos de saber lo que es justo y lo que es injusto en la acción de comunicarse, infiere que el lenguaje y la comunicación social propician consensos sociales que brindan a los seres humanos la posibilidad de crear una ética que rige el comportamiento de los individuos en sociedad¹.

En este sentido, y si se considera con Habermas que los diálogos son instrumentos para establecer consensos sociales que propician una vida política más creativa y menos violenta, se colige que la magistratura moral que ejerce el Defensor del Pueblo debe entenderse como la construcción de un discurso que se divulga y que, como un diálogo social abierto y permanente, genera un aprendizaje sobre la necesidad de defender los intereses generales, los derechos ciudadanos, los espacios públicos y el florecimiento de estilos particulares de vida. Por esa razón, este pensador, heredero de la teoría crítica, insiste que en la estructura social que hemos construido, que se manifiesta de manera más compleja y globalizada en nuestros días, es necesaria la politización de los ciudadanos y su participación en condición de individuos libres, portadores de derechos que entran en tensión con los de los demás, y este aprendizaje solo se alcanza cuando hay diálogos sociales permanentes y abiertos a la participación de todos en torno de valores como la democracia, los derechos humanos y la multiculturalidad².

Esta reflexión también permite aproximarse a las razones que explican la emergencia de la institución del Defensor del Pueblo durante la crisis del entorno político liberal tradicional. En efecto, cuando los principios clásicos

1 Habermas, Jürgen. *La acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2005, y *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 1999.

2 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez; sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005, p. 102.

sobre la representación política, el respeto de las libertades y la división de poderes entran en crisis en el contexto social contemporáneo, el *Ombudsman* emerge como una institución que fortalece y mantiene viva la democracia.

La segunda razón por la que se insiste en la pertinencia de las ideas de Habermas, es porque la *acción comunicativa* también brinda sustento teórico para proponer el análisis de las funciones que ejerce el Defensor del Pueblo como una institución estatal que supervisa el Estado, con base en un discurso cargado de valores republicanos y democráticos que cobra sentido cuando se traduce, en la práctica, en la defensa del interés general, de los derechos ciudadanos y de los espacios públicos, frente a quien ejerce la *potestas* o ante quienes ejercen poder o posiciones de dominio en la sociedad.

Ahora bien, si se considera que en el cuarto capítulo de este trabajo se hace una alusión específica a una idea novedosa sobre la incidencia que el Defensor del Pueblo debe tener en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, se entenderá que las contenidas en el presente capítulo son reflexiones que tratan sobre la supervisión del Estado cuyo ejercicio le ha dado sentido al *Ombudsman* desde sus orígenes en Suecia.

De esta manera, en este trabajo se toma la organización estatal como una entidad política compleja, con estructura institucionalizada, que cuenta con un cúmulo de atributos y funciones para el cumplimiento de los fines que justifican su existencia y que, en todo caso, no pueden ser diferentes del interés general. Sobre esas bases, se colige que las funciones que un Estado tiene a su cargo se han incrementado con la consolidación de la modernidad y en la medida en la que se fue fortaleciendo su institucionalidad. Los primeros *Estados-nación*, como dice Max Weber, nacieron cuando un príncipe monopolizó en su favor el poder político y lo impuso por la fuerza³.

En efecto, bajo el absolutismo, y en aras de los principios soberanistas de la *firma de la paz de Westfalia* que rigió entonces, las monarquías de Europa occidental, establecidas como *Estados-nación*, impusieron un orden sobre todas las personas que se encontraban en el territorio que, además, se opuso a

³ Max Weber ha definido el Estado como la comunidad humana que, dentro de un territorio específico, ha reclamado con éxito para sí “el monopolio de la violencia física legítima”. Weber, Max. *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 83 y ss.

toda autoridad externa. Las primeras funciones públicas fueron la defensa, la seguridad y una administración de justicia derivada del personal interés del príncipe. Las arbitrariedades y los abusos en contra de los súbditos, que fueron terribles y se justificaron en virtud del origen divino del poder del gobernante, empezaron a esbozar lo que se denominó *razón de Estado*.

Con el tránsito a la Ilustración algunas sociedades de Europa occidental propiciaron la emergencia de valores cimentados en el individualismo que dieron fundamento a John Locke para proponer una ideología coherente, y muy propia del contexto social de entonces, que se denominó liberalismo político. En efecto, si se estudia la obra del padre del liberalismo se puede constatar que su idea consistía en establecer un equilibrio político y económico en una sociedad cambiante que estaba más amenazada por la tiranía que por la desigualdad y, por esa razón, su pensamiento político se caracterizó por el *individualismo* y por un corolario *utilitarista*, esto es, por la idea según la cual la libertad de los individuos es inseparable de la felicidad. De esta manera, infiere, el fin de toda organización social era la búsqueda de una felicidad que, como bien común, residía en la paz y la seguridad. En este sentido, Locke sostenía que la sociedad debía superar la tiranía y, por esa razón, su idea de paz y prosperidad se enmarcó en el ejercicio de un poder limitado que se alcanza cuando se separa la facultad de hacer la ley de la facultad de aplicar la ley y, por el otro, en la premisa según la cual el poder fundamental debe estar en manos de los legisladores, esto es, en manos del Parlamento, cuyo límite se encuentra en los derechos naturales⁴.

Las ideas de Locke se convirtieron, pues, en una aguda crítica de la arbitrariedad política de los príncipes absolutos que dio base teórica a la Gloriosa Revolución Inglesa, a la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y a la Revolución Francesa⁵ y que tomó forma en una estructura institucional en la que el ejercicio del poder debía dividirse para limitarse mediante unas reglas jurídicas, dando lugar a lo que se denominó con posterioridad *Estado de derecho*.

4 Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Aguilar, 1963, pp. 12 y ss; pp. 172 y ss.

5 La Revolución Francesa tiene unas causas políticas y económicas esencialmente diferentes de la inglesa, pero también se fundó en las ideas liberales. En efecto, inspirado en las instituciones de la Inglaterra revolucionaria, el Barón de Montesquieu desarrolló de manera muy detallada la división del poder. *Del espíritu de las leyes*, libro IX, cap. VI, Madrid, Sarpe, 1984.

Esta reflexión histórica conduce al mundo contemporáneo y, de esta manera, a comprender que las funciones públicas se incrementaron en la medida en la que las revoluciones de la segunda mitad del siglo XIX –asociadas al desarrollo de la industria y del capitalismo en Alemania y Estados Unidos y, además, a la emergencia de los movimientos de los obreros y el sindicalismo, los movimientos de campesinos y los de las mujeres– propiciaron el fortalecimiento de la democracia y, ya en el siglo XX, las transformaciones institucionales que atribuyeron al Estado la sistemática intervención en la economía con el objeto de garantizar los derechos sociales y de alcanzar estabilidad económica, dando lugar a lo que Herman Heller denominó *Estado social de derecho*⁶.

En efecto, tal como se propuso en la introducción de este trabajo, se constata que la consolidación del *Estado social de derecho* en Europa occidental está asociada a la respuesta que la sociedad europea de occidente le dio, a principios del siglo XX, a la crisis del liberalismo clásico, a los desafueros del totalitarismo y a las consecuencias de las guerras mundiales. Por esa razón, la consolidación del Estado social de derecho está asociada, en primer lugar, a la profundización de la democracia y, de manera específica, al restablecimiento de la democracia en Alemania e Italia –la denominada segunda ola democratizadora⁷– y, en segundo lugar, a movimientos sociales como el sindicalismo⁸.

La respuesta institucional que se propició entonces estaba dirigida, en consecuencia, a una sistemática intervención económica en los procesos del mercado, a la defensa de los sectores sociales más vulnerables, a la garantía de los derechos sociales y, además, al establecimiento de organismos inde-

6 La obra de Heller que se ha estudiado para estas reflexiones es *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.

7 Pueden verse los trabajos de: Stephens, John. “Democratic transition and breakdown in Western Europe, 1870 – 1939: a test of the Moore thesis”, *American Journal of Sociology*, No. 94, 1989; Luebbert, Gregory. *Liberalism, fascism or social democracy: social classes and the political origins of regimes in interwar Europe*, New York, Oxford University Press, 1991; Maier, Charles. *Recasting Bourgeois Europe: stabilization in France Germany and Italy in the decade after world war I*, Princeton, Princeton University Press, 1975; Moore, Barrington. *Social origins of dictatorship and democracy: Lord and peasant in the making of the modern world*, Boston, Beacon Press, 1966.

8 Hobsbawm recuerda, en este sentido, que la intervención del Estado para la regulación de los procesos económicos, la obligación del Estado de proveer asistencia a los grupos sociales más vulnerables y, en fin, el reconocimiento que este hace del papel de los trabajadores en la negociación y elaboración de políticas públicas, se convirtieron en Europa en las fórmulas más exitosas para garantizar la paz después de la crisis ocasionada por las guerras mundiales. Hobsbawm, Eric. *Historia del siglo XX*, Barcelona, Grijalbo Mondadori, 1995.

pendientes de vigilancia en forma de instituciones con autoridad y legitimidad para controlar el Estado en sus diversas atribuciones y funciones.

En otras palabras —y sin olvidar que la organización política y la institucionalización jurídica de las *polis* griegas, tal como las define Aristóteles en la Antigüedad, habían alcanzado altos niveles de sofisticación⁹— se puede constatar que con el transcurrir por los tiempos modernos la sociedad humana ha propiciado la paulatina consideración de un número cada vez mayor de asuntos públicos y, en consecuencia, el establecimiento de un número mayor de funciones estatales para cuyo cumplimiento se ha conformado una estructura compleja de instituciones a la que le corresponde una más numerosa y especializada burocracia.

El corolario de estas reflexiones iniciales, que da sentido al análisis propuesto en este capítulo, es que el desarrollo del Estado moderno está asociado al paulatino establecimiento de funciones públicas: si el *Estado* en su origen buscaba monopolizar la fuerza legítima para centralizar la defensa, la seguridad y una particular administración de justicia; el *Estado de derecho*, por su parte, sometió el ejercicio de esas funciones públicas a reglas jurídicas claras fundadas en principios como la libertad y con el objeto de garantizar los derechos de los ciudadanos y, en fin, el *Estado social de derecho* asumió nuevas responsabilidades fundadas en el principio de igualdad y con el objeto de garantizar los derechos de los ciudadanos más vulnerables.

El análisis histórico de este proceso dinámico de las sociedades europeas, denominado Modernidad, permite constatar la paulatina construcción de un acervo de principios —el denominado en nuestros días *constitucionalismo liberal*— que se expresa en un conjunto de instituciones estatales que se fueron estableciendo para ejercer control al ejercicio del poder y para garantizar cada vez, de manera más efectiva, los derechos de los ciudadanos. Para Karl Loewenstein, el padre del constitucionalismo moderno, existen muchos tipos de constituciones. No obstante, más allá de las clasificaciones que él propone en su obra, lo que se destaca de su investigación es que una ver-

⁹ Las *polis* solo pueden diferenciarse unas de otras en razón de la organización diferente de tres elementos. El primero es la asamblea general, que delibera sobre los asuntos públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados que toma decisiones sometidas siempre a las consideraciones de la asamblea; el tercero, el cuerpo judicial. Aristóteles. *La política*, libro sexto, capítulo XI.

dadera constitución es la que contiene normas sobre el ejercicio del poder, sobre el control del poder y, fundamentalmente, la que contiene los valores de la democracia y los derechos de los ciudadanos. En este sentido, agrega que los beneficios de un orden político cuyas instituciones se controlan por medio de *cargas y contrapesos* es un patrimonio esencial del constitucionalismo que se funda en la idea de un poder distribuido y controlado en cuyo contexto los ciudadanos pueden ejercer sus derechos y libertades¹⁰.

Hauriou, por su parte, sostiene que las reglas jurídicas que caracterizan al denominado constitucionalismo liberal se pueden expresar de manera simplificada con los tres principios del *Estado de derecho* que perduran hasta nuestros días: imperio de la ley, división del poder y respeto de los derechos de los ciudadanos¹¹. El constitucionalista español Gregorio Peces-Barba, en el mismo sentido, señala que el de los derechos fundamentales es un concepto histórico propio de los principios que fueron consolidándose con la Modernidad, como la dignidad humana, la libertad y la igualdad, y que debe entenderse como un proceso paulatino en el que estos derechos se fueron cristalizando en instituciones de garantía¹². En fin, Mauricio Fioravanti sostiene que uno de los deberes fundamentales de las constituciones modernas consiste, precisamente, en garantizar los derechos y libertades frente al ejercicio arbitrario del poder público estatal¹³.

Es, pues, en el contexto generado por esa nueva ola democratizadora de principios del siglo XX, y al socaire del constitucionalismo que se estaba consolidando, que emergieron los organismos de control independientes de los poderes públicos en forma de instituciones con autoridad y legitimidad para ejercer controles especializados dirigidos a supervisar al Estado en el cumplimiento de sus funciones y, de esta manera, a determinar si existen faltas disciplinarias, detrimento del patrimonio público o, lo que interesa a este capítulo, violaciones a los derechos de los ciudadanos. Así, se puede afirmar que la institución del Defensor del Pueblo, como un organismo de control, nació inspirada en la figura del *Ombudsman* sueco y se estableció en

10 Loewestein, Karl. *Teoría de la constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1970, p. 54.

11 Hauriou, André y otros. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 115 y ss.

12 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykynson, 2004, p. 73.

13 Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 3ra. edición Madrid, Trotta, 2000, p. 36.

muchos países del mundo como una institución con la vocación de defender y promover los derechos de los ciudadanos frente a la autoridad estatal.

Este proceso explica que muchos países del mundo hayan incorporado la figura del *Ombudsman* con el fin de proteger a las personas de los excesos u omisiones que puedan derivarse de la autoridad estatal. Esta finalidad se alcanza, como se ha afirmado en repetidas ocasiones, con la función de supervisar la acción de la administración pública promoviendo un discurso que educa, persuade, critica y recomienda, pero que no sanciona, y que debe hacerse efectiva en la protección de los derechos de los ciudadanos y en el cumplimiento estricto de los mandatos constitucionales y legales.

En este punto del análisis es prudente hacer un paréntesis para advertir que la formación de la administración pública, en los términos de Max Weber, está asociada a la racionalización de la política que en Europa fue propiciando la consolidación del Estado moderno y el establecimiento paulatino –fundamentalmente entre 1750 y 1850– de un bloque de instituciones especializadas. Weber habla, en efecto, de una burocracia que administra los bienes públicos con criterios técnicos, de continuidad y de disciplina y que, frente a los gobernados, gestiona las políticas sometidas a los mandatos legales. En este sentido, se infieren los principios de la administración pública: en primer lugar, la racionalidad, la jerarquía y la disciplina; en segundo lugar, la legalidad y la regulación; en tercer lugar, la formación profesional y el mérito y, en cuarto lugar, la vigilancia administrativa¹⁴.

No obstante, pasado el tiempo se pondrá en evidencia que la racionalidad y la vigilancia administrativa no fueron herramientas suficientes para controlar la gestión de una burocracia que cada vez más fue entrando en tensión con los gobernados. Braibant, Questiaux y Wiener afirman, en este sentido, que con los procesos modernizadores la relación entre el Estado y los ciudadanos se tornó más cercana, más tensa y más crítica y, por lo tanto, las posibilidades de la administración pública de abusar o de desconocer los derechos de los ciudadanos se hizo más frecuente. Esta situación, conclu-

14 Weber, Max. *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 176, 178 y 180.

yen, hizo necesario el establecimiento de órganos para controlar la acción de quienes ejercen el poder¹⁵.

En efecto, se debe considerar que al mismo tiempo que se iba estableciendo la administración pública se fueron consolidando los procesos democratizadores y, como consecuencia, se fue fortaleciendo la idea de un control de la administración pública independiente de la misma con el objeto de garantizar los derechos de los gobernados. La historia institucional de Suecia y su relación con los procesos democratizadores ilustra muy bien este proceso porque, al lado de unos antecedentes fundamentales –*presbote de La Corona* del siglo XVI y el *procurador supremo* de 1713¹⁶– en 1809 el *Ombudsman* fue establecido como un delegado parlamentario, esto es, como una institución estatal independiente del rey cuya misión, siguiendo el carácter que había adquirido en el pasado, consistió en vigilar la administración pública y hacer respetar los derechos y libertades de los ciudadanos a través de mecanismos para atender sus reclamaciones¹⁷.

El proceso democratizador y la herencia sueca también explican que la figura del *Ombudsman* se hubiera establecido con posterioridad en los países de Iberoamérica como una institución de orden constitucional o legal que, bajo distintas denominaciones –Defensor del Pueblo, Defensor de los Habitantes de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Procurador de los Derechos Humanos, Comisionado Nacional de los Derechos, Procurador del Ciudadano, *Raonador del Cintada*, Procurador Federal de los Derechos de los Ciudadanos e Instituto Nacional de Derechos Humanos– asumió la función de garantizar los derechos de los ciudadanos imponiendo límites al poder de la autoridad estatal. En efecto, la Defensoría del Pueblo, tal como se entiende en nuestro entorno ibe-

15 Braibant, Guy; Questiaux, Nicole, Wiener, Céline. *Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, Paris, Éditions Cuyas, 1973, p. 5.

16 En el siglo XVI se estableció el *Presbote de la Corona* cuya función principal era vigilar la administración de justicia en el reino. Esta función la ejercía bajo la suprema autoridad del rey y, por esa razón, este agente del Estado debía rendir informe a la Corona. En 1713 Carlos II nombró al primer *Procurador Supremo*, un agente del Estado que tenía la misión de vigilar el cumplimiento de las leyes y la gestión pública.

17 *Parliamentary Ombudsmen*, en *Sveriges Riksdag* <http://www.riksdagen.se/en/How-the-Riksdag-works/What-does-the-Riksdag-do/Parliamentary-control/The-Parliamentary-Ombudsmen/>

También pueden consultarse otras páginas: Federación Iberoamericana del Ombudsman, FIO: <http://www.portalfio.org/inicio/>

Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/Ombudsman/faqs.shtml>

roamericano, tiene sentido en el contexto de la evolución política hacia la democracia y la construcción del Estado social de derecho, esto es, en un entorno donde el poder está limitado en favor de los derechos fundamentales y de las libertades públicas:

Las defensorías –dice María Iráizoz– deben procurar mantenerse a distancia de toda pretensión de invasión de competencias de terceras instituciones u organismos. Por el contrario, deben buscar con ahínco y creatividad perfeccionar el engranaje del Estado de derecho en cada uno de sus países. En definitiva, supervisar e impulsar las actuaciones y los deberes de los poderes del Estado e incitar a dar cumplimiento a lo que ya en muchos casos la normativa prevé. Claramente los defensores del pueblo son organismos de control y supervisión, no ejecutores. Su mandato no es el de asegurar el disfrute de los derechos humanos de la población, sino, por el contrario, vigilar porque las instituciones ejecutoras del Estado, como mínimo, no actúen de manera contraria a ese disfrute y, en el mejor de los casos, que lo favorezcan. En los países donde la presencia del Estado es geográficamente discontinua, o la administración es frágil y vulnerable, sin duda resultará una ardua labor que deberá ser completada con dosis de estrategia, prioridades, creatividad y uso eficiente de las nuevas tecnologías de la información en el ejercicio de sus diversas atribuciones¹⁸.

El establecimiento de las defensorías es más necesario en la medida en que la clásica división de los poderes públicos no es garantía plena de los derechos ciudadanos, del interés general y de los espacios públicos. En efecto, desde el punto de vista jurídico la protección de los derechos fundamentales se ha confiado a los mecanismos de control de la legalidad y la constitucionalidad, sustentados en la clásica teoría de la división de poderes. Sin embargo, la realidad actual y el declive de las funciones del Estado, que suponen un peligro constante de la democracia, del interés general y de los servicios públicos, ameritan el establecimiento adicional de otro tipo de instituciones

18 Iráizoz, María. *La eficacia del Defensor del Pueblo en Iberoamérica. Expansión y caracterización como instituciones nacionales de derechos humanos*. Madrid, Dykinson, 2012, p. 205.

adecuadas a las nuevas ideas sobre seguridad humana en contextos globales caracterizados por el fortalecimiento de la fuerza pública, la emergencia de nuevas formas de criminalidad y el incremento de los conflictos armados.

La administración de un Estado moderno –agregan Braibant, Questiaux y Wiener– no puede acomodarse con la arbitrariedad. La afirmación contraria que ha podido ser formulada en otros países por el adagio *el rey no puede obrar mal* y que ha inspirado bajo una forma más abstracta a todos los gobiernos en un momento de su historia, pertenece al pasado¹⁹.

La misma idea de una interacción cada vez más tensa y frecuente entre el Estado –entendido este como la administración pública o los aparatos burocráticos– y los ciudadanos es argüida por Luis Ernesto Salomón cuando considera que esa interacción expone a estos a diversas formas de abusos y vulneraciones de derechos por negligencias o actos erróneos. Esta situación crítica se ha solventado en algunos países con medios como el control de la legalidad a través de *los recursos administrativos y los tribunales especializados en la materia*. No obstante, agrega, hay sistemas jurídicos en los que ese medio resulta insuficiente porque la administración pública ha crecido y se ha tornado más compleja²⁰.

Es, pues, en este entorno de crecimiento y complejidad de la administración pública, que contrasta con la actual reducción de la capacidad del Estado por el declive de su soberanía y porque en el contexto de la globalización ha perdido el monopolio legislativo, en el que emerge la necesidad de nuevas formas de control y de instituciones más ágiles y eficientes para la supervisión del Estado. A diferencia de los viejos regímenes, dice Vidal Perdomo, en la actualidad los Estados, y en particular las administraciones públicas, deben estar sujetas a ciertas reglas de acción porque son garantías para los ciudadanos. De esta manera, agrega, cuando se presentan abusos de la administración pública los ciudadanos tienen la posibilidad de demandar una protección directa de sus derechos ante los jueces administrativos, o de

19 Braibant, Guy, Questiaux, Nicole, Wiener, Céline. *Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, Paris, Éditions Cuyas, 1973, p. 209.

20 Salomón Delgado, Luis Ernesto. *El Ombudsman*. Guadalajara, Editorial Universidad de Guadalajara, 1992, p. 35.

acudir a instituciones no judiciales que velan por la promoción y protección de los derechos humanos²¹.

Hechas estas precisiones, es necesario agregar que la protección de los derechos de los ciudadanos es, en tiempos contemporáneos, la esencia del deber de acción de los Estados. En efecto, superadas las dos conflagraciones bélicas y la crisis económica de principios del siglo XX, las constituciones de los Estados fueron incorporando derechos fundamentales de manera más sistemática. Además, se aprobaron tratados internacionales sobre el tema y se fueron estableciendo mecanismos para su garantía. La intervención del Defensor del Pueblo, sostiene Maiorano, se hace evidente a través de sugerencias, recomendaciones, propuestas de iniciativas o modificaciones legislativas y reglamentarias, entre otras, dirigidas a corregir los comportamientos negligentes, defectuosos, irregulares, abusivos, descomedidos, agraviantes, etc., que afectan cotidianamente los derechos de las personas, individual o colectivamente²².

Esta protección cada vez más prolífica de los derechos, dice Sonia Venegas, se ha convertido en un nuevo entorno jurídico para las relaciones entre gobernados y gobernantes porque ha implicado nuevos límites al poder público²³ y, además, porque al lado de los jueces ordinarios se han establecido nuevos mecanismos para su garantía cuya misión no depende de una acción jurídica de los afectados porque, como sostienen los expertos de la Comisión Andina de Juristas, los organismos de control de supervisión pueden ejercer sus funciones por propia iniciativa: “(...) la labor de investigación de la Defensoría del Pueblo en los países andinos tiene relación con la protección de los derechos humanos, o con los hipotéticos casos de abuso en la administración pública. Un hecho notorio en la región es que el Defensor está facultado para iniciar de oficio cualquier tipo de investigación”²⁴.

21 Vidal Perdomo, Jaime. “El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del “Ombudsman” en Colombia”, en *Foro Colombiano*, No. 432, junio de 2005, p. 506.

22 Maiorano, Jorge L. *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, pp. 187-188.

23 Venegas Álvarez, Sonia. *Origen y devenir del Ombudsman ¿una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988, p. 15.

24 Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, p. 43.

En otras palabras, lo que se observa en la región es que ese incremento en la protección de los derechos de los ciudadanos ha suscitado una transformación en los paradigmas sobre los instrumentos, las instituciones y los procedimientos para garantizar un desarrollo eficiente de la función pública. Existen, en efecto, viejos y nuevos instrumentos de control de la administración. En primer lugar, se encuentran los controles políticos fundados en la división entre los diferentes poderes públicos, así como el que ejerce el pueblo sobre sus representantes; en segundo lugar, el control jurisdiccional que desempeña el juez de lo contencioso administrativo, el que practica el juez de amparo y el que ejercita el juez constitucional; en tercer lugar, el que ejercen los organismos técnicos referidos a lo disciplinario y lo fiscal, activado por instituciones especializadas e independientes y, en cuarto lugar, el que ejerce el Defensor del Pueblo que se diferencia de los anteriores que solo se desempeñan cuando la acción de la administración pública objeto de control ha pasado y solo porque se considera que hay una ilegalidad de la misma. En efecto, la acción defensorial se ejerce mientras esa acción abusiva o violatoria de derechos ciudadanos está sucediendo y no solo fundada en la legalidad sino, además, en criterios de oportunidad y de conveniencia del acto. Como dice Maiorano, la intervención del Defensor del Pueblo posibilita realizar un control oportuno y corrector de las deficiencias que se advierten en la actuación administrativa porque no se limita a investigar los actos y hechos irregulares ocurridos en el pasado, como sucede normalmente con otros organismos de control, sino que actúa en el momento en que el comportamiento abusivo se está produciendo, procurando hacerlo cesar y evitando que se produzcan o se repitan en el futuro esos actos o hechos reprobados²⁵.

Por otro lado, si se considera que el Defensor del Pueblo cuenta con una legitimidad derivada de su independencia y de su capacidad para construir un saber social sobre el interés general, los derechos humanos y los bienes públicos, se colige que su control, tal como lo afirma la Comisión Andina de Juristas, se ejerce mediante una persuasión que tiene el rigor del método científico porque sus opiniones se fundan en investigaciones y trabajos de

25 Maiorano, Jorge L. *El Ombudsman. Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, pp. 187-188.

campo ordenadas por él, o porque son tomadas de centros académicos independientes y universidades de amplio reconocimiento²⁶.

Estas reflexiones permiten colegir que la institucionalización del *Ombudsman*, como un instrumento de control del Estado, contribuye con la división y el equilibrio entre los poderes públicos, protege los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la administración pública y los poderes privados, consolida el sistema democrático y, en fin, constituye una mejora del sistema constitucional de los países de Iberoamérica. Esto se puede constatar cuando se consideran las fuentes primarias y secundarias compiladas y analizadas en las matrices que se anexan al presente trabajo, referidas a las disposiciones constitucionales y legales de los estados de la región y que hacen alusión expresa o tácita a la supervisión del Estado como función principal del Defensor del Pueblo²⁷:

En Argentina, por ejemplo, una de las funciones del Defensor del Pueblo es “el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Así mismo, se dispuso que “Para cumplir sus objetivos, podrá supervisar la actividad de la Administración Pública y la de los organismos, entes y personas contemplados en los artículos 16 y 17 de la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379”. Igualmente “debe prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter”²⁸.

En Bolivia, por su parte, la Constitución establece que el Defensor del Pueblo tiene como facultad:

Formular recomendaciones, recordatorios de deberes legales, y sugerencias para la inmediata adopción de correctivos y medidas a todos los órganos e instituciones del Estado, y emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a dichas formulaciones.

26 Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, pp. 41-44.

27 *Matriz de Información de las Fuentes Primarias de las Defensorías del Pueblo*.

28 *Matriz de Información de las Fuentes Primarias de las Defensorías del Pueblo*.

La Constitución de Colombia establece que las facultades del Defensor del Pueblo consisten en:

Hacer las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación a los derechos humanos y para velar por su promoción y ejercicio. El Defensor podrá hacer públicas tales recomendaciones e informar al Congreso sobre la respuesta recibida. [Además, el Defensor del Pueblo puede] Realizar diagnósticos de alcance general sobre situaciones económicas, sociales, culturales, jurídicas y políticas, en las cuales se puedan encontrar las personas frente al Estado.

En El Salvador el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos tiene como función: “Supervisar la actuación de la Administración Pública frente a las personas”. En Guatemala la Constitución ha previsto que el Procurador de los Derechos Humanos debe “Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de derechos humanos”. En Honduras, la Comisión Nacional de los derechos humanos tiene, entre otras, la función de “Solicitar a cualquier autoridad, poder, organismo o institución, información concreta acerca de violaciones de los Derechos Humanos” y, más adelante agrega; “Velar por que los actos y resoluciones de la administración pública sean acordes con el contenido de los tratados, convenios y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Honduras”.

En Nicaragua la Ley ha establecido que es atribución del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos “Fiscalizar el apego de la administración pública y sus funcionarios en el respeto de los derechos humanos”. En Panamá, el Defensor del Pueblo por consagración constitucional debe:

(velar) por la protección de los derechos y las garantías fundamentales consagradas en esta Constitución, así como los previstos en los convenios internacionales de derechos humanos y la Ley, mediante el control no jurisdiccional de los hechos, actos u omisiones de los servidores públicos y de quienes presten servicios públicos, y actuará para que ellos se respeten.

La Constitución del Perú asigna al Defensor del Pueblo la misión de “supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”. En República Dominicana, con sentido similar, se establece que una de las funciones del Defensor del Pueblo consiste en “vigilar y supervisar la actividad de la administración pública y las privadas prestadoras de servicios públicos, requiriendo un funcionamiento correcto de parte de estas”.

En fin, la Constitución de España establece que el Defensor del Pueblo es designado “para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

Hechas estas reflexiones y consideradas las fuentes primarias y secundarias analizadas en las matrices, se puede inferir que las características de la institución del Defensor del Pueblo están unidas a los procesos de consolidación del constitucionalismo y pueden desglosarse de la siguiente manera:

1. Un deber esencial del *Ombudsman*: exigir la humanización y la efectividad de la administración pública

En los contextos sociales actuales la administración pública ha perdido capacidades para afrontar, de manera creativa, las consecuencias positivas y negativas derivadas de la internacionalización de la economía de mercado, de la internacionalización de los derechos humanos y de la intensificación tecnológica de las comunicaciones. Se puede agregar que esas transformaciones sociales afectan la capacidad del Estado porque el proceso de adaptación de la burocracia estatal a los cambios es más lento y requiere de unos aprendizajes que no siempre se hacen efectivos y, además, porque el acceso a la tecnología es más restringido. En contraste, los poderes privados avanzan de manera eficaz porque se adaptan pronto a los cambios sociales, adquieren tecnologías y preparan a sus equipos humanos para no quedar por fuera de los indicadores que se traducen en competitividad. En otras palabras, la administración pública parece caminar a una velocidad menor y

empujada por racionalidades diferentes de las que caracterizan a las organizaciones sociales de orden privado.

La experiencia muestra que esta situación crítica, que es todavía más aguda en los países de América Latina y del Caribe, se manifiesta en la obsolescencia de sus recursos, en la falta de racionalidad de sus actuaciones y en la poca eficacia en sus políticas. La burocracia, por su parte, se ve afectada por esos problemas estructurales de la administración pública y, de esta manera, su gestión, que no puede ser idónea y eficiente, desconoce y vulnera los derechos de los ciudadanos y propicia su propia deslegitimación. En efecto, esta situación de precariedad de la administración pública que suele tener consecuencias lamentables manifestadas, en ocasiones, en vulneración de derechos o en abusos de autoridad, ha sido afrontada con esfuerzos políticos y reformas jurídicas que, pese a que han tenido éxitos relativos, no han logrado terminar con esa crisis estructural. Como lo ha afirmado la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina, CEPAL, la administración pública, afectada por las recetas del denominado *Consenso de Washington*, se había puesto al servicio de los intereses del mercado y de la estabilidad económica nominal, esto es, se había dedicado a mantener estables los indicadores sobre inflación, tasa de interés y tipo de cambio. No obstante, los expertos de la Comisión sostienen que en los actuales contextos las sociedades demandan políticas públicas más coherentes con la realidad de la región y más sensatas en términos de desarrollo humano que solo pueden concebirse y ejecutarse si la sociedad cuenta con un aparato estatal fuerte, esto es, si su administración pública se dirige a alcanzar la estabilidad real, es decir, si se establecen políticas públicas dirigidas, por un lado, a incrementar el producto interno bruto, a fomentar el empleo formal y a generar procesos efectivos de redistribución de la riqueza y, por el otro, a promover la democracia económica y a alcanzar las metas referidas al desarrollo humano²⁹.

No obstante, los recursos son escasos y, en algunos casos, los tomadores de decisiones no tienen la voluntad política para efectuar las inversiones y para

29 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social. *Panorama de la gestión pública en América Latina. En la hora de la igualdad*, consultado en versión electrónica en la página de CEPAL el 4 de junio de 2014: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/42339/P42339.xml&xsl=/ilpes/tpl/p9f.xsl&base=/ilpes/tpl/top-bottom.xslt>

propiciar el cambio de mentalidad que se hacen necesarios en términos de humanizar los aparatos estatales y los servicios públicos. Frente a la crítica situación de la administración pública en los países de la región, las sociedades demandan un Estado más fuerte, esto es, una administración pública eficiente y con capacidad técnica y, además, una burocracia con formación adecuada. Como lo aseguran los expertos de la CEPAL, frente a esta situación crítica cobra nuevos ímpetus el debate sobre el funcionamiento del sector público y vuelven a ser esenciales las ideas sobre el interés general. En este sentido, agregan, las políticas públicas deben considerar criterios de igualdad e inclusión y, fundados en los métodos de planificación para el desarrollo, deben trascender los gobiernos para adquirir continuidad y volverse políticas de Estado³⁰.

Y es frente a esta crítica situación que el Defensor del Pueblo juega un papel fundamental en su labor de supervisión del Estado, acogiendo las demandas sociales insatisfechas por la precariedad de la administración pública y, en general, por el declive de la capacidad del Estado para proponerlas como parte de un discurso sobre la garantía de los derechos ciudadanos y sobre el cumplimiento de la ley que debe propiciar saberes sociales derivados de la democracia como la gobernabilidad y la transparencia, esto es, saberes sociales referidos a la capacidad del gobierno para tomar decisiones coherentes con la realidad social y referidos a la eficiencia del mismo en la gestión de los recursos públicos.

En efecto, como dice la Comisión Andina de Juristas, el Defensor del Pueblo, fundado en su *auctoritas* o magistratura moral, debe construir un discurso con información científica que le permita, por un lado, poner en evidencia las deficiencias y abusos de la administración pública y, por el otro, proponer recomendaciones sobre la racionalidad y humanidad con la que deben ser estructuradas sus gestiones³¹.

Esta idea es compartida por Gustavo Briceño en un trabajo patrocinado por la Konrad Adenauer Stiftung en el que sostiene que el *Ombudsman* debe

30 *Ibid.*

31 Una de las atribuciones más importantes del Defensor del Pueblo es el control de la administración pública con base en investigaciones sustentadas en el método científico. Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, p. 41.

procurar que la gestión pública sea coherente con el interés general y con el respeto de los derechos de los ciudadanos: los informes que el Defensor del Pueblo debe presentar a las asambleas legislativas, aduce, no se limitan a denunciar conductas de los funcionarios públicos. Deben ir más allá para persuadirles sobre la necesidad que tienen de cumplir con las leyes y los reglamentos esenciales que guían sus actuaciones. Además, señala, es conveniente recordar que la intervención del *Ombudsman* contribuye a efectuar un control oportuno y eficaz dirigido a corregir las incongruencias que nacen de la actuación administrativa. Se destaca, una vez más, que el *Ombudsman* debe actuar en el momento propicio para evitar el abuso del poder o el daño a los derechos ciudadanos, y no cuando los hechos ya se han consumado, como lo hacen los controles administrativos y judiciales tradicionales³².

El *Ombudsman*, pues, constituye un nuevo y oportuno sistema de control de la administración pública que, como lo aduce la Comisión Andina de Juristas, cobija la prestación de los servicios públicos que el Estado realiza o supervisa: la prestación de los servicios públicos y, de manera específica, los denominados esenciales y domiciliarios, debe tener como principio general la dignidad humana. Esto obliga al prestador del servicio a la satisfacción plena del mencionado derecho. Ahora bien, agrega la Comisión Andina, muchas veces el Estado delega en agentes particulares la conducción, administración y prestación de estos servicios, reservándose la regulación y supervisión de los mismos. Es en estos casos en los que suelen establecerse organismos reguladores y supervisores para garantizar la calidad del servicio, la igualdad de acceso y la fijación de tarifas justas, y cuando los organismos de control, como el *Ombudsman*, juegan un papel muy importante en la resolución de las disputas que presentan los usuarios de estos servicios³³.

En efecto, pese a que en muchos Estados existen organismos especializados que están facultados para ejercer el control, la supervisión y la vigilancia de los particulares que se encargan de la prestación de servicios públicos, la labor de las defensorías del pueblo jamás debe confundirse con la de aquellos, ni mucho menos se debe considerar que se trata de una injerencia en el cumplimiento de sus funciones, pues la gestión defensorial tiene como

32 Briceño Vivas, Gustavo. *Un Ombudsman para la democracia*. Medellín, Konrad Adenauer Stiftung-CIELDA-COPRE-Biblioteca Jurídica DIKE, 1995.

33 Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, p. 169.

finalidad, en el ejercicio de su misión de promover y proteger los derechos humanos, la orientación de los usuarios. José Ignacio Távara sostiene, en este sentido, que esos organismos reguladores deben considerar simultáneamente, y de manera balanceada, los intereses de las empresas y los derechos de los usuarios. Generalmente adoptan la identidad de árbitros y, en esa medida, deben mantener la neutralidad en la solución de conflictos. En contraste, agrega, la Defensoría del Pueblo toma partido por los usuarios y promueve la defensa y protección de sus derechos³⁴.

2. La supervisión del Estado protege los derechos humanos

Un análisis de los textos constitucionales de los Estados de la región iberoamericana permite constatar, como se ha hecho en este trabajo de investigación, que todos han establecido un grupo amplio y creciente de derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, derechos colectivos, del medio ambiente y, en algunos casos, novedosos derechos invocados bajo la idea del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano en cuyo contexto han emergido nuevos sujetos de protección.

Ahora bien, pese a esa prodigalidad en la positivización de derechos, el compromiso de los Estados no es correlativo porque, entre otras razones, las cifras de violaciones de los derechos son ignominiosas. Existe, pues, una paradoja que se puede enunciar afirmando que, por un lado, existen amplios catálogos de derechos y, por el otro, se presentan altos niveles de desprotección y violación a los mismos, esto es, existe un “negacionismo pragmático” de los derechos, en especial de aquellos referidos al bienestar y la seguridad social. Briceño recuerda, en este sentido, que la situación preocupa enormemente por cuanto los sectores más desguarnecidos son las clases sociales pobres. Es decir, poseemos constituciones altamente dignificadas en la existencia formal de numerosos derechos consagrados en la misma, sin embargo, el sistema de garantías es insuficiente porque el mecanismo de control utilizado es ineficaz³⁵.

34 Távara, José. “Los servicios públicos y el rol de las defensorías del pueblo: desafíos de la experiencia peruana”, en *Debate Defensorial*, Revista de la Defensoría del Pueblo, Lima, N° 1, septiembre, 1998, p. 113.

35 Briceño Vivas, Gustavo. *Un Ombudsman para la democracia*. Medellín, Konrad Adenauer Stiftung-CIELDA-

El establecimiento de las instituciones nacionales encargadas de la protección de los derechos, como la del *Ombudsman*, constituyen un gran avance en la promoción y protección y, a su vez, un mecanismo de supervisión del Estado a efectos de lograr la eficacia y eficiencia de la gestión administrativa. La Comisión Andina de Juristas sostiene, en este sentido, que la supervisión del Estado que pueden ejercer las defensorías del pueblo debe dirigirse a supervisar el funcionamiento de la administración pública, esto es, a evitar la discrecionalidad de la actuación de los funcionarios que la integran y, con el mismo criterio, a demandar de ellos el respeto al principio de legalidad evitando que el daño o la violación de algún derecho se produzcan. Es preciso recordar, como lo hace la Comisión Andina de Juristas, que el control ejercido por el *Ombudsman* se funda en la persuasión porque, frente a la incapacidad para poner sanciones cuando los hechos han ocurrido, el *Ombudsman* puede adelantarse a ese suceso verificando un posible acto arbitrario o ilegal y formulando advertencias que impidan que el daño se produzca³⁶. Gustavo Briceño agrega, con un criterio parecido, que la protección de los derechos humanos garantiza un mejor cumplimiento de las gestiones administrativas y, de esta manera, se legitima el Estado mismo³⁷. José G. Salvuchi Salgado, por su parte, afirma que:

(...) resulta evidente entonces que la supervisión, preservación y custodia de los derechos humanos es una responsabilidad que corresponde a la gestión del *Ombudsman*, a quien le compete velar, no solo por el respeto de los mismos, sino también por el normal funcionamiento de los servicios prestados, por personas públicas o particulares destinados a satisfacer derechos fundamentales de la persona humana (...)³⁸.

Ahora bien, considerando que bajo situaciones de excepción se autoriza al Estado a suspender o, en algunos casos, limitar temporalmente algunos de-

COPRE-Biblioteca Jurídica DIKE, 1995, pp. 189-190.

36 Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, pp. 157-158.

37 Briceño Vivas, Gustavo. *Un Ombudsman para la democracia*. Medellín, Konrad Adenauer Stiftung-CIELDA-COPRE-Biblioteca Jurídica DIKE, 1995.

38 Salvuchi Salgado, José G. "El *Ombudsman* como controlador de la actividad administrativa y defensor de la dignidad humana", en *El Defensor del Pueblo en Venezuela*. Caracas, Publishing House Kinesis. Caracas, 1993.

rechos y libertades³⁹ y, además, considerando que en virtud de ello las autoridades públicas se encuentran en mayor posibilidad de cometer abusos de poder, la función de supervisión del Estado por parte del *Ombudsman*, como dice Zovatto, cobra una importancia mayor para lograr la protección adecuada de los derechos de los ciudadanos⁴⁰. La misma idea es esbozada por Jaime Córdoba cuando afirma que en circunstancias de excepción declaradas, cuando prevalecen las funciones del poder ejecutivo para mantener o restablecer el orden público, existe un mayor peligro de que las autoridades cometan excesos trasgrediendo la ley y violando los derechos de los ciudadanos⁴¹. Briceño también considera que, aun en estados democráticos, los derechos humanos pueden vulnerarse bajo un estado de excepción por el mayor poder que adquieren las autoridades del ejecutivo para conjurar las alteraciones del orden público⁴².

En otras palabras, si la función del *Ombudsman* dirigida a supervisar el Estado se ha tornado cada vez más necesaria en nuestros tiempos críticos, esa supervisión es más importante cuando se altera el orden público y los derechos ciudadanos pueden limitarse en favor de la acción del ejecutivo dirigida a conjurar la crisis. El *Ombudsman*, dice Gustavo Briceño, constituye un control adecuado sobre las gestiones del ejecutivo durante los estados de excepción para evitar abusos o la lesión de los derechos. Por esa razón, la ley española establece textualmente que la declaración de un estado de sitio no interrumpirá la actividad del Defensor del Pueblo. De esta manera, agrega, la institucionalización del *Ombudsman* en América Latina puede ser un bloque frontal contra los abusos que pudiera cometer la administración pública durante los estados de excepción y en ejercicio de sus funciones especiales que le autorizan a limitar garantías constitucionales⁴³.

39 Los tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos y los textos constitucionales, establecen que bajo un estado de excepción declarado, justificado y comunicado a las autoridades internacionales respectivas, el Estado puede, de manera temporal, ejercer mayores atribuciones que limitan los derechos de los ciudadanos. Pueden verse: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*.

40 Zovatto G., Daniel. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

41 Córdoba Triviño, Jaime. *El Defensor del Pueblo y los estados de excepción: texto de la comunicación enviada al presidente del Congreso el 16 de marzo de 1993*. Bogotá, Defensoría del Pueblo, Imprenta Nacional, 1993.

42 Briceño Vivas, Gustavo. *Un Ombudsman para la democracia*. Medellín, Konrad Adenauer Stiftung-CIELDA-COPRE-Biblioteca Jurídica DIKE, 1995, p. 191.

43. *Ibid.*

3. La supervisión del Estado contribuye con la consolidación del sistema democrático

Pese a que la internacionalización de la economía de mercado y, sobre todo, las políticas fundadas en el Consenso de Washington, dejaron una estela de desigualdades y de exclusión social, y pese a que la transformación del Estado que se experimenta en nuestros días está implicando la erosión de lo público y del interés general debido, entre otras cosas, a la captura de las funciones legislativas y de la burocracia estatal en favor de intereses privados, el Defensor del Pueblo no puede cejar en su lucha institucional por la democracia supervisando la acción de la administración pública y, si es necesario, del Parlamento mismo.

Ahora bien, en estas reflexiones se entiende por democracia un proceso en el que los ciudadanos intervienen de manera activa en tres momentos: el primero tiene que ver con la participación del ciudadano en los procesos electorales y de escogencia de sus representantes en las diferentes corporaciones públicas, lo que se ha denominado democracia representativa; el segundo tiene que ver con la participación del ciudadano en los procesos de toma de decisiones de esos representantes del pueblo -lo que se ha denominado democracia participativa- que se funda en los intereses de las minorías y la inclusión de todos en el reconocimiento de las libertades y de los derechos; el tercero tiene que ver con la participación de los ciudadanos en el control sobre los resultados de esas decisiones de los gobernantes que llega, incluso, hasta la construcción de presupuestos y la rendición de cuentas.

Se observa, en este sentido, que la democracia es esencial para que haya un modelo de desarrollo adecuado porque los momentos en los que los ciudadanos contribuyen con la construcción del proceso democrático suelen coincidir con las etapas que, de acuerdo con la teoría, componen las políticas públicas⁴⁴. En efecto, el primer momento, que tiene que ver con la democracia representativa, está asociado a la etapa de la formulación de las

44 Como se estudió en la introducción y en las primeras páginas de este capítulo, una política pública tiene, cuando menos, tres etapas: la formulación, la ejecución y la evaluación.

políticas públicas en la medida en que los electores escogen un candidato de acuerdo con su programa de gobierno. El segundo momento, que tiene que ver con democracia participativa, está asociado a la etapa de ejecución de las políticas públicas en la medida en que los electores promueven determinadas decisiones y legitiman su aplicación. En fin, el tercer momento, que tiene que ver con el control sobre los resultados de las decisiones de los gobernantes, está asociado a la etapa de evaluación de las políticas públicas.

En otras palabras, el debate sobre la formulación y ejecución de las políticas públicas, que abarca el debate sobre cuánto se debe gastar y qué objetivos se buscan con esas políticas, debe superar el enfoque específico de una escuela de pensamiento económico y proponerse como un debate político que, en los términos de O'Donnell, está referido a la construcción de un Estado más fuerte y más democrático⁴⁵. En otras palabras, el debate no puede referirse a una regla fiscal cuya sostenibilidad debe imponerse sobre cualquier otro criterio, sino a las decisiones sobre la construcción de asuntos públicos que deben ser prioridad en cualquier presupuesto público, porque solo es sostenible un Estado que propicie la democratización política, social y económica.

Esta reflexión suscita un aprendizaje esencial: la construcción de políticas públicas adecuadas solo es posible si es respaldada por un proceso democrático amplio y si existe un Estado fuerte y una administración pública con recursos adecuados y guiada por principios de humanidad para garantizar los derechos de los ciudadanos y el interés general. Esta reflexión permite inferir que la incidencia del *Ombudsman* en las políticas públicas consiste, como se presenta, de manera detallada, en el capítulo cuarto de este trabajo, en la promoción de la democracia y en la exigencia de una gestión pública adecuada y transparente porque solo de esa manera es posible la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos.

En estas reflexiones se parte de una idea de democracia como la propuesta por Herman Heller que, más allá de los procesos electorales que solo buscan establecer reglas de acceso al poder, se ha concebido como un proceso

45 O'Donnell, Guillermo. "La democracia en América Latina: contribuciones para el debate". en O'Donnell, Guillermo y Oszlak, Oscar. *Acercar del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para la discusión*. Texto preparado para el proyecto "La Democracia en América Latina", propiciado por la Dirección para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (DRALC-PNUD), 2004, p. 177 y ss.

integral e histórico que, en tiempos contemporáneos, propició la construcción del Estado social de derecho⁴⁶. El filósofo francés Jacques Maritain sostiene, en este sentido, que la democracia debe superar todos los obstáculos hasta convertirse en un concepto real y humano, es decir, en una idea que se materializa en términos efectivos⁴⁷. Luis Villar Borda, por su parte, insiste en que la democracia solo tiene sentido cuando está orientada a la promoción y protección de los derechos de los ciudadanos, tanto los civiles y los políticos, como los económicos, sociales y culturales, tanto los individuales como los colectivos. De esta manera, agrega, el modelo democrático, que abarca un binomio perfecto entre la cláusula social del Estado de derecho y las instituciones que de manera específica protegen los derechos de los ciudadanos, propicia una igualdad real o material que exalta la dignidad humana como valor fundamental del ordenamiento jurídico⁴⁸.

Con el mismo criterio concibe la democracia la organización de las Naciones Unidas y, por esa razón, los expertos de su programa de desarrollo, PNUD, sostienen que en América Latina la democracia de electores debe pasar a una democracia de ciudadanos y, en este sentido, la participación de los ciudadanos debe propiciar la construcción de procesos dirigidos a garantizar la superación del crítico estado de pobreza y de desigualdad que caracterizan a la región⁴⁹.

Si se está de acuerdo con estas ideas se puede colegir que los principios de la democracia deben permear toda la institucionalidad estatal, de tal manera que los procesos de decisión de la administración pública, y los del Parlamento y los jueces, sean transparentes, abiertos e incluyentes. En otras

46 El fortalecimiento de la democracia a partir del final de la *Segunda Guerra Mundial*, que cobró fuerza en Alemania e Italia durante la denominada *segunda ola democratizadora*, dio forma a un orden estatal diferente que, siguiendo los criterios de Heller, se denominó *Estado social de derecho*. Stephens, John. "Democratic transition and breakdown in Western Europe, 1870 – 1939: a test of the Moore thesis", *American Journal of Sociology*, No. 94, 1989; Luebbert, Gregory. *Liberalism, fascism or social democracy: social classes and the political origins of regimes in interwar Europe*, New York, Oxford University Press, 1991; Maier, Charles. *Recasting Bourgeois Europe: stabilization in France Germany and Italy in the decade after world war I*, Princeton, Princeton University Press, 1975; Moore, Barrington. *Social origins of dictatorship and democracy: Lord and peasant in the making of the modern world*, Boston, Beacon Press, 1966.

47 Maritain, Jacques. *Christianisme et démocratie*, Paris, Éditions de la Maison française, 1943, p. 28.

48 Villar Borda, Luis. "Estado de derecho y Estado social de derecho", en *Revista del Estado*, N° 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 73-96.

49 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD. *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, con la coordinación de Fernando Esteves, Nueva York, Naciones Unidas, 2004, pp. 36 y ss.

palabras, no resulta suficiente que el pueblo decida a quién entrega el mandato, si no se le permite verificar constantemente el cumplimiento de la Constitución y la ley y reivindicar sus derechos cuando estos son olvidados o transgredidos por la acción estatal.

Para lo que interesa de manera específica a esta parte del trabajo de investigación se puede sostener que la labor del Defensor del Pueblo, fundada en el ejercicio de su *auctoritas*, consiste en proponer un diálogo social cuyos saberes, cargados de valores democráticos, conduzcan a la autoridad pública y a los poderes privados a respetar los derechos de los ciudadanos, a garantizar los intereses comunes y a mantener a salvo los espacios públicos, porque solo bajo esas premisas y acuerdos comunes es posible una sociedad menos violenta y más justa y creativa.

Antonio Aradillas considera, en este sentido, que la democracia hizo posible el establecimiento de la Defensoría del Pueblo en España y, a la vez, la Defensoría del Pueblo ha fortalecido la democracia en España porque su gestión es garante y legitimadora del sistema político⁵⁰.

Ahora bien, en tiempos en los que las funciones del Estado se han diversificado de manera creciente, empujados por los procesos democráticos, la satisfacción de los derechos de los ciudadanos se hace efectiva, en buena parte, con la prestación de servicios públicos. En efecto, en la prestación de los servicios públicos, que pueden estar en cabeza del Estado o a cargo de operadores privados, lo que importa es el ciudadano que se ha tornado usuario mediante una relación contractual en la que se ha convertido en la parte más débil del negocio jurídico. Y es en este escenario jurídico y económico asimétrico en el que la institución del *Ombudsman* se torna indispensable porque es en virtud de la democracia y en función de su efectividad que puede exigir calidad adecuada, cobertura universal y, además, precios justos.

Esto explica que en buena parte de los Estados de la región iberoamericana, tal como consta en los anexos de este trabajo de investigación, el Defensor del Pueblo tenga funciones explícitas sobre la vigilancia de la prestación de servicios públicos. Así, por ejemplo, la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala señaló en su respuesta a la encuesta practicada que:

50 Aradillas Agudo, Antonio. *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, Madrid, Plaza & Janes, 1985.

El Procurador de los Derechos Humanos tiene el mandato de supervisar a la administración pública para lo cual realiza investigaciones *in situ* para verificar diversas situaciones locales, regionales o nacionales. Lo anterior ha permitido establecer las condiciones en que se prestan diversos servicios públicos, por ejemplo: en el sistema educativo, sistema penitenciario, transporte urbano y extraurbano, así como el abastecimiento de medicamentos en hospitales públicos y el funcionamiento del sistema de justicia en temas específicos como la atención de denuncias por casos de violencia contra la mujer, entre otros⁵¹.

Se coligen, pues, dos reflexiones: la primera, que la positivización de los derechos económicos, sociales y culturales está asociada a los procesos democráticos y, en el mismo sentido, que la efectividad de estos derechos de alto contenido prestacional depende de obligaciones de hacer del Estado cuya realización, como lo dicen Abramovich y Courtis, solo es posible cuando existe una participación igualitaria de los ciudadanos en la concepción, ejecución y evaluación de las políticas públicas⁵²; la segunda, que la participación del *Ombudsman* en este proceso es fundamental para alcanzar indicadores adecuados de justicia social porque solo mediante los diálogos que él promueve se puede comprender que las relaciones entre el Estado y los ciudadanos deben ser justas, transparentes y abiertas a la participación.

4. La supervisión del Estado legitima el sistema constitucional y legal del país

Cuando se estudia el acontecer y el desarrollo de los Estados de la región Iberoamericana, y en especial de las crisis que agobian a varios sectores de la población, se constata que las disposiciones constitucionales por sí solas no transforman la precaria realidad. Esta situación tiene diversas explicaciones:

51 Ver *Sondeo de opinión* realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia a sus homólogas en Iberoamérica, Anexo *Matriz de Encuesta*.

52 Abramovich, Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

La primera, que puede atribuirse a una incapacidad de los países de América Latina para alcanzar una revolución industrial, consiste, como dicen los expertos de la teoría de la dependencia, en que los países de la región se especializaron en modelos productivos extractivos que propiciaron relaciones económicas de dependencia y una inserción en la economía mundial caracterizada por la asimetría que se prolongó hasta el siglo XX manifestándose con indicadores muy precarios sobre crecimiento de la riqueza y distribución de la misma⁵³. Krugman y Obstfeld sostienen, en este sentido, que las relaciones económicas entre metrópolis y colonias se estructuraron en beneficio de las metrópolis y en función de un modelo que se ha prolongado hasta nuestros días⁵⁴. Amartya Sen, por su parte, sostiene que los vicios del colonialismo son una de las causas del posterior subdesarrollo, de la dependencia tecnológica y de los desiguales intercambios comerciales y financieros que siguen existiendo en la actualidad⁵⁵.

La segunda explicación consiste en que los intereses privados han prevalecido sobre el interés común y los derechos de los ciudadanos. Como consecuencia, el precario Estado no alcanzó la legitimidad necesaria para ejercer un manejo del orden público adecuado ni para establecer políticas de desarrollo equitativas. Oscar Oszlak, en este sentido, sostiene que a la precariedad del proceso industrial que se deriva de la dependencia y que propició una inserción al modelo capitalista de manera tardía y desigual, hay que sumar que las instituciones públicas se instrumentalizaron en favor de los intereses privados⁵⁶.

La tercera explicación consiste en que, dada esta situación económica y social, los principios plasmados, de manera paulatina en los textos constitucionales, siguieron siendo promesas incumplidas porque no se efectuó un desarrollo legislativo posterior orientado a complementar la Constitución de manera eficaz y, en general, porque las instituciones no transforman la

53 Pueden verse, Prebisch, Raúl. *El desarrollo económico de América Latina y sus principales problemas*, Santiago de Chile, CEPAL, 1949, pp. 15 y ss; y Cardoso, F. H., y Faletto, E. *Dependencia y desarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1969, pp. 10 y ss.

54 Krugman, Paul y Obstfeld, Murice. *Economía internacional*, 3ª. ed., Madrid, McGraw Hill, 1996, p. 644 y ss.

55 Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad* [Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia], Barcelona, Editorial Planeta, 2000, p. 20.

56 Oszlak, Oscar. "El Estado democrático en América Latina", en *Nueva Sociedad*, No. 210, julio – agosto de 2007.

realidad a menos, dice De Sousa Santos, que se proponga como resultado de un movimiento social que la respalda con un saber consolidado y dirigido a exigir resultados a la administración pública⁵⁷.

La cuarta explicación consiste en que la globalización, entendida como un proceso social dinámico que abarca el desarrollo tecnológico, la intensificación de las comunicaciones y la consolidación de la economía de mercado, ha generado mucha riqueza y, al mismo tiempo, ha suscitado una erosión de las capacidades del Estado que se manifiesta en un declive de lo público y de la democracia, en un fortalecimiento de los poderes privados y en una exclusión social creciente que trae consigo inestabilidad política y recrudecimiento de los conflictos bélicos. En efecto, bajo los cambiantes y complejos procesos sociales que la sociedad humana está viviendo desde finales del siglo XX se ha suscitado una erosión de las capacidades del Estado que se manifiesta, como se afirmó en la introducción de este trabajo, de diversas maneras: en primer lugar, como una captura de sus funciones legislativas en favor de intereses privados⁵⁸; en segundo lugar, como un incremento inusitado de la riqueza y, al mismo tiempo, de los indicadores de pobreza y desigualdad⁵⁹; en tercer lugar, como una *des-constitucionalización* de los derechos ciudadanos y en una merma de los procesos democráticos⁶⁰ y, en cuarto lugar, como imposición de unos específicos paradigmas de la economía -la *austeridad* o *sostenibilidad fiscal*- que conducen a una drástica reducción del gasto público que afecta, de manera especial, a las políticas públicas de orden social⁶¹.

¿Qué hacer para que las disposiciones constitucionales transformen la realidad de manera positiva?

El Defensor del Pueblo tiene parte de la respuesta a esta cuestión fundamental porque su labor de supervisión del Estado puede propiciar una

57 De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991, p. 16.

58 Sassen. Saskia. “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en Teubner, Gunther; Sassen, Saskia; Krasner, Stephen. *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010, pp. 23 y ss.

59 Stiglitz, Joseph. *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*, Nueva York, Norton & Company Inc., 2012, pp. 101 y ss, pp. 173 y ss y pp. 247 y ss.

60 Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia italiana*, Ed. Laterza, Roma, 2011 y, además, *Derechos y garantías, la ley del más débil* [Traducción de Andrés Perfecto Ibáñez], Madrid, Trotta, 2006, p. 17 y ss.

61 Krugman, Paul. *End This Depression Now*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

gestión adecuada de la administración pública en el sentido de concebir y ejecutar políticas humanas, transparentes y efectivas: el establecimiento del *Ombudsman*, dice Gustavo Briceño, puede mejorar las democracias iberoamericanas y su sistema constitucional porque acerca al ciudadano con el poder mediante mecanismos de participación y porque su discurso persuade a la población de la importancia de los derechos de los ciudadanos y de la vigilancia permanente de la gestión pública⁶².

Ahora bien, con una adecuada administración pública se pueden formular y ejecutar políticas públicas que, como se verá en el capítulo cuarto, se funden en principios democráticos y en métodos económicos eficientes capaces de transformar la realidad y de legitimar ese orden constitucional.

5. La supervisión del Estado es factor de equilibrio entre los poderes públicos

La consolidación del Estado contemporáneo ha permitido alcanzar algunos consensos -que podrían llamarse universales y que son una herencia del constitucionalismo- en virtud de los cuales es posible identificar principios que deben ser respetados y observados para alcanzar una práctica cotidiana fundada en la división del poder, en el respeto de los derechos de las personas y en el principio de legalidad. Esos principios, que se fueron consolidando en la medida en que se fue superando el absolutismo, deben incorporarse al sistema jurídico de cada Estado. Jaime Córdoba sostiene, en este sentido, que la principal finalidad de la labor del *Ombudsman* consiste en supervisar que los funcionarios, los servidores públicos y los jueces apliquen y observen las leyes y los reglamentos porque solo bajo el imperio de la ley, como expresión de la voluntad soberana, es posible construir una vida social pacífica y creativa⁶³.

Si se considera uno de los principios del constitucionalismo, esto es, el de la separación del poder público propuesto por John Locke en la Inglaterra de

62 Briceño Vivas, Gustavo. *Un Ombudsman para la democracia*. Medellín, Konrad Adenauer Stiftung-CIELDA-COPRE-Biblioteca Jurídica DIKE, 1995, p. 200.

63 Córdoba Triviño, Jaime. *El Defensor del Pueblo, antecedentes, desarrollo y perspectiva de la institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1992, p. 39.

la Ilustración, se puede comprender que un sistema que consagra la independencia y la autonomía entre el Jefe de Estado y el Parlamento propicia, por un lado, un control a quien ejerce el poder y, por el otro, una colaboración armónica entre ellos para garantizar los fines del Estado. Este modelo, en efecto, evitó los abusos de poder sin entorpecer el cumplimiento de los fines del Estado. No obstante, con el paso del tiempo y la consolidación del Estado de derecho se hicieron necesarios organismos de supervisión del Estado y, de manera específica, de la administración pública. Emergió entonces, dice Jaime Córdoba, la institución de un *Ombudsman* cuya independencia jerárquica y funcional de las ramas del poder público le otorgaron legitimidad y autonomía para ejercer una supervisión del Estado que se manifiesta, entre otras cosas, en un acceso sin obstáculos a los funcionarios de la administración pública y a la información que se requiera para sus investigaciones⁶⁴.

Se trata, pues, de constatar que la administración pública tiene a su cargo la gestión de las políticas de Estado y, en virtud de ello, sus funcionarios o burócratas están en una situación de poder en la que se cometen abusos y se desconocen derechos de los ciudadanos con frecuencia. La administración pública, como se estudió atrás, se mueve de acuerdo con la racionalidad del Estado y, para hacerlo, integra varias instituciones, utiliza unos recursos públicos y busca alcanzar unos fines determinados en la política que, en muchos casos, buscan transformar la vida social en el mejor sentido. No obstante, como dice la Comisión Andina de Juristas, la administración pública suele cometer abusos en el ejercicio de la autoridad que encarna, o pone trabas injustificadas que afectan el desarrollo de la vida privada, o no responde de manera oportuna y eficaz a las solicitudes de los ciudadanos, o incumple los procedimientos establecidos en la ley y, en todos esos casos, en el ejercicio de su función suele afectar intereses y derechos de los ciudadanos⁶⁵.

Se justifica, pues, el establecimiento de un Defensor del Pueblo con la misión de supervisar la gestión pública que, legitimado por su independencia jerárquica y funcional respecto de los poderes del Estado, con la autoridad

64 *Ibíd.*, p. 30.

65 Comisión Andina de Juristas. *Defensorías del pueblo en la región andina. Experiencias comparadas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, pp. 155-156.

que deriva de su magistratura moral y, además, con la capacidad que tiene para construir diálogos sociales y saberes compartidos, persuada a los funcionarios del Estado sobre un principio esencial de la democracia: el Estado está al servicio de los ciudadanos, y no al revés.

Resulta claro, en consecuencia, que la supervisión del Estado, ejercida por el Defensor del Pueblo, no se trata de un control político o técnico de los asuntos propios de la gestión pública. Se trata, siguiendo los principios filosóficos del constitucionalismo y la tradición del *Ombudsman*, de un control orientado a promover y proteger los derechos e intereses de las personas. En otras palabras, la gestión defensorial consiste en hacer prevalecer un discurso según el cual los derechos humanos son fines esenciales del Estado y, en este sentido, la gestión pública ya no se justifica en una *razón de Estado* sino en el valor trascendental de la dignidad humana. Se entiende, en este sentido, que el Defensor del Pueblo debe organizar a todas las instituciones del Estado que tengan entre sus funciones la protección y promoción de los derechos humanos, y pese a que no tiene control directo sobre muchas de ellas porque son agencias de las ramas del poder público, debe propiciar una idea compartida que permita una acción conjunta. De esta manera el *Ombudsman* contribuye con el equilibrio armónico de los poderes públicos.

Tal como consta en el sondeo de opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia a sus homólogas en Iberoamérica, la Defensoría del Pueblo de España afirmó que:

(...) desde sus inicios -en 1982-, ha puesto el énfasis de sus actuaciones en la protección y defensa de los derechos fundamentales, superando así el modelo tradicional sueco del *Ombudsman* volcado en la supervisión de la actividad de la Administración. Su *modus operandi*, radica en su capacidad de persuasión, sobre la base de un poder no coercitivo y el rigor jurídico y ético de sus resoluciones. Prueba de ello es que las administraciones públicas aceptan más del 70% de las recomendaciones formuladas⁶⁶.

66 Ver anexo, *Matriz de Encuesta*.

6. Presupuestos de legitimidad y eficacia de la función de supervisión del Estado

La función de supervisión ejercida por el *Ombudsman* se funda en una legitimidad derivada, como se ha afirmado, de sus características especiales, esto es, de su independencia jerárquica y funcional respecto de los poderes del Estado, de la *auctoritas* que deriva de su magistratura moral y de la capacidad que tiene para construir diálogos sociales y saberes compartidos. A continuación se hace una reflexión sobre cada una de esas características:

6.1. Independencia

La característica por antonomasia del *Ombudsman* es la independencia jerárquica y funcional respecto de los poderes del Estado porque es de este atributo institucional del que deriva la autonomía, esto es, la libertad de injerencia para la toma de decisiones. Este atributo se encuentra en las fuentes primarias sistematizadas en el trabajo de investigación realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia. En efecto, las defensorías del pueblo de la región iberoamericana gozan de ese atributo de la independencia y tienen esa misión esencial referida a la supervisión del Estado para garantizar el interés general, para mantener a salvo los espacios públicos y para promover y proteger los derechos de los ciudadanos.

En Argentina, por ejemplo, la Constitución Política de 1994, en su artículo 86, establece que el Defensor del Pueblo “es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad”. En Portugal es también la Constitución de 1976, en su artículo 23 Numeral 2, la que establece que “La actividad del Defensor del Pueblo es independiente de los medios graciables y contenciosos previstos en la Constitución y en las leyes”⁶⁷.

En otros casos la ley establece el mismo principio. Así, por ejemplo, en Costa Rica la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, Ley 7319

del 17 de noviembre de 1992, artículo 2, establece que la Defensoría de los Habitantes “está adscrita al Poder Legislativo y desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio”. En Nicaragua la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Ley 212 del 13 de diciembre de 1995, artículo 1, establece que la Defensoría del Pueblo es un “organismo independiente, con personalidad jurídica propia y autonomía funcional y administrativa”. En Panamá la Ley del 7 de febrero de 1997, artículo 1, establece que la Defensoría del Pueblo es una “institución independiente, que actuará con plena autonomía funcional, administrativa y financiera, sin recibir instrucción de ninguna autoridad, órgano del Estado o persona”. De igual manera, en España la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley 3 del 6 de abril de 1981, artículo 6 numeral 1, establece que “El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio”⁶⁸.

Se colige, pues, que la independencia es la condición necesaria para que el *Ombudsman* ejerza una función adecuada y suficiente frente a los abusos de poder de la administración pública, frente a las trabas injustificadas que los burócratas suelen imponer al desarrollo normal de la vida privada, frente a la falta de respuesta oportuna y eficaz a las solicitudes de los ciudadanos, o frente al incumplimiento de los procedimientos establecidos en la ley. En este sentido, el origen parlamentario mediante mecanismos de elección o nombramiento transparentes, la inamovilidad por el período fijo de su elección, su salario y prestaciones acordes con la dignidad de la institución, el personal capacitado que se pone bajo sus órdenes y, en fin, el presupuesto suficiente, contribuyen de manera eficaz con la existencia y eficacia de una institución que supervisa el Estado para beneficio común.

6.2. Autonomía de organización

Si se considera que la supervisión del Estado supone el control de una administración pública cada vez más compleja y técnica, se colige que el Defensor del Pueblo requiere de un equipo de personas capacitadas en los asuntos públicos, esto es, con estudios referidos a la gestión pública y, en

⁶⁸ Ver anexo, *Matriz de Fuentes Primarias*.

general, a los debates de la sociología y la ciencia política. Además, los funcionarios de la Defensoría del Pueblo deben especializarse en las políticas públicas objeto de su control y supervisión. En efecto, quien en nombre de la Defensoría del Pueblo debe ejercer un control sobre decisiones que el ejecutivo toma en relación con asuntos públicos -la salud, el agua potable, o el manejo de los asuntos macroeconómicos como el empleo, los impuestos o la distribución de la riqueza- debe conocer la racionalidad con la que las instituciones especializadas actúan en cada ramo de su competencia y, además, los objetivos que buscan y su relación con la vida política, la democracia y los derechos de los ciudadanos. Por esa razón, el Defensor del Pueblo debe contar con personal especializado para proponer y adelantar por cuenta propia investigaciones y estudios, o para buscar y constatar la información actual y pertinente que le dé soporte científico a sus pronunciamientos.

El estudio de fuentes primarias que le ha dado sustento al presente trabajo, por ejemplo, permite corroborar que los Estados de la región iberoamericana han establecido la capacidad del *Ombudsman* para conformar ese equipo de manera autónoma⁶⁹, lo que garantiza que quienes laboran en la Defensoría del Pueblo obedezcan única y exclusivamente a las directrices de supervisión propias de la institución.

Este ideal solo se alcanza si a la institución del *Ombudsman* se le asigna un presupuesto suficiente en relación con las funciones que le han sido asignadas. En este sentido, es oportuno comprender que la cantidad del presupuesto debe corresponder a la dimensión de la institución defensorial que, a su vez, es directamente proporcional a las necesidades sociales y a las funciones que le hayan sido asignadas.

6.3. Accesibilidad

Si se considera que la Defensoría del Pueblo es la institución encargada de proteger los derechos humanos frente al poder del Estado, se infiere que los destinatarios y principales beneficiados de la gestión defensorial, es decir, las personas en general, no deben encontrar limitaciones u obstáculos para

acceder a sus instancias y, en este sentido, la institución debe estar presente en la totalidad del Estado con dependencias establecidas para el efecto, y debe capacitar a sus funcionarios para atender a la ciudadanía de manera pronta y eficaz.

En efecto, la accesibilidad tiene que ver, en primer lugar, con la presencia institucional en todo el territorio con instancias adecuadas y, en segundo lugar, con la posibilidad de las personas para acudir al *Ombudsman* de manera efectiva, esto significa que el trámite debe estar libre de exigencias, requisitos y formalidades que truncan, impiden o disuaden a los ciudadanos para proponer sus quejas o solicitudes. Además, la ciudadanía debe tener acceso a las instancias y dependencias del *Ombudsman* a través de diferentes instrumentos, tales como escritos presentados de manera personal o enviados a través de correspondencia, relatos verbales de los afectados cuando se presentan a las dependencias de las defensorías del pueblo, quejas o solicitudes verbales por vía telefónica, quejas o solicitudes escritas enviadas por correo electrónico, así como quejas o solicitudes presentadas a través de los portales de internet de la Defensoría del Pueblo, diligenciadas en formatos disponibles en la página web institucional.

6.4. Carácter no vinculante de las resoluciones

Tal como se estudió en el primer capítulo de este documento escrito, las decisiones del Defensor del Pueblo, que están apoyadas en una magistratura moral sin sanción, suelen concluir normalmente con una resolución que se materializa como una sugerencia o recomendación, como un recordatorio o una advertencia, o como una amonestación, una crítica o una opinión⁷⁰.

En otras palabras, las decisiones que toma el *Ombudsman* respecto de la función de supervisión del Estado no poseen una potestad coercitiva y no producen efectos vinculantes para los destinatarios de las mismas. Este aserto suscita una reflexión: las resoluciones del *Ombudsman* son el resultado, en unos casos, de una reflexión filosófica sobre una acción de la administración pública que pone en peligro los valores de la democracia y, en otros,

⁷⁰ Venegas Álvarez, Sonia. *Orígenes y devenir del Ombudsman. ¿una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988, p. 48 y p. 49.

de una investigación o constatación de una situación específica ordenada o propiciada por la burocracia estatal, y eventualmente por particulares, que amenaza los derechos de las personas. Por esa razón, la resolución suele contener un discurso que, mediante la persuasión, llama la atención de los funcionarios públicos sobre el deber esencial del Estado social de derecho, esto es, el respeto de los derechos de los ciudadanos, la garantía del interés general y el cuidado de los espacios públicos.

Se advierte, en términos generales, que lo que hace efectivas las medidas correctivas no es, necesariamente, la sanción u obligatoriedad de la misma. Hay medidas correctivas, como las del *Ombudsman*, que no suscitan una sanción, pero que se fundan en una magistratura moral y que, incorporadas como deben estar en un discurso sobre la democracia, suscitan diálogos y aprendizajes sociales y, de esta manera, se convierten en una sanción moral para las instituciones, los funcionarios y los particulares que abusan del poder, que desconocen los derechos de los ciudadanos, que atentan contra el interés general o los derechos de las minorías o, en fin, que invaden o permiten que se invadan los espacios públicos. En otras palabras, las resoluciones que profiere el *Ombudsman* no gozan de carácter vinculante, en el típico sentido legal del término, porque no están investidas de imperio. Sin embargo, cuentan con un atributo de mayor envergadura que las legítimas y las hace eficientes: la *auctoritas* que propicia saberes sociales y, por este camino, persuasión.

Algunos defensores del pueblo de la región iberoamericana tienen, además, la facultad de acudir a la justicia incoando acciones penales o disciplinarias, o interponiendo recursos de amparo o acciones de tutela en contra de los funcionarios que actúan fuera del marco de legalidad que los rige. En este caso se establece una vinculatoriedad indirecta de las decisiones del *Ombudsman*, porque se deriva de la decisión de un juez o de un funcionario administrativo de control disciplinario cuya gestión es promovida o incoada por el Defensor del Pueblo. En este sentido, y de acuerdo con el sondeo de opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia a sus homólogas en Iberoamérica, la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala señaló que:

Las resoluciones del procurador de los derechos humanos también tienen incidencia en políticas públicas. En los casos de violación de derechos difusos o colectivos, tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes a presentar las acciones legales correspondientes, cuando son vulnerados derechos civiles y políticos o económico-sociales. En su estructura organizacional la Institución del procurador de los derechos humanos cuenta con el Departamento de Incidencia en Políticas Públicas la cual forma parte de la Dirección de Mediación⁷¹.

6.5. La divulgación del discurso y la publicidad de las resoluciones del *Ombudsman*

Si se está de acuerdo con que las resoluciones del *Ombudsman* son el resultado, en unos casos, de una reflexión filosófica sobre una acción de la administración pública que pone en peligro los valores de la democracia y el interés general y, en otros, de una investigación o constatación de una situación específica ordenada o propiciada por la burocracia estatal o por particulares que amenazan los derechos de los ciudadanos, su misión abarca el deber de hacer públicas sus decisiones y, de manera más coloquial, a la *movilización de la vergüenza*. La *auctoritas* del *Ombudsman* se puede entender, sostiene Jaime Córdoba Triviño, como una condición personal capaz de imprimir autoridad a sus recomendaciones. El *Ombudsman* carece de facultad para revocar o modificar decisiones administrativas, pero cuenta con un poder de crítica y de recomendación orientado a que los actos administrativos y legales sean enmendados, o a modificar las leyes injustas. La fuerza de las recomendaciones del *Ombudsman*, agrega Jaime Córdoba, radica en el prestigio de su titular, en su independencia, en la profundidad y en el acierto de sus investigaciones, en la capacidad de acusación a funcionarios que actúen ilegalmente y en la publicidad de sus investigaciones⁷².

71 Ver anexo, *Matriz de Encuesta*.

72 Córdoba Triviño, Jaime. *El Defensor del Pueblo, antecedentes, desarrollo y perspectiva de la institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992, p. 30.

La misma idea fue argüida por Leni Pane unos años más tarde, cuando sostuvo que la introducción del Defensor del Pueblo en la Constitución de la República del Paraguay representó un avance muy importante en el fortalecimiento de la democracia del país, y que una de las características esenciales de la institución consiste en que carece de la facultad de modificar o revocar las decisiones administrativas. En contraparte, cuenta con el poder de la crítica y el poder de recomendación. En otras palabras, la fuerza de sus recomendaciones radica en el prestigio de su titular, al que se suman su independencia, la validez de sus investigaciones y su capacidad institucional para hacerlas públicas⁷³. La eficacia del *Ombudsman*, sostiene Sonia Venegas por su parte, se debe en gran medida a las campañas publicitarias, a la divulgación de la información sobre la forma en que funcionan sus oficinas y la publicidad de las críticas situaciones que son referidas en las reclamaciones de los ciudadanos⁷⁴.

En definitiva, la magistratura moral se funda en la construcción de un discurso que genera diálogos y aprendizajes sociales y, en ese sentido, la supervisión del Estado que ejerce el *Ombudsman* debe ser de amplia divulgación para movilizar la conciencia común sobre unos valores que permiten la convivencia pacífica y creativa de los seres humanos.

7. Una reflexión final: la paz, el Estado y el Defensor del Pueblo

La consolidación del Estado moderno es el producto de un monopolio de la fuerza que propicia la pacificación social. Esta idea ha sido esbozada por los filósofos y los sociólogos. En efecto, el *Estado-nación* se configuró como un proceso propio de la Modernidad europea, y los primeros se establecieron durante el renacimiento, esto es, con mitos modernos que justificaron el absolutismo. El proceso de configuración del Estado moderno propició el desarrollo de las teorías políticas de inicios de la Edad Moderna, dice Van Dülmen y, por esa razón, estas se caracterizan por la emancipación que logran establecer frente a la teología medieval y, en este sentido, por el estudio

73 Pane, Leni. *El control en la democracia. Primera experiencia del Ombudsman municipal. Defensora de la Ciudad de Asunción*, Paraguay, 1999.

74 Venegas Álvarez, Sonia. *Origen y devenir del Ombudsman ¿una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988, p. 51.

del proceso de consolidación de un orden racional que, a la sazón, es la de un único soberano⁷⁵.

Mucho tiempo después la sociología política moderna ha propiciado un paradigma sobre el proceso de formación del Estado que, pese a que no es un consenso académico, lo explica de manera satisfactoria. Así, por ejemplo, la tesis de Max Weber supone que el Estado se formó cuando se alcanzó un monopolio de la fuerza que pacificó la sociedad por la vía de la imposición de un orden⁷⁶.

No obstante, en la región iberoamericana hay países que han sido y siguen siendo azotados por guerras civiles y conflictos armados internos que se han prolongado y, en consecuencia, pese a que existen las instituciones estatales, todavía no se ha alcanzado la pacificación social. ¿Qué papel debe jugar el Defensor del Pueblo en estos países y frente a estas dramáticas situaciones?

Se afirma, una vez más, que la comprensión de la paz en los infortunados tiempos que viven las sociedades amenazadas por conflictos armados internos no puede reducirse a la urgente y necesaria negociación entre el gobierno y la guerrilla, pues eso sería suponer que la paz es solo la ausencia de guerras y, en este sentido, que la posible desmovilización tras la negociación de los actores armados garantizaría la reconciliación social. Por esa razón, la paz no puede reducirse al acuerdo entre los actores del conflicto armado, sino que debe entenderse como la construcción de una sociedad más incluyente y equitativa. En consecuencia, la paz solo es posible si se funda en consensos sociales y si se propone como un proceso fundado en esfuerzos humanos que se van encadenando y sucediendo de manera paulatina hasta llegar a ese fin de la justicia.

Si se está de acuerdo con este aserto, se puede inferir que el Estado debe asumir un papel protagónico en ese proceso de reconciliación social. No obstante, lo que se observa, como en una paradoja, es que bajo las dinámicas de la globalización se experimenta un declive de la soberanía estatal.

75 Van Dülmen, Richard. “Los inicios de la Europa moderna (1550 – 1648)”, en *Historia universal del siglo XXI*, vol. 24, séptima edición española, Madrid, Siglo XXI, 1995, p. 325.

76 Max Weber ha definido el Estado como la comunidad humana que, dentro de un territorio específico, ha reclamado con éxito para sí “el monopolio de la violencia física legítima”. Weber, Max. *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 83 y ss.

El proceso de globalización, en efecto, promueve una dinámica de internacionalización de los derechos humanos que contribuye a la promoción y divulgación de los mismos, pero que está limitando la soberanía de los Estados afectados por conflictos armados internos, porque la búsqueda de la paz obliga a que en los procesos de transición se consideren intereses adicionales y diferentes de los intereses de las dos partes en conflicto. En efecto, la garantía de los derechos de las víctimas -el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación- y del derecho de la sociedad entera a construir la memoria colectiva, que es esencial para legitimar la transición de la sociedad hacia la paz, pueden actuar como una paradoja y entrar en contradicción con las estrategias e intereses políticos del gobierno y de los alzados en armas. Este aserto cobra validez si se considera que muchos de los procesos de paz emprendidos en el mundo en el pasado inmediato, que se suscitaron en el contexto de un conflicto armado interno, se iniciaron tras negociaciones y acuerdos políticos que contenían cesiones y reconocimientos entre las dos partes en conflicto que, a su vez, incluían amnistías e indultos para los alzados en armas. Se puede afirmar, además, que esos acuerdos eran los que movían la voluntad de las partes en conflicto y, en este sentido, los que propiciaban el buen suceso de las negociaciones.

En este sentido, se puede afirmar que el pragmatismo de las partes en conflicto que entran en procesos de negociación no puede desconocer los derechos de las víctimas porque, más allá de un éxito relativo e inicial fundado en los acuerdos, ese desconocimiento actuará en el futuro como un poder que deslegitime el proceso de paz: como lo sostiene Valencia Villa: “Si bien la promesa de amnistías e indultos generalizados puede obrar, por un momento, como un incentivo de los acuerdos de paz, todo margen de impunidad que obtengan -o se concedan mutuamente- las partes de los conflictos internos siembra graves dudas sobre la credibilidad que merece su voluntad de paz”. Además, agrega, “Si los duelos emocionales de las víctimas de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario no se cierran, y no se produce una asimilación y una superación de sus traumas, la convivencia estará siempre en riesgo de romperse de nuevo”⁷⁷.

77 Valencia Villa, Alejandro (Editor). *Verdad y justicia en procesos de paz y transición a la democracia*, Bogotá, Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos oficina Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, septiembre de 1999, p. 16 y p. 17.

Esta paradoja, que se origina en la compleja necesidad de equilibrar los objetivos opuestos de justicia y paz en las últimas décadas, se ha suscitado, en palabras de Rodrigo Uprimny, entre los imperativos jurídicos internacionales que protegen los derechos de las víctimas y buscan que esos hechos no se repitan y, por otro lado, las necesidades de que una negociación entre las partes en conflicto incluya disposiciones -como el perdón y el olvido- que actúen como incentivos para llegar a un acuerdo de paz⁷⁸.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tema tan complejo:

Para asegurar la perdurabilidad de la paz -ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-, se debe garantizar la no repetición de crímenes de *derecho internacional*, de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al *derecho internacional humanitario*. Ello requiere el esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia a través de mecanismos aptos para establecer la verdad de lo sucedido, administrar justicia y reparar en forma integral a las víctimas a la luz de sus obligaciones internacionales conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la OEA⁷⁹.

Se observa, pues, que los problemas de la guerra y de la paz, pese a que antes se consideraban como problemas exclusivos del gobierno de turno y se *resolvían* con decisiones pragmáticas amparadas en la figura de la *razón de Estado*, hoy deben legitimarse con otros criterios que involucran razones éticas y de justicia que deben ser abanderadas por el Defensor del Pueblo.

78 Uprimny y Botero definen la justicia transicional así: "... los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz". Uprimny Yepes, Rodrigo y Botero Marino, Catalina. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, DeJusticia, julio de 2006, p. 13.

79 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la CIDH 2005*, Capítulo V, párr. 59. OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7. Washington, 27 febrero 2006. Asimismo, es importante ver el más reciente pronunciamiento de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la República de Colombia*, OEA/Ser/L/V/II.125 Doc. 15. Washington, 1 de agosto de 2006.

Esta reflexión permite inferir un nuevo aserto: la paz no puede reducirse a la existencia de normas que se ajustan al sistema jurídico estatal en términos de jerarquía y validez sino, además, de leyes que sean justas. Esta afirmación conduce a sostener que el carácter y la naturaleza del marco jurídico que propicie la transición de la guerra a la paz debe considerar el frágil equilibrio que existe entre el pragmatismo y la justicia, y se puede proponer como una cuestión: ¿cómo lograr un equilibrio deseable entre paz, justicia y reconciliación y, en este sentido, lograr un acuerdo entre el gobierno y la disidencia política armada que, en primer lugar, propicie un cese al fuego y, de esta manera, evite una prolongación del conflicto armado que produzca más víctimas y, en segundo lugar, que no signifique el desconocimiento de los derechos de las personas que han sido víctimas del conflicto armado hasta nuestros días?

La respuesta a esta cuestión debe llevar a los defensores del pueblo en los países de la región, azotados por conflictos armados, a concebir la paz como un derecho de los pueblos y, en consecuencia, a demandar de los gobiernos respectivos y de los alzados en armas un esfuerzo sincero y efectivo dirigido, en una primera instancia, a la pacificación social -que, entre otras cosas, abarca la dejación de las armas- y, en las instancias posteriores, a la construcción de una sociedad más justa e incluyente que consolide esa paz y que contenga un consenso social sobre el orden político y el modelo económico.

CAPÍTULO III

**Protección y promoción
de los derechos humanos**

Las consecuencias de las guerras y de las crisis económicas sufridas durante la primera mitad del siglo XX, y la conciencia sobre la inestabilidad del orden global, la precariedad de las instituciones de seguridad y los desastres derivados de la desigualdad propia del orden económico, dieron origen a nuevas instituciones de orden internacional en un proceso que se ha denominado tránsito del *derecho internacional clásico* al *derecho internacional contemporáneo*.

Este tránsito, como se estudió en la introducción de este trabajo, se caracterizó por tres hitos. El primero, por una regulación de la economía internacional que se convirtió en la base del denominado derecho internacional económico. El segundo, por el tránsito del *ius ad bellum* al *ius in bello* que significó el origen del sistema colectivo de seguridad internacional. El tercer hito, que es el que se desarrolla en este capítulo, por el establecimiento del derecho internacional de los derechos humanos.

En este capítulo, pues, se hace un análisis que considera el origen del derecho internacional de los derechos humanos y la labor de promoción y divulgación de los mismos que está a cargo de los *Ombudsmen* en la región iberoamericana.

En este sentido, y siguiendo la lección aprendida tras la Segunda Guerra Mundial, es preciso advertir que en estas reflexiones no se pretende abarcar el debate sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos, o sobre sus diversas clasificaciones, sino hacer una razonable aproximación fundada en su desarrollo histórico que dé cuenta de la integralidad con la que estos deben comprenderse e interpretarse.

Esta opción de los investigadores tiene sentido si se considera que, como consecuencia de los estragos sufridos durante la conflagración bélica, la comunidad internacional se propuso establecer una carta de derechos en un proceso lleno de tropiezos porque los representantes de los Estados, reunidos en París en 1948, no alcanzaban un consenso sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos y, en este sentido, porque entre ellos, que eran a su vez representantes de diversas culturas, se divulgaba un temor sobre la imposición hegemónica de una idea específica de derechos.

En otras palabras, tras la conflagración bélica era preciso evitar una imposición hegemónica y, en cambio, proponer un reconocimiento de la riqueza que tienen las diversas culturas en su apreciación de los derechos de las personas. Este recurso práctico propuesto por Samuel Rene Cassin, representante de Francia, partió de un supuesto: no era imprescindible ni prudente proponer un debate filosófico sobre la naturaleza de los derechos, porque la discusión se habría prolongado sin éxito dadas las diversas posturas políticas, ideológicas y religiosas de quienes participaron en esa conferencia internacional. Lo que resultaba más apropiado era proponer, como Cassin lo planteó entonces, una enunciación amplia e incluyente de los mismos que, convertida en consenso, se convirtió en la denominada *Declaración Universal de Derechos Humanos*¹.

El origen del derecho internacional de los derechos humanos tiene que ver, pues, con esa *Declaración* -adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 en París- cuyo texto, unido al de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos, conforma lo que se ha denominado *Carta Internacional de Derechos Humanos* que es, a su vez, la base del denominado derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, si se sigue la lección de Cassin, más que proponer un debate filosófico cerrado en virtud de los principios de alguna cultura dominante o hegemónica, en este trabajo de investigación se ha optado por centrar la atención y las energías en la efectiva protección de los derechos mediante una positivización que implica una enunciación amplia e incluyente de los mismos. Norberto Bobbio, recordando esos acontecimientos de la posguerra, sostiene que “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos. No es un problema filosófico -agrega el profesor italiano-, sino un problema político”².

1 Nótese que la Declaración no utiliza el término “los” y se inclina más bien por la fórmula “de” derechos, lo que significa que no pretende convertirse en un documento que cierra las posibilidades de existencia de otros derechos.

2 Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos* [Traducción de Rafael de Asís Roig], Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp. 61 y ss.

Es prudente, pues, advertir que en las presentes reflexiones se elude, de manera premeditada, el debate filosófico sobre los derechos humanos solo con el objeto de centrar el esfuerzo en el análisis de la misión que tienen las instituciones nacionales para protegerlos de manera efectiva. Y dado que esa misión debe partir de una idea básica sobre derechos humanos, los investigadores que realizaron el presente trabajo escogieron una enunciación amplia e incluyente como la propuesta por el *Programa de Acción de Viena* porque allí, además, se propone una comprensión e interpretación de los derechos que considera sus dimensiones de integralidad, interdependencia, indivisibilidad y no regresividad:

Todos los derechos humanos -dice el documento citado- son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales³.

Este punto de partida obliga a considerar que los derechos civiles y políticos deben entenderse en igualdad de condiciones con los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en nuestros días, cuando en el contexto complejo de la globalización persisten las causas que limitan los procesos de desarrollo de muchos pueblos y se incrementan la iniquidad y las desigualdades como consecuencia de su fragilidad económica y de crisis mundiales cada vez más frecuentes, predecibles y empobrecedoras. En otras palabras, y en coherencia con este postulado, en este trabajo se considera que todos los derechos humanos tienen similar importancia y jerarquía y, por esa razón, se identifican como derechos fundamentales.

3 Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 14 al 25 de junio de 1993.

1. Una idea amplia e incluyente de derechos humanos

El jurista italiano Luigi Ferrajoli ha venido durante varios años haciendo profundos aportes al entendimiento de los derechos humanos en relación con los ámbitos de la justicia y la democracia, y delineando una noción de tales derechos que integra de manera sólida posiciones divergentes relacionadas con su fundamentación, tema este que tradicionalmente ha constituido quizás uno de los asuntos de mayor controversia desde la perspectiva ético-jurídica en relación con los temas planteados.

Para el profesor italiano una definición “teórica, puramente formal o estructural” de los derechos fundamentales se expresa en los siguientes términos:

Son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos, o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas⁴.

Esta noción incluye elementos esenciales en la perspectiva de su tratamiento jurídico filosófico, pero es más importante en la medida en que se detiene en los requerimientos de su protección y consolidación en una sociedad democrática. En efecto, la idea propuesta por Ferrajoli incluye, en primera instancia, uno de los aspectos esenciales en el tratamiento contemporáneo de los derechos humanos: la universalidad de los mismos. Ha quedado superado de manera definitiva el viejo dogma incorporado en las Declaraciones del siglo XVIII que concebía los derechos como de “*los ciudadanos y del hombre*”. Se expande su reconocimiento fundado en la dignidad humana

que precede al Estado y que abarca, por entero a todos los derechos para todas las personas y, de esta manera, se universaliza su idea al tiempo que se reconocen las particularidades relacionadas con situaciones o con grupos específicos: mujeres, niños, migrantes, personas en situación de discapacidad, comunidades étnicas o minorías, sectores sociales en condiciones económicas críticas, personas privadas de la libertad, etc.

Habrán quienes consideren que esa idea, fundada en la dignidad humana, puede ser catalogada en la perspectiva *iusnaturalista*. Sin embargo, Ferrajoli amplía más adelante el alcance de la incorporación de los derechos fundamentales en el ordenamiento positivo a través del cual los derechos cobran validez efectiva y dejan de ser simples enunciados, para convertirse en potestades reales reconocidas por un sistema jurídico específico y reclamables ante el Estado o ante otros sujetos. El profesor italiano defiende su afirmación, señalando que

En cuanto prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos. Tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la teoría general del derecho. En cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales, es, además, ideológicamente neutral. Así, es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática⁵.

En esta misma línea, el constitucionalista español Gregorio Peces-Barba apunta a que

Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el derecho positivo. La pretensión de la justificación moral en que consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad hu-

⁵ *Ibid.*, p. 38.

mana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad⁶.

A su vez, Thomas Pogge señala que en la actualidad coexisten derechos humanos que son reconocidos en las normas jurídicas nacionales o supranacionales, pero también derechos humanos morales *cuya validez no depende de los poderes gubernamentales*⁷.

En torno a esta discusión debe considerarse que la positivización de las normas, cualquiera que sea su tipo, debe responder, para que tal proceso pueda ser catalogado como democrático en un sentido amplio y profundo del término, a unos claros parámetros de justicia y legitimidad. Y son precisamente estos elementos, junto con el procedimiento democrático y transparente de su formación e incorporación a la vida jurídica, lo que da validez a las normas, incluidas aquellas que reconocen los derechos fundamentales. De no ser así, el solo hecho de la positivización sin que esté acompañado de un procedimiento y contenido legítimo, conduciría al absurdo de considerar que tienen alguna validez normas que por su forma y contenido pueden desbordar o atropellar los principios democráticos y convertirse en germen de violación de los derechos fundamentales. La ley por sí misma no es fuente de legitimidad⁸.

6 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 29.

7 Los derechos humanos de ambos tipos pueden coexistir en armonía. Todo el que se preocupe por los derechos humanos morales convendrá en que las leyes pueden facilitar mucho su realización. Y los juristas especializados en derechos humanos pueden reconocer que los derechos y las obligaciones jurídicas que ellos redactan e interpretan hacen efectivos derechos morales preexistentes. Dicho reconocimiento parece estar implícito en la expresión “derechos humanos reconocidos internacionalmente”. También se expresa claramente en el preámbulo de la DUDH, donde se presenta la Declaración como un texto que establece derechos humanos morales que existen con independencia de la misma. Este reconocimiento merece destacarse puesto que la distinción entre derechos humanos legales y morales casi nunca se formula con claridad. Pogge, Thomas. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona, Paidós, 2005, pp. 75 y ss.

8 A propósito cfr. la obra de Radbruch, Gustav. *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999 citada en la introducción de este trabajo.

2. El bloque de constitucionalidad y la esfera de lo indecible

La aproximación a los derechos humanos aquí presentada no limita su reconocimiento únicamente al que emana de las normas de carácter constitucional, en el entendido de que son diversas también aquellas que protegen derechos humanos y no se ubican en esa especie de “jerarquía jurídica constitucional”. Se incluyen así en ese inventario normas que, por el hecho de establecer principios garantistas y reconocer derechos fundamentales, constituyen, así mismo, parámetro de protección y de interpretación de los mismos en pro de las personas o de las comunidades, accediendo de esta manera a una forma de derecho dúctil, para decirlo en términos de Zagrebelsky, en la que conviven de manera pacífica “(...) una pluralidad de principios y valores sin choques destructivos y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás”⁹.

El caso colombiano, por ejemplo, es muy dicente respecto de este problema porque la Corte Constitucional ha propuesto la idea de un “bloque de constitucionalidad”, como una cláusula de incorporación de las obligaciones del *derecho internacional de los derechos humanos* en el derecho interno

9 Zagrebelsky ha señalado a propósito que: “Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano) sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo.

“(...) La condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por ello la especialidad de las reglas jurídicas, el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad, la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos, el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc”. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1997, p. 15 y ss. En igual dirección, Ferrajoli señala que “La previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia o vigencia en aquel ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales. Incide todavía menos sobre tal significado la previsión en un texto constitucional, que es solo una garantía de su observancia por parte del legislador ordinario. Son fundamentales, por ejemplo, también los derechos adscritos al imputado por el conjunto de las garantías procesales dictadas por el código procesal penal, que es una ley ordinaria”. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, p. 38

colombiano, lo que en la práctica ha significado una ampliación en la interpretación y en la protección de los derechos¹⁰. Esto explica, en gran parte, el hecho de que en diversas ocasiones la Defensoría del Pueblo de Colombia haya intervenido ante la Corte Constitucional en defensa de normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales que forman parte del llamado bloque de constitucionalidad¹¹.

10 De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. Corte Constitucional colombiana, Sentencia No. C-225/95.

Al respecto, esta incorporación de instrumentos internacionales a la normativa interna que conforman el bloque de constitucionalidad, requiere, más allá de los procesos formales de inclusión al ordenamiento interno en el que por lo general intervienen todas las ramas del poder público, una labor encaminada a que esa “recepción” normativa sea un proceso de reconocimiento, interpretación, promoción, educación, protección, garantía y respeto de los derechos fundamentales en todos los ámbitos políticos y sociales de los países, lo que en definitiva permite establecer un auténtico proceso de expansión de la democracia.

11 El Defensor del Pueblo colombiano ha señalado, entre otros aspectos en algunas de sus intervenciones y solo a manera de ejemplo que: “[e]n virtud de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, el Estado colombiano está obligado a adoptar medidas de orden administrativo, técnico y judicial encaminadas a mitigar los efectos negativos para las víctimas de estos delitos, por lo cual omite el cumplimiento de tal deber al excluirlos de los beneficios reconocidos en favor de las víctimas del secuestro y sus familiares”, por lo cual, señala “[n]o es coherente entonces que mientras por un lado el Estado condena a nivel internacional esas prácticas delictivas, en su legislación interna se sustraiga a la protección de los derechos socioeconómicos conculcados a sus víctimas”. Sentencia C-394/07. En la misma sentencia de constitucionalidad, el Alto Tribunal, en referencia a la intervención del Defensor del Pueblo, destacó que: “[l]uego de hacer referencia a los apartes pertinentes del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, así como de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, los cuales considera instrumentos vinculantes para el Estado colombiano en virtud del bloque de constitucionalidad, colige que la exclusión a que hace referencia el texto de la demanda, configura un incumplimiento del deber del Estado de adoptar medidas de protección en favor de las personas desaparecidas forzadamente y de quienes han sido tomados como rehenes”.

Pero es más elocuente, en términos jurídicos, el caso de estudio de constitucionalidad del Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, cuando la Corte Constitucional colombiana destacó que “El ciudadano Jaime Córdoba Triviño, en su calidad de Defensor del Pueblo, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad del tratado bajo revisión”. Según su criterio, el Protocolo II armoniza con la Constitución pues “es corolario del principio del respeto por la dignidad humana, fundante de nuestra institucionalidad, y desarrollo de la proscripción constitucional de la crueldad frente a cualquier ser humano”. En efecto, las normas del tratado buscan humanizar el conflicto armado a fin de que los actores enfrentados “se vean en la obligación de restringir la violencia y proteger a las personas no combatientes (...) Estas normas del Protocolo II, que según el defensor prevalecen en el orden interno (CP art. 93), no solo concuerdan con los principios y valores esenciales de la Constitución sino que, además, son de enorme importancia para la vida nacional, pues protegen a la población civil y facilitan una solución negociada del conflicto armado colombiano...” Sentencia No. C-225/95.

Además, esta cláusula ha permitido que el diseño, ejecución y seguimiento de las políticas públicas se compagine con el contenido y alcance del derecho internacional de los derechos humanos. En ese orden de ideas, no pueden desatenderse los pronunciamientos incluidos en los fallos definitivos en torno a los derechos humanos emanados por los organismos internacionales o regionales especializados en el tema.

En términos generales, lo que se quiere poner de relieve es que el acontecer de los derechos fundamentales, esto es, su respeto, promoción, garantía y protección, requiere de un sistema jurídico que integre los derechos en virtud de criterios democráticos y de justicia. Un modelo de democracia enmarcado en esos parámetros permite concluir, de manera categórica, que existe, en términos del profesor argentino Ernesto Garzón Valdés, una especie de “coto vedado o de lo no negociable” o, para decirlo en palabras del propio Ferrajoli, una “esfera de la indecidible”, integrada, precisamente, por los principios básicos de la democracia y de los derechos fundamentales, incluidos los de las minorías. De esta suerte, ningún poder político constituido, ni siquiera aquel que representa las mayorías en los Estados democráticos de derecho, puede violar ese límite¹².

12 Para Garzón Valdés, este «coto vedado» *está integrado por aquellos derechos derivados del principio de igualdad básica y de la exigencia de superación y/o compensación de las desigualdades accidentales. El respeto de este «coto vedado», es decir, la accesibilidad al goce de los derechos en él incluidos es lo que confiere homogeneidad básica a la sociedad, a la vez que impone limitaciones a las decisiones gubernamentales, siendo aquí irrelevante el que aquellas cuenten con el consentimiento o no de los gobernados. Homogeneidad en este sentido no significa nivelación de la posibilidad de satisfacción de todo tipo de deseos e intereses, sino tan solo de aquellos que podrían ser llamados «primarios» y que, en cuanto tales, están caracterizados por su universalidad.* Garzón Valdés, Ernesto. *Instituciones suicidas*. México, Paidós, 2000, pp.100 y ss.

A su vez, el profesor italiano Michelangelo Bovero resume el concepto de “esfera de lo indecidible” de Ferrajoli en los siguientes términos: “El concepto ferrajoliano de «esfera de lo indecidible» constituye un avance, tanto respecto al de «coto vedado» de Garzón Valdés, como al de «territorio inviolable» de Bobbio, principalmente porque está explícitamente articulado en dos partes o, continuando con la metáfora, en dos hemisferios: 1) «lo indecidible que», y 2) «lo indecidible que no». El primero coincide con la prohibición de limitar o suprimir los derechos de libertad, pero no veo razón alguna para no agregar a estos, en el mismo hemisferio, los derechos políticos. El segundo consiste en la obligación de los poderes públicos y, por tanto, del poder político de la mayoría, de introducir las específicas e idóneas garantías legislativas para (todos los derechos fundamentales, pero específicamente para) los derechos sociales. En resumen, en la perspectiva de Ferrajoli se hace claro y explícito que el coto vedado no es solo vedado, el territorio inviolable no es solo inviolable; no solo contiene prohibiciones, es decir, la indicación normativa de aquello que no se puede decidir, sino también obligaciones positivas, esto es, indicaciones normativas sobre lo que no se puede no decidir. Bovero, Michelangelo. “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”. *Revista DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008) ISSN: 0214-8676, pp. 224. Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13548519812919495222202/042161.pdf?incr=1>. [Consultado: 2 de mayo 2014. 8.30 a.m.].

Garzón Valdés afirma que la idea del “coto vedado”, como fundamento de una ética social, también debe predicarse en los asuntos relacionados con las actividades del mercado:

Se trata de la exclusión de bienes no susceptibles de ser sometidos a las reglas de la oferta y la demanda. Si todo pudiera ser llevado al mercado, dadas las desigualdades accidentales de las personas, el resultado inevitable sería que algunas de ellas quedarían al final sin bienes para participar en el mercado mercantil. La única forma de contener el dinamismo expelente del mercado es fijar un límite de lo legítimamente mercantilizable.

Es verdad que el mercado es el ámbito de la negociación y el compromiso, pero es obvio que, en cuanto tal, solo vale para lo que es negociable y acordable. Y lo negociable y acordable no puede ser decidido en el mercado mismo, pues requiere la aceptación de un sistema normativo superior: el de la justicia como virtud social. Solo desde este pueden formularse los arreglos institucionales que confieren calidad moral al instrumento del mercado”¹³.

3. Una sociedad en peligro

Ante las evidentes amenazas al modelo de Estado democrático, constitucional de derechos, el argumento de incluir dentro del ámbito de lo no negociable ciertos bienes se justifica aún más por cuanto las reglas del mercado, totalizador y excluyente a la vez, son el criterio en torno al cual se mueven, con inusitada frecuencia, las relaciones económicas y políticas, lo que ha llevado a la expedición permanente de normas dirigidas a amparar y proteger principalmente los intereses de grupos de poder económico, financiero o político en contra o de espaldas a los intereses o los derechos de la sociedad en general o de las minorías más débiles.

En los Estados modernos son precisamente esas reglas las que con frecuencia terminan estableciendo, a través de procesos normativos con aparentes

visos de democracia, las condiciones que han de aplicarse a las relaciones de trabajo, a las condiciones de vida de los ciudadanos y a los derechos de las personas en una marcada relación de dependencia o indefensión frente a los diversos factores de poder real.

En este sentido, Peces Barba afirma que:

... en la actualidad, con el desarrollo del capitalismo y con el fracaso de la economía comunista en el Este, la economía se convierte para algunos en criterio moral último, desde el que se juzga a otras realidades como la jurídica. Interesa más la libertad del mercado que la libertad de las personas, y los derechos fundamentales tendrán que ser un ámbito de defensa del individuo, frente a la santificación del capitalismo y de las leyes del mercado. Será seguramente otro frente de lo que podríamos llamar la generalización del futuro: para hacer al hombre libre será necesario someter y racionalizar a la economía¹⁴.

Siendo así, la institucionalidad cimentada, tanto en el ejercicio de los derechos fundamentales y sus garantías, como en el respeto de los principios de la democracia, debe ser entonces garantizada a través de acciones positivas y firmes del Estado y protegida a su vez por espacios jurídicos no negociables.

En este orden, la reafirmación de los espacios de lo no negociable se encuentra respaldada, además, por lo que en el derecho internacional se denomina norma del *jus cogens*, norma imperativa, es decir, “aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”¹⁵.

La imperatividad de una norma, cuando esta ha sido aceptada y pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno, conlleva a que su respeto, protección y garantía por parte de los Estados deben ser extraídos de cualquier forma de política generalizada, o determinaciones concretas que

14 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2004, pp. 115 y ss.

15 Art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969.

conduzcan a su desconocimiento por parte de los órganos gubernamentales, lo que comporta que su cumplimiento tampoco puede quedar sujeto a determinaciones mayoritarias. Se impone aquí, de igual manera, una esfera de lo indecible.

Y es que gran parte del avance en los ámbitos de la protección y, por ende, de la inviolabilidad de los derechos, se debe a la llamada “internacionalización” de los mismos, y aunque en palabras de Peces Barba todavía se trata de un “proceso incompleto”, es innegable hablar de su existencia¹⁶.

Pero ¿qué factores han justificado tal internacionalización en la protección de los derechos fundamentales?

El profesor español destaca algunos elementos que responden a ese interrogante, tales como “(...) la influencia de la realidad social, abierta cada vez más y superadora de las fronteras nacionales, en el ámbito económico, cultural, educativo, de las comunicaciones, etc. Al tiempo que se

16 El profesor Peces-Barba, además de la internacionalización, identifica lo que denomina como líneas de comprensión en la evolución histórica de los derechos fundamentales, en las que, además de la internacionalización, están la positivización, la generalización, la especificación. *El proceso de positivización solo se entiende... si respeta los pasos y las etapas, ética, política y jurídica sin pretender suprimir la identidad de ninguna de ellas. Solo la ley, expresión jurídica de un poder político, expresión de la voluntad popular, puede positivizar la moralidad de los derechos...* En cuanto a la generalización, señala Peces Barba, que “(...) las primeras formulaciones históricas de los derechos como derechos naturales partían de la igualdad natural de todos los seres humanos, y, por consiguiente, de la consideración de todos como titulares, por influencia del *iusnaturalismo*. Sin embargo, esta generalidad de los destinatarios titulares de los derechos no se correspondía con la realidad, ni tampoco el carácter abstracto de los contenidos, como en el caso de la propiedad... Este desajuste entre unas declaraciones de igualdad natural de los hombres en la titularidad de los derechos, y una realidad que negaba el derecho del sufragio a una parte de la población, y también el derecho de asociación política y sindical, y que al contrario exaltaba como primero de los derechos al de propiedad, que justificaba su existencia en su detentación por una minoría y que era de imposible extensión a todos, por razones de escasez, será la base y la razón que explica **el proceso de generalización**. En el seno de este vasto movimiento, y desde una mentalidad de igualdad efectiva en el ejercicio de los derechos, se debe también situar la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales, como indispensables para el goce generalizado de los derechos civiles y políticos. La influencia de esa actuación en el tema de los derechos fundamentales consistirá en la formulación de unos nuevos derechos, los llamados derechos económicos, sociales y culturales, a la educación, a las condiciones del trabajo y en el trabajo, a la protección de la salud y a la sanidad, a la seguridad social, etc”. A su vez, el proceso de especificación o proceso de concreción se produce en relación con los titulares de los derechos y “(...) con los contenidos de los mismos... Los titulares de los derechos eran los genéricos “hombres” o “ciudadanos”. La especificación es un avance del historicismo sobre el racionalismo y parte de la idea de considerar a los derechos **más vinculados a las personas concretas** de sus titulares...” “Se juzgan como relevantes algunas situaciones del genérico “hombre” o “ciudadano”, que exigen un tratamiento especial y que no se resuelven desde ese *homo iuridicus*. Son circunstancias o situaciones cuya relevancia derivan de una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad... De una condición física de personas que por alguna razón se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales... De la situación que ocupan las personas en unas determinadas relaciones sociales...” Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2004, pp. 103 y ss.

constituye en un proceso de humanización y socialización, en definitiva, de moralización, que ha llevado a que, junto a las funciones relacionales y competenciales, se impulse en el derecho internacional la del desarrollo integral de individuos y pueblos”¹⁷.

Se entrelaza así de nuevo la idea de la integralidad de los derechos con el principio de la dignidad. Los derechos económicos, sociales y culturales deben ser objeto, en el mismo plano de igualdad, de la atención por parte de los poderes del Estado, incluido el de la magistratura moral atribuida al *Ombudsman*.

Esta defensa contundente de los derechos y la dignidad de millones de seres humanos frente a un sinnúmero de amenazas provenientes del abuso del poder en cualquier de sus formas, de la manipulación, de la arbitrariedad, de la violencia, de la corrupción o del despotismo, constituye el reto ético y jurídico más trascendental del mandato conferido en una democracia auténtica a las instituciones nacionales de derechos humanos.

En palabras de Eusebio Fernández

[l]a defensa de los derechos humanos fundamentales se presenta como un auténtico reto moral de nuestro tiempo, la piedra de toque de justicia del derecho y de la legitimidad del poder (para muchos Estados, la simple mención a los derechos humanos, les resulta felizmente un molesto compañero de viaje) y el procedimiento garantizador de la dignidad de los seres humanos contra todo tipo de alienación y manipulación (política, cultural, económica, etcétera). Por estas razones no es extraño que, para muchos estudiosos de este importante y complejo tema, la teoría de los derechos humanos se presente como la ‘plasmación histórica de las exigencias contemporáneas de justicia’¹⁸.

En este punto se hace necesario también desmitificar el concepto y alcance del derecho de propiedad -tan afín a la globalización económica- y que a falta de controles y límites claros en su ejercicio, puede constituir una seria

17 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2004, pp. 117 y ss.

18 Fernández, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, pp. 81-82. Las últimas comillas corresponden a N. Bobbio. *presente y porvenir de los derechos humanos*, Ob. cit., p. 10.

amenaza para el acceso y goce de los derechos fundamentales, especialmente a raíz del desaforado avance de la llamada economía global y las ventajas y prerrogativas económicas y financieras -combinadas con frecuencia con severos fenómenos de corrupción- de las que disfrutaban reducidos sectores en contravía de los derechos y las libertades de millones de personas que sobreviven en situaciones de pobreza o indigencia.

Finalmente, en este corto recorrido por el significado y el alcance de los derechos fundamentales y su ejercicio en democracia, no puede perderse de vista que, frente a los derechos humanos existen, de manera correlativa, deberes y obligaciones por parte de los depositarios de los mismos¹⁹, esta realidad debe examinarse de manera razonable, pues independientemente de que las personas cumplan o no con sus deberes y obligaciones su dignidad persiste, es irrenunciable y no susceptible de extinción por acciones u omisiones del Estado o de los demás miembros de la sociedad, y aunque sea posible establecer en determinadas circunstancias, generalmente establecidas por la ley, ciertos límites en el ejercicio de algunos derechos fundamentales estos, aun en situaciones extremas, jamás podrían ser objeto de extinción por parte del Estado²⁰.

Tal como se ha señalado con anterioridad, la presente investigación parte de la consideración de que todos los derechos humanos tienen el mismo peso y valor jurídico, ético y social, e igual grado de exigencia ante las instancias estatales de poder, así como la ineludible responsabilidad de la sociedad frente a los mismos.

En este sentido, por ejemplo, las referencias a las garantías y exigibilidad de los derechos económicos, como una tarea pendiente de las sociedades y, en particular del Estado en el cumplimiento de sus compromisos de respeto y protección, se hace con la misma intensidad con la que se aborda el tratamiento de las garantías y la exigibilidad de los llamados derechos civiles

19 “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

20 Al respecto cfr. Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 27 y 4 respectivamente.

y políticos, o de los derechos sociales, culturales y los referidos al medio ambiente.

En esta lógica se pone de presente que la intervención estatal en la protección de los derechos debería, de igual manera, apuntar a resolver, de manera oportuna y adecuada, los problemas estructurales como la pobreza, la exclusión y las inequidades a las que deben enfrentarse millones de personas en nuestros países, no obstante los avances tecnológicos y el desarrollo económico de las últimas décadas²¹.

Abordar el tema de la protección de los derechos humanos de manera integral y como un compromiso irrevocable del Estado frente a la sociedad y a la comunidad internacional significa, así mismo, poner sobre la mesa de discusión el hecho incontrovertible de que tales quehaceres han venido debilitándose, en un evidente proceso regresivo frente a la irrupción desenfrenada de un modelo económico que, para lograr su consolidación, busca deslindarse, mediante diversos métodos, de las responsabilidades sociales que genera la riqueza y que termina beneficiando a muy pocos y afectando a millones de personas²².

El mundo contemporáneo, a pesar de los progresos tecnológicos y del desarrollo desenfrenado de las economías más poderosas, ha sido incapaz de

21 De acuerdo con el Informe sobre Desarrollo Humano 2013 del PNUD: “Las agendas tradicionales para la reducción de la pobreza reconocen sus orígenes estructurales, pero lo abordan de manera inadecuada. Las intervenciones contemporáneas para promover el crecimiento inclusivo han tendido a centrarse en los resultados del desarrollo expandiendo y fortaleciendo las redes de seguridad social. Si bien tales iniciativas públicas son elegibles, resuelven los síntomas de la pobreza, pero no sus orígenes.

“(…)”

“Como resultado de estas intervenciones restrictivas, se reduce la pobreza de ingresos en distintas medidas y se obtienen algunos avances en desarrollo humano. Sin embargo, en gran parte del Sur la desigualdad en ingresos se ha acentuado, las disparidades sociales se han profundizado y la injusticia sigue siendo dominante al permanecer intactos los orígenes estructurales de la pobreza. Cualquier agenda creíble para poner fin a la pobreza debe revertir las injusticias estructurales que la perpetúan”. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD. *El ascenso del Sur: progreso humano en un mundo diverso*, p. 37.

22 Para decirlo en palabras de Bauman: “El Estado social”, esa culminación de la larga historia de la democracia europea y, hasta fechas recientes, su forma dominante, se bate hoy en retirada... El Estado contemporáneo ya no es capaz de prometer el Estado social, y sus políticos ya no repiten la promesa. Antes bien, sus políticas auguran una vida todavía más precaria y plagada de riesgos, que requiere muchos ejercicios sobre la cuerda floja, al tiempo que torna casi imposibles los proyectos vitales. Apelan a los electores para que sean “más flexibles” (o sea, para que se preparen para las cotas aun mayores de inseguridad que están por llegar) y para que busquen individualmente sus propias soluciones personales a los problemas socialmente producidos”. Bauman Zygmunt. *Vidas desesperadas, la modernidad y sus parias*. Barcelona, Paidós, 2005, pp. 118 y ss.

superar la pobreza o los altos índices de desigualdad entre los seres humanos, inequidad extrema que no podría calificarse sino como de vergonzosa en términos del respeto por la dignidad humana. En palabras de Martha Nussbaum: “El mundo contiene desigualdades que son moralmente alarmantes, y la brecha entre los países más ricos y los más pobres es cada vez mayor. El azar de haber nacido en un país o en otro determina completamente las opciones vitales de cada niño que nace. Cualquier teoría de la justicia que proponga principios políticos para definir los derechos humanos básicos debería confrontar estas desigualdades y el reto que suponen, en un mundo donde el poder del mercado global y las empresas multinacionales ha erosionado considerablemente el poder y la autonomía de los países”²³.

El compromiso del Estado debe entenderse, pues, en una doble dimensión, integrada, por una parte, por la abstención en la ejecución de actos o la imposición de políticas encaminadas a vulnerar los derechos en cualesquiera de sus formas y, por la otra, por la realización permanente de tareas y gestiones positivas en la prestación de las garantías requeridas para el ejercicio de los derechos, lo que en términos concretos, podría definirse como el diseño y puesta en marcha de políticas públicas para el ejercicio idóneo y el disfrute pleno de los derechos fundamentales²⁴.

El Estado se encuentra ante el inexcusable reto de recobrar el ejercicio del poder en la búsqueda del bienestar para beneficio de los seres humanos, ejercicio que, en los términos de Luigi Ferrajoli, constituye inexcusablemente el cumplimiento de *la ley del más débil*.

Frente a estas reflexiones se impone el interrogante acerca de cuál es el papel y la responsabilidad que corresponde a las instituciones de derechos humanos en Iberoamérica. Aunque se podría afirmar que en los diferentes países que conforman la Federación Iberoamericana del Ombudsman existen realidades diversas en cuanto a niveles de desarrollo económico y humano, a opciones sociopolíticas y económicas, a la consolidación de procesos

23 Nussbaum, Martha C. *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona, Paidós, 2007, pp. 227 y ss.

24 “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Art. 2 de la *CADH*, sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

democráticos, persisten asuntos relacionados con los derechos humanos que interesan por igual a todos los países del ámbito geográfico objeto del presente estudio.

Dentro de esos asuntos, de los que se podría decir que se comparten experiencias más o menos semejantes y que, por lo tanto, afectan o pueden convertirse en obstáculos en el desarrollo y el cumplimiento del contenido de los derechos fundamentales para los países que integran la región, podrían citarse:

3.1. Procesos democráticos precarios y falta de transparencia en el ejercicio de la administración pública

Aunque no son fenómenos exclusivos de América Latina, el subcontinente ha sido tierra fértil para procesos políticos signados por la ausencia o el desmonte de alternativas democráticas auténticas y, a su vez, por la corrupción. En efecto, ha existido una generalizada y prolongada tendencia a favorecer los intereses políticos y económicos de pequeños grupos o élites en un proceso que está asociado, como se estudió en la introducción de este trabajo, a la debilidad de la democracia, esto es, a la exigua participación ciudadana y la reducida opinión pública, en cuyo contexto campea la corrupción que se constituye en obstáculo adicional para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. El Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014, *Seguridad Ciudadana con Rostro Humano*, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ha señalado que “la corrupción, definida como la apropiación indebida de los bienes públicos, es una amenaza grave y extendida para la seguridad ciudadana de América Latina. El Banco Mundial estima que la corrupción absorbe alrededor del 9% del PIB regional. Además del daño directo al bienestar de la población -en particular de la más vulnerable- y al desarrollo económico de un país”²⁵.

25 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD. *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014 Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. Nueva York, NY 10017, 2013, p. 86.

Así mismo, el informe del PNUD precisa que

Además de la pequeña corrupción, los casos de corrupción en gran escala siguen presentes en la región, a pesar de los enormes esfuerzos realizados en la lucha contra la corrupción en numerosos países. Habida cuenta de los incentivos económicos y a la debilidad de los controles, el abanico de oportunidades para la corrupción es bastante amplio: en la licitación de contratos públicos, en el financiamiento ilegal de campañas electorales o, en ciertos contextos, incluso en la aprobación de una legislación favorable a determinados intereses o sectores económicos, entre otros. En estos casos, el Estado de derecho no protege los derechos del ciudadano -como es su función- sino que favorece intereses de ciertos grupos influyentes en lugar de los de la mayoría²⁶.

En tales condiciones, el ejercicio de los derechos fundamentales, la seguridad social, las políticas públicas incluyentes, los planes de desarrollo participativos, la incorporación o la reincorporación de todas las personas sin exclusiones de ningún tipo al ejercicio pleno de la ciudadanía y, finalmente, el progreso social, no dejarán de ser una utopía mientras no se supere de manera radical la corrupción en todas sus modalidades y en tanto no se llene de contenidos auténticos el concepto de la democracia.

3.2. Violación de los derechos fundamentales en todos sus ámbitos e impunidad generalizada

Las vulneraciones a los derechos fundamentales han tenido en América Latina un escenario propicio. Su historia ha estado signada de manera frecuente por procesos políticos autoritarios, cuando no despóticos o tiránicos, que han ocasionado cientos de miles de víctimas de torturas, desapariciones forzadas, despojos, desplazamientos o expulsiones forzadas de sus países. Por otro lado, tampoco han sido ajenos los conflictos armados internos que han devastado la economía, minado la democracia y despilfarrado el destino de varias generaciones.

Este marco de violencia se ha convertido en un escenario fértil no solo para la violación -por acción u omisión- de los derechos fundamentales, incluidas las libertades y los derechos económicos y sociales, sino también para esa otra forma de revictimización que es la impunidad. En efecto, los procesos políticos, aunque democráticos y transparentes, surgidos con posterioridad a esos períodos de violencia generalizada o de conflicto armado, han estado acompañados de fuertes dosis de impunidad y en contravía de los derechos de las víctimas, en especial de la verdad, la justicia, la reparación o la garantía de no repetición.

Puede señalarse, además, que la crisis en torno a los derechos fundamentales, generada por la impunidad, persiste no solo como consecuencia de los procesos de violencia generalizada, conflicto armado, el ejercicio arbitrario del poder o la corrupción, sino también por la ausencia de mecanismos de seguridad en un marco de protección de los derechos y de procesos judiciales eficaces -y en algunos casos transparentes- que permitan a los ciudadanos el acceso al derecho a la justicia y a las garantías procesales.

El informe sobre seguridad ciudadana del PNUD ha señalado que

Si bien la delincuencia organizada es una amenaza que afecta gravemente el desarrollo humano, la situación de inseguridad a la que se enfrenta la región se deriva de un conjunto amplio de amenazas: no todo lo que ocurre en América Latina tiene como explicación el narcotráfico. El entrecruce entre las distintas amenazas en el ámbito local es lo que permite entender los altos niveles que han alcanzado el delito y la violencia en la región. La escasa denuncia de violencias y delitos genera vacíos y debilidades en la información disponible. Este es el caso del secuestro y la extorsión, de la violencia hacia migrantes y la trata de personas, de la violencia sexual y doméstica, así como de la corrupción y la violencia ilegal por parte de actores estatales. La interacción de la delincuencia organizada con otras amenazas está en la base de las espirales de violencia y del crecimiento exponencial del homicidio en algunos países o subregiones²⁷.

²⁷ Ibid., p. 75.

De igual manera, el citado informe identifica *seis amenazas principales que tienen una presencia generalizada en la región e*

El ejercicio y desarrollo de los derechos fundamentales en tales condiciones, se ve enfrentado a serios desafíos y barreras que requieren ser superados por parte del Estado y sus instituciones. Apremia, por lo tanto, el diseño y la ejecución de políticas sociales incluyentes construidas en el marco de la doctrina y práctica de los derechos humanos. De igual manera, es perentoria la exigencia rigurosa que debe hacerse a los responsables de la economía, incluidos los conglomerados económicos, del cumplimiento de la responsabilidad social en el ejercicio de sus actividades²⁸.

Estos quehaceres políticos y sociales deben incluir, además, una amplia participación ciudadana, participación razonada e informada, que permita a los sectores que tradicionalmente -por apatía, desencanto, egoísmo o desconocimiento de los asuntos públicos- se han apartado o han sido apartados de la toma de decisiones, asumir su parte en tales procesos.

Es necesario recordar que los tratados sobre la materia consagran una serie de derechos en beneficio de las personas sin discriminación desfavorable de ningún tipo, y concomitantemente con esos derechos se establecen también obligaciones para los Estados²⁹, en el entendido de que son estas personas jurídicas quienes tienen la responsabilidad primordial de hacerlos efectivos en sus diversos ámbitos -social, económico, político y jurídico-, como resultado de haber adquirido esos compromisos en el terreno internacional.

Por otro lado, no puede perderse de vista que es el derecho interno el marco jurídico en el cual se vierten y materializan tales derechos para, de esta manera, promoverlos, garantizarlos, protegerlos y respetarlos, lo que requiere la ejecución de una serie de actividades emanadas de los diversos ámbitos del Estado y de los poderes públicos en orden a cumplir sus compromisos,

impactan negativamente el desarrollo humano de los latinoamericanos: el delito callejero, la violencia y el crimen ejercidos en contra y por los jóvenes, la violencia de género, la corrupción, la violencia ilegal por parte de actores estatales y la delincuencia organizada, Ibid., p. 7.

²⁸ Es por ello que en la actualidad se plantea el debate sobre la pertinencia y necesidad que dentro de las funciones de los *Ombudsman* se incluya la de vigilar la acción de los particulares en sus Estados.

²⁹ El art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como obligaciones para los Estados partes: respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce. Obligaciones que según lo ha determinado la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son de exigibilidad inmediata en el plano internacional, respecto de las cuales el Estado las tiene frente a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

no solo con la comunidad internacional, sino específica y principalmente frente a todos sus habitantes.

El orden internacional de protección de los derechos humanos refuerza esas circunstancias, pues “pretende como último fin el fortalecimiento de los derechos en el ámbito nacional, en su ordenamiento jurídico y en sus prácticas”³⁰. En consecuencia, puede sostenerse que “[n]o hay derechos humanos nacionales e internacionales, sino un sistema único e integral de derechos humanos, que debe contar con garantías nacionales e internacionales, estas últimas, subsidiarias y complementarias de las anteriores”³¹.

De acuerdo con Medina Quiroga, “los tratados de derechos humanos no solo establecen derechos para las personas y obligaciones para los Estados parte, sino que, en realidad, consagran un sistema para proteger la dignidad humana que constituye un verdadero orden público internacional, cuyo mantenimiento debe ser del interés de todos los Estados que participan en el sistema”³². Es aquí, precisamente, donde se ubica la labor de las instituciones nacionales de derechos humanos dirigida a exigir la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de las obligaciones que corresponden al Estado.

3.3. Emigración en condiciones deplorables

La persistente migración de millones de personas que se dirigen principalmente a regiones con economías fuertes es una de las muestras más claras de la precariedad económica y social que viven en sus países de origen.

La vulneración de los derechos fundamentales a este grupo de personas comienza en los propios Estados de origen -los denominados Estados expulsores se caracterizan por indicadores muy bajos de productividad, em-

30 Medina Quiroga, Cecilia. *Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 209.

31 Escobar, Guillermo. (Director). Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana del Ombudsman. *VII Informe sobre Derechos Humanos, Seguridad ciudadana*, Madrid, Edit. Trama, 2011, p. 18.

32 Medina Quiroga, Cecilia. *Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 211.

pleo, desigualdad, exclusión, conflictos armados y persecuciones políticas- y continúa en los países receptores o de destino a los que suelen llegar en búsqueda de oportunidades, pero donde suelen convertirse en víctimas por su condición de ilegalidad y por los prejuicios y la explotación económica o laboral. En efecto, su situación de extranjeros vulnerables -que suele calificarse de “informales”, “indocumentados”, “clandestinos” y “parias”- propicia la arbitrariedad de las autoridades migratorias, de otras instituciones oficiales y de la ciudadanía de los países de recepción.

En definitiva, se puede agregar que el balance de la protección de los derechos humanos de ese grupo de personas que han dejado sus países de origen en búsqueda de unas mínimas oportunidades es francamente lamentable. El goce de la ciudadanía, factor tradicionalmente condicionante y excluyente de la protección de derechos por parte de los Estados, es una utopía para los millones de migrantes.

4. La protección de los derechos a cargo de las instituciones nacionales de derechos humanos

En la estructura política del Estado social de derecho, los organismos de control, de los cuales forman parte los *Ombudsman*, ejercen unas tareas precisas e inexcusables para el ejercicio y desarrollo pleno y transparente de la democracia, pero también para confrontar la corrupción y exigir cuentas a las autoridades y el pleno cumplimiento y garantía de los derechos fundamentales.

Una inquietud que podría surgir para la ciudadanía en torno a la misión que cumplen las instituciones nacionales protectoras de los derechos humanos es la referida a su coexistencia con los órganos de carácter jurisdiccional.

En principio, debe recordarse que los órganos judiciales están provistos de un poder coercitivo diferente al que ostentan los *Ombudsman*, pues estos, a diferencia de la magistratura judicial, ejercen sus funciones con fundamento en la llamada “*magistratura moral*” y, por tanto, su poder sancionatorio, en

contraste con el de aquellos, es esencialmente de carácter ético. No obstante, las instituciones nacionales de derechos humanos están obligadas a vigilar o a exigir la aplicación de un *corpus iuris* de los derechos humanos, al que es incorporado al *corpus iuris* internacional por vía de la interpretación e integración y por vía de la incorporación.

Ese *corpus iuris* integrado, compuesto por la normativa internacional e interna, permite, a su vez, formular una interpretación expansiva de los derechos humanos y otorgar, así mismo, una protección extensiva de los mismos. Es así como, por ejemplo, las instituciones nacionales de protección de derechos están en posición de exigir de los jueces nacionales que al momento de interpretar una norma nacional de derechos fundamentales lo hagan “conforme” a las normas y la jurisprudencia internacional, siempre que estas últimas otorguen una mayor protección a la persona en aplicación del principio *pro homine*³³.

En tal perspectiva, debe tenerse en cuenta que las últimas décadas han dejado, en la mayoría de las constituciones de los países de América Latina -y los que integran la FIO-, un auténtico saldo constitucional democrático y republicano, incorporado en sus textos o a través de procedimientos legislativos que integra los instrumentos universales o regionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

En este camino, otra de las tareas que corresponde desarrollar a las instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos, es la de propiciar y promover el diálogo constante y razonado de todos los actores estatales, institucionales y sociales, acerca de las acciones que deben adelantarse en los diversos ámbitos de la vida pública para reforzar o garantizar a las personas el goce efectivo de los derechos humanos.

Desde esta óptica, la primera tarea de las instituciones nacionales de derechos humanos en el ámbito del fuero interno de los Estados, es la de asegurar que las normas internacionales realmente operen dentro de su jurisdicción, ya que una vez ratificados tales compromisos, el Estado debe

33 Los *Principios de París* establecen que en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos, la institución nacional tendrá un mandato amplio, enunciado en el texto constitucional y/o legislativo, que *inter alia* abarca atribuciones de formular recomendaciones a todas las instituciones del poder estatal para ampliar la esfera de promoción y protección de los derechos humanos.

adecuar su derecho interno de conformidad con aquellas³⁴. Siendo así, tales instituciones tienen el deber moral de exigir, a las diversas instancias del Estado, la incorporación de los dispositivos legales más convenientes e idóneos para el cumplimiento íntegro y efectivo de los postulados establecidos en la citada normativa de protección de los derechos de las personas.

Esa incorporación normativa puede darse mediante la inserción directa de estas normas en los textos constitucionales o profiriendo otro tipo de normas legales que las reproduzcan y en las que se dispongan, además, los recursos jurídicos, por un lado y, por otro, los medios económicos adecuados y suficientes para su cumplimiento efectivo. Dicho de otra forma, las instituciones nacionales de derechos humanos, el Defensor del Pueblo, el *Ombudsman*, etc., deben prevenir al Estado, tal como lo ha señalado la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana, de que no basta la existencia de medios formales de consagración de los derechos humanos, sino que los recursos consagrados para su ejercicio y defensa, no solo sean formalmente admisibles, sino también idóneos para protegerlos y detener sus violaciones³⁵. De igual manera, las instituciones nacionales de derechos humanos deben abogar para que sean suprimidas las normas jurídicas que entrañen violación a las garantías previstas en el *corpus iuris* de los derechos humanos³⁶ y que tiendan a hacer ineficaces las obligaciones de respeto y garantía contraídas por el Estado frente a la comunidad internacional.

La dignidad esencial que exige, en términos kantianos, considerar al ser humano como un fin en sí mismo, es el elemento integrador alrededor del cual se incorporan los valores y derechos establecidos en las constituciones políticas contemporáneas y en los instrumentos de protección internacional

34 “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Art. 2 de la CADH.

35 La calificación de los recursos internos de los estados como “adecuados y eficaces”, es una posición constante en la jurisprudencia interamericana, Cfr., *inter alia*, Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 64 y 66; *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 67.

36 En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que [el] deber general del art. 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes: Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. *Opinión Consultiva*, No. 18.

de los derechos humanos. Principio ético al que deben someterse las relaciones del Estado frente a las personas y de estas entre sí. El principio de la dignidad se materializa de manera plena en un Estado de derecho, constitucional, social y democrático; en términos de W. Kägüi,

(...) la expresión de un Estado ético que considera al individuo respecto al Estado de forma seria y no solo en términos de vida en sociedad, teniendo en cuenta su existencia política, como persona que comparte su responsabilidad con otros y se implica en procesos de decisión, no observándole simplemente como un objeto político. Además prueba que la autoridad estatal parte de una perspectiva humana, es decir, como una institución pública que entiende al individuo como depositario mismo de la sociedad, al cual no puede mirar como una propiedad suya desde una actitud de poder exenta de reglas...³⁷

Es necesario tener presente que instancias como Naciones Unidas consideran que la protección de los derechos humanos requiere del establecimiento de instituciones estatales como las del *Ombudsman* con el encargo específico de promoverlos y protegerlos frente a las decisiones del aparato burocrático del Estado³⁸. Además, como se estudió en la introducción de este trabajo, la Organización estableció una oficina del *Ombudsman*³⁹ y aprobó en 2010 la *Resolución sobre El papel de las instituciones de Ombudsman, las de los mediadores y otras instituciones nacionales de derechos humanos, en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos*⁴⁰.

37 Stern, Klaus. “Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo. Algunos comentarios sobre aspectos fundamentales”, en Fernández Segado, Francisco (Coordinador). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 65.

38 Tal y como fue señalado y aprobado en los informes del Consejo de Derechos Humanos, en su vigésimo período de sesiones - A/HRC/20/2. 14 de noviembre 2013; y en su vigésima tercera sesión - A/HRC/23/2. 24 de abril de 2013.

39 Naciones Unidas tiene una Oficina del *Ombudsman* y de Servicios de Mediación. Su misión y los servicios que presta pueden consultarse en <http://www.un.org/es/Ombudsman/>.

40 La tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 11 de noviembre de 2010 una Resolución sobre “El papel de las instituciones de *Ombudsman*, las de los mediadores y otras instituciones nacionales de derechos humanos, en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos”.

Esta Resolución, que tuvo amplia acogida entre los *Estados miembros*, puso en evidencia el interés creciente en todo el mundo por la creación y consolidación de las instituciones de *Ombudsman*, de los mediadores y de otras instituciones nacionales de derechos humanos que tienen por finalidad promover y proteger los derechos humanos. Además, en la Resolución se reconoce la importancia de las asociaciones sobre *Ombudsman* -como el Instituto Internacional del Ombudsman- y recuerda que la participación de la Oficina del Alto Comisionado

Es precisamente en este contexto en el que se desenvuelve gran parte de la labor de las instituciones nacionales de derechos humanos encaminada a la reivindicación de los derechos esenciales para la vida en dignidad⁴¹.

Las instituciones nacionales de derechos humanos tienen, pues, para los tiempos actuales y para los que vienen, el reto moral de continuar adelantando con su mayor esfuerzo la protección y defensa de los derechos humanos, a fin de garantizar el valor supremo de la dignidad de los seres humanos y prevenir cualquier forma de instrumentalización, alineación, discriminación o manipulación por parte de las instancias del poder (político, económico, social y cultural)⁴².

En este ámbito de discusión y en la búsqueda de lo que significa “*la magistratura moral*”, fundamento esencial en el ejercicio de la actividad de las instituciones nacionales de derechos humanos, Silvia Galvis señala que:

La efectividad, transparencia, oportunidad y diligencia de la función pública descansa en dos factores atribuibles a la persona de la funcionaria o funcionario que son: 1) la conciencia del sujeto de la titularidad activa de sus derechos, 2) la capacidad para establecer el equilibrio entre la autorregulación y el acatamiento del orden jurídico como sistema heterónomo. Es decir,

de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial del *Instituto Internacional del Ombudsman*, en junio de 2009, en Estocolmo, es muestra del interés que esa institución tiene para la Comunidad Internacional.

41 Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos: “...a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. Así mismo, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 señala que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. En la parte introductoria de los principios de la UNESCO, de 16 de noviembre de 1945, se establece que “*los Gobiernos de los Estados...declaran en nombre de sus pueblos...Que la grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres, y sin la voluntad de sustituir tales principios, explotando los prejuicios y la ignorancia, por el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas;...*” Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, 1945.

42 Así, por ejemplo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, señaló que: “*En la CNDH son tomados en cuenta todos los temas relacionados con los derechos humanos; menciono algunos de ellos: seguridad pública, las víctimas del delito; la situación de la niñez; las familias, los adultos mayores, las personas que viven con VIH/SIDA y personas con discapacidad; la violencia contra la mujer e igualdad entre mujeres y hombres; la realidad de los pueblos y comunidades indígenas; la problemática de los migrantes y el creciente fenómeno de la trata de personas; la resolución de los casos de presuntos desaparecidos; la protección de los periodistas y los defensores civiles de los derechos humanos; los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Los derechos humanos son un tema transversal para toda la actividad pública y, su vigencia debe ser plena en todos los actos de autoridad, ya sea federal, estatal o municipal*”. Puede verse el Anexo *Sondeo de Opinión* realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia. Respuesta No. 4 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.

en equilibrio entre la moral, fundada en los derechos y el derecho, se da el presupuesto de una gestión pública garante del real bienestar y la realización de los derechos de los miembros de la sociedad en forma individual y colectiva. Ese equilibrio es la magistratura moral. Por consiguiente, esta magistratura es presupuesto del ejercicio de la función pública⁴³.

Desde esta perspectiva, las defensorías iberoamericanas, siguiendo la Observación General No. 10, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la función de las instituciones nacionales de derechos humanos “deben integrarse con respecto al ámbito de otras instancias internacionales y regionales que tienen por norte la garantía progresiva (en sus facetas de respetar, proteger y cumplir) de los derechos humanos”⁴⁴, como parte de un orden público común, cuyos destinatarios son los individuos de la especie humana como un fin y no como instrumento y, en consecuencia, como un sistema para proteger la dignidad humana, que en palabras de muchos, constituye un verdadero orden público internacional, cuyo mantenimiento debe ser del interés de todos los Estados, ya que “solo desde el conocimiento de la realidad esta podrá cambiarse y sigue siendo válida la clásica propuesta ilustrada que confiaba encontrar las mejores soluciones tras el diálogo público, plural y abierto, sobre las distintas alternativas posibles”⁴⁵.

Propuestas estas reflexiones se infiere que, para los efectos de la labor de protección de las instituciones nacionales de derechos humanos frente a las acciones u omisiones estatales o las emanadas de particulares en determinados casos y que afecten o amenacen los derechos fundamentales de las personas, se hace necesario considerar la dignidad no solo como un valor inherente al ser humano, sino, además, asumirla como posibilidad y capacidad de realización de los seres humanos, postura esta que ubica a las instituciones de derechos humanos en relación directa con situaciones

43 Galviz Ortíz, Lúgía. *La magistratura moral y el paradigma de los derechos autoridad sin sanción*, Proyecto de Fortalecimiento del Estado de Derecho, FortalEsDer, 2010, GIZ, Cooperación República de Colombia, República Federal de Alemania, Defensoría del Pueblo Colombia, p. 38.

44 Escobar, Guillermo. (Director). Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana del Ombudsman. *VII Informe sobre Derechos Humanos. Seguridad ciudadana*, Madrid, Edit. Trama, 2011, p. 13.

45 *Ibid.*

problemáticas del hombre como ser individual, a la vez que integrado a diversos ámbitos sociales; es decir, con la realización humana propia, posibilitando, de un lado, el total afianzamiento de sus derechos personales y, por otro, también de sus obligaciones. “En el concepto contemporáneo de los derechos humanos fundamentales nos encontramos la plasmación teórico y práctica de ese conjunto de necesidades, exigencias, derechos y deberes, que pueden valer como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de la sociedad y de un orden jurídico justo”⁴⁶.

5. La educación como base de la promoción de los derechos humanos

En este aparte de la investigación se hará un análisis de la educación en derechos humanos y de las tareas que correspondería adelantar a las instituciones nacionales de derechos humanos en este campo. No obstante, se hace necesario, en primera instancia, acercarse al tema de la educación misma como un derecho fundamental.

Lo primero que debe reconocerse es que los problemas crónicos de la ausencia o de la precaria calidad de la educación, de manera especial en los llamados países del Tercer Mundo, no han sido superados al día de hoy. A pesar de los esfuerzos y avances de los últimos años, principalmente con ocasión de la puesta en práctica de los llamados Objetivos del Milenio⁴⁷, millones de niños, niñas y jóvenes no acceden a la educación, o lo hacen en deplorables condiciones, al tiempo que la vulneración de otros derechos, especialmente de orden económico y social, impiden el cometido de una educación de calidad que genere el desarrollo de las capacidades y oportunidades de los seres humanos.

46 Fernandez, Eusebio. *Teoría de la justicia y de los derechos humanos*, Madrid, Edit. Debate, 1991, p. 38.

47 A partir del año 2000 la comunidad internacional se impuso como metas hasta el año 2015: “Erradicar la pobreza extrema y el hambre, lograr la enseñanza primaria universal, promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer, reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años, mejorar la salud materna, combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades, garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, fomentar una asociación mundial para el desarrollo”.

El *Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo 2013-2014*, preparado por la UNESCO ha encontrado que: “De los 650 millones de niños del mundo en edad escolar, 250 millones por lo menos no están aprendiendo las nociones básicas de lectura y aritmética. De ellos, casi 120 millones tienen poca o ninguna experiencia de la escuela primaria, ya que ni siquiera han llegado al cuarto grado. Los restantes 130 millones van a la escuela pero no han alcanzado los niveles mínimos de aprendizaje. A menudo incapaces de comprender una oración sencilla, estos niños están mal preparados para el paso a la enseñanza secundaria”⁴⁸.

Se infiere, pues, que para hablar de educación en derechos humanos se precisa hablar al mismo tiempo del contenido de la educación, del acceso al derecho a la educación, de la calidad de la educación, de las posibilidades de desarrollo de los seres humanos y de los países en que habitan, y que solo es posible a través de la educación.

La democracia, sistema político en el que pueden desarrollarse los derechos humanos, se construye precisamente con el aporte de ciudadanos capacitados, instruidos, informados idóneamente en los diversos ámbitos de la cultura, la tecnología, las ciencias, las humanidades y la ética. La democracia es el espacio de formación de personas abiertas a las opiniones y al sentir de los otros, incluidas las minorías. En ese ámbito, la educación constituye el mejor camino a una vida en comunidad con dignidad y decencia. Excluir la educación de los proyectos de vida colectivos, quitarle su valía es la forma más segura de acercarse a la barbarie, a la exclusión, al fanatismo, a la intransigencia y la discriminación, en fin, a las diversas formas de vulneración los derechos de los seres humanos.

En palabras de Martha Nussbaum

Hoy seguimos reafirmando que elegimos la democracia y el autogobierno, y suponemos también que nos gusta la libertad de expresión, la comprensión y el respeto por la diferencia. Nos llenamos la boca hablando de estos valores, pero pensamos muy poco en lo que deberíamos hacer para transmitirlos a la

48 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. *Informe de Seguimiento de la EPT Enseñanza y Aprendizaje: lograr la calidad para todos*, Francia, 2014, p. 23.

próxima generación y así garantizar que sobrevivan. Distráidos por la búsqueda de la riqueza, nos inclinamos cada vez más por esperar de nuestras escuelas que formen personas aptas para generar renta en lugar de ciudadanos reflexivos. Bajo la presión de reducir los gastos, recortamos precisamente esas partes de todo emprendimiento educativo que resultan fundamentales para conservar la salud de nuestra sociedad.

(...)

La educación es para las personas. Entonces, antes de poder elaborar un plan para el futuro de la educación, necesitamos entender los problemas que afrontamos en el proceso de transformación de los estudiantes en ciudadanos de la democracia, capaces de efectuar buenas reflexiones y elecciones sobre una gran variedad de temas de importancia nacional y mundial⁴⁹.

“¿Qué hay en la vida humana, se pregunta la profesora de la Universidad de Chicago, que dificulte tanto la conservación de las instituciones democráticas basadas en el respeto y en la protección igualitaria de la ley? ¿Por qué resulta tan fácil caer en los diversos sistemas de jerarquía o, peor aún, en los proyectos violentos de animosidad grupal? ¿Qué fuerzas empujan a los grupos poderosos a controlar y dominar? ¿Por qué motivo es que las mayorías tratan de denigrar o estigmatizar a las minorías en casi todos los casos?” A lo que responde la educadora norteamericana: “Cualesquiera que sean esas fuerzas, la verdadera educación para la ciudadanía responsable debe combatirlos a nivel nacional y global, empleando todos los recursos de la personalidad humana para que la democracia prevalezca frente a las jerarquías”⁵⁰.

El derecho a la educación, en cuanto derecho fundamental, entendido de manera lógica y coherente a través de sus dimensiones de integralidad, indivisibilidad y complementariedad con el resto de derechos, no podrá realizarse mientras no esté acompañado, a su vez, de condiciones de vida

49 Nussbaum, Martha. *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires, Kats Editores, 2010, p. 187.

50 *Ibíd.*, pp. 51, 52.

dignas: vivienda, salud, nutrición, agua potable, atención a los derechos y a la seguridad de los niños y las niñas, atención a la primera infancia, una vida libre de violencia para las mujeres y el respeto por los demás derechos fundamentales para todos⁵¹.

Siendo una de las alternativas más claras para la superación de la miseria y las desigualdades, debe partirse del hecho incontrovertible de que las políticas públicas educativas corresponden al Estado, no obstante el aporte que *pueden* hacer los particulares y el que *debe* hacer la sociedad en su conjunto, de ahí que una clara y decidida intervención de las autoridades estatales en el diseño de un modelo de educación pública, democrática y participativa es vital en el desarrollo de un país.

Independientemente de que el sistema educativo se comparta entre prestadores privados o públicos, es la educación pública la que requiere las mayores garantías y atención por parte del Estado. Siendo así, debe propenderse por ampliar los ámbitos y la calidad de la educación pública con miras a lograr una enseñanza que llegue a las mayorías, educación que debe estar provista de óptimos estándares técnicos, científicos y, hay que decirlo sin ambigüedades, enmarcada dentro de unos parámetros éticos que tengan como principal referente el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales⁵².

51 “Los jóvenes provenientes de los hogares más pobres son con mucho los que menos probabilidades tienen de aprender a leer y escribir. En 32 de los países analizados, más del 80% de quienes proceden de hogares acomodados pueden leer una oración, pero el 80% de los pobres solo pueden hacerlo en cuatro de esos países. En el extremo opuesto, menos de la mitad de los jóvenes pobres pueden leer una oración en 22 países, mientras que los ricos se sitúan por debajo de este nivel solo en Nigeria. Las desventajas en la adquisición de competencias básicas se agravan por una combinación de factores como la pobreza, las cuestiones de género, el lugar de residencia y el origen étnico. Estos resultados reflejan tal vez los efectos combinados de la pobreza, el aislamiento, la discriminación y las prácticas culturales. Sin embargo, muestran también que las políticas de la educación no logran brindar posibilidades de aprendizaje a las poblaciones más desfavorecidas, y ponen de manifiesto la necesidad urgente de dar a esas personas una segunda oportunidad”, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. *Informe de Seguimiento de la EPT Enseñanza y Aprendizaje: lograr la calidad para todos*, Francia, 2014, p. 26.

52 El escritor mexicano Carlos Fuentes puntualizó que la educación debe ser “(...) un proyecto público apoyado por el sector privado y dinamizado por el sector social. Su base es la educación primaria: que ningún hombre o mujer de dieciséis años o menos se encuentre sin pupitre. Su meta es la educación vitalicia: que ningún ciudadano deje jamás de aprender. La enseñanza moderna es un proceso inacabable: mientras más educado sea un ciudadano, más educación seguirá necesitando a lo largo de su vida. Su prueba —la prueba de la educación— es ofrecer conocimientos inseparables del destino del trabajo. Educación artesanal para los reclamos de la aldea, del barrio, de la zona aislada. Educación para la salud. Educación para el ahorro. Todo esto nos exige la base social de nuestros países. Y educación, en fin, para la democracia y en la democracia en la nueva latinidad americana. Tenemos que activar las iniciativas ciudadanas, la vida municipal, las soluciones locales a problemas locales, todo

En este contexto se suscita una cuestión: ¿para qué la educación y para qué la educación en derechos humanos?

La promoción de los derechos humanos implica -además de conocer el alcance, el sentido, el contenido mismo de tales derechos y de los mecanismos legales para su protección-, la toma de conciencia de las personas en la necesidad y la práctica permanente del derecho a la participación, no solo política a través de los procesos y decisiones electorales, sino también en los ámbitos sociales ya sean estos locales o nacionales -educación, salud, transporte, vivienda, recursos hídricos, explotación de los recursos naturales, medio ambiente, etc. lo que permite dar sentido y valor al término ciudadanía-; y, a su vez, al conjunto de las personas, tomar parte en las deliberaciones sobre los asuntos públicos que le competen y sobre los que puede legítimamente tomar decisiones, en un escenario de respeto por las posiciones y opiniones de los demás y en la construcción de una ciudadanía y una democracia amplia, expansiva e incluyente⁵³.

En palabras de Pogge,

[L]o que se necesita para garantizar verdaderamente el contenido de un derecho es una ciudadanía vigilante que se comprometa profundamente con este derecho y que esté dispuesta a trabajar en pro de su realización política. (...) El compromiso de la ciudadanía es más fiable que el compromiso del gobierno, cuyos miembros pueden cambiar de un día para otro. El primer compromiso contribuye a promover el segundo -especialmente en las sociedades democráticas, ya que tienden a producir in-

ello dentro de un marco legal de división de poderes, elecciones transparentes y fiscalización de las autoridades”. Fuentes, Carlos. *En esto creo*, Barcelona, Seix Barral, 2002, pp. 28 y ss.

53 “La educación no solo mejora los conocimientos políticos de las personas, sino que las hace más dispuestas a participar en procesos políticos tales como votar o presentarse como candidatos a unas elecciones, firmar peticiones y manifestarse.

Las personas con instrucción son más propensas a votar. Gracias a la educación se elevan los índices de votación en las elecciones democráticas (Nevitte y otros, 2009). Así sucede, en particular en los países de ingresos bajos y medianos. Los sondeos de opinión realizados en 36 países de África, América Latina y Asia mostraron que la probabilidad de ejercer el voto aumentaba con el nivel de educación” (Bratton y otros, 2010), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. *Informe de Seguimiento de la EPT, Enseñanza y Aprendizaje: lograr la calidad para todos*, Francia, 2014, p. 189.

centivos más poderosos para que los representantes gubernamentales respondan ante las personas-...

La constitución de un país, sus sistemas jurídico y político, y las actitudes de sus políticos, sus jueces y su policía no es todo lo que sostiene el respeto duradero de los derechos humanos. Dicho respeto halla sus más profundos cimientos en las actitudes de la gente, actitudes que también son moldeadas por el sistema educativo y la distribución del poder económico⁵⁴.

De igual forma, la promoción y la educación en derechos humanos en una democracia permite a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil asumir y fijar posiciones propias ante la información emanada de las instituciones públicas y de los medios de comunicación masiva, posibilitándole de esta manera los argumentos sólidos, fundamentados y necesarios para formar una opinión pública y para exigir la rendición de cuentas en materia de ejecuciones presupuestales, hacer seguimiento al cumplimiento de las políticas públicas y exigir el respeto por los derechos humanos, incluido el cuestionamiento y la evaluación crítica del derecho a la información.

A este respecto, Martha Nussbaum sostiene que

[c]ultivar la capacidad de reflexión y pensamiento crítico es fundamental para mantener a la democracia con vida y en estado de alerta. La facultad de pensar idóneamente sobre una gran variedad de culturas, grupos y naciones en el contexto de la economía global y de las numerosas interacciones entre grupos y países resulta esencial para que la democracia pueda afrontar de manera responsable los problemas que sufrimos hoy como integrantes de un mundo caracterizado por la interdependencia. Y la facultad de imaginar la experiencia del otro (capacidad que casi todos los seres humanos poseemos de alguna manera) debe enriquecerse y pulirse si queremos guardar alguna esperanza de sostener la dignidad de ciertas instituciones a pesar de

54 Pogge, Thomas. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona, Paidós, 2005, pp. 87 y ss.

las abundantes divisiones que contienen todas las sociedades modernas⁵⁵.

En el mismo sentido, el *Estudio Económico de América Latina y el Caribe*, adelantado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, ha especificado que

Además de los controles del presupuesto y de los gastos por parte del poder legislativo, los tribunales de cuentas o las contralorías, el control social ha de extenderse como instrumento de la participación de los ciudadanos en la formulación, fiscalización y seguimiento de las acciones de la administración pública, incluido el uso de subsidios y transferencias. El control social es un importante instrumento de prevención de la corrupción y fortalecimiento de la participación ciudadana en los asuntos fiscales. Las iniciativas en materia de transparencia — sobre todo de control social— en la región han seguido distintos ritmos y alcances, con un desarrollo aún muy incipiente⁵⁶.

Una vez establecida la importancia de la educación en el desarrollo de las personas, las sociedades y la democracia, debe señalarse que son diversos los instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen obligaciones para los Estados encaminadas a garantizar, respetar y proteger el derecho a la educación, así como a promover el contenido y alcance del mismo⁵⁷.

Cabe destacar el énfasis puesto en este tema por la Organización de las Naciones Unidas a través de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las*

55 Nussbaum, Martha. *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires, Kats Editores, 2010, p. 29.

56 CEPAL. *Estudio económico de América Latina y el Caribe. Tres décadas de crecimiento desigual e inestable*. Santiago de Chile, agosto de 2013, p. 174.

57 Tales como: Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 20, 23, 24, 28, 29, 32, 33; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 18; El *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, arts. 10 y 13; la Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial, arts. 5, 7; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 5, 10, 14, 16, entre otros instrumentos internacionales.

libertades fundamentales universalmente reconocidos⁵⁸ en la que se establece, entre otros aspectos, que

todos los miembros de la comunidad internacional deben cumplir, conjunta y separadamente, su obligación solemne de promover y fomentar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción alguna, en particular sin distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, y reafirmando la importancia particular de lograr la cooperación internacional para el cumplimiento de esta obligación, de conformidad con la Carta⁵⁹.

58 Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General, 8 de marzo de 1999 A/RES/53/144, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/53/625/Add.2).

59 En la citada Declaración se establece, de igual manera, los siguientes mandatos para los estados:

Art. 2. *Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional.*

Art. 6. *Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades. Toda persona tiene derecho, individualmente y con otras:*

a) *A conocer, recabar, obtener, recibir y poseer información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales, con inclusión del acceso a la información sobre los medios por los que se da efecto a tales derechos y libertades en los sistemas legislativo, judicial y administrativo internos;*

b) *Conforme a lo dispuesto en los instrumentos de derechos humanos y otros instrumentos internacionales aplicables, a publicar, impartir o difundir libremente a terceros opiniones, informaciones y conocimientos relativos a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;*

c) *A estudiar y debatir si esos derechos y libertades fundamentales se observan, tanto en la ley como en la práctica, y a formarse y mantener una opinión al respecto, así como a señalar a la atención del público esas cuestiones por conducto de esos medios y de otros medios adecuados.*

Art. 14. *Incumbe al Estado la responsabilidad de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole apropiadas para promover en todas las personas sometidas a su jurisdicción la comprensión de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.*

2. *Entre esas medidas figuran las siguientes:*

a) *La publicación y amplia disponibilidad de las leyes y reglamentos nacionales y de los instrumentos internacionales básicos de derechos humanos;*

b) *El pleno acceso en condiciones de igualdad a los documentos internacionales en la esfera de los derechos humanos, incluso los informes periódicos del Estado a los órganos establecidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que sea parte, así como las actas resumidas de los debates y los informes oficiales de esos órganos.*

3. *El Estado garantizará y apoyará, cuando corresponda, la creación y el desarrollo de otras instituciones nacionales independientes destinadas a la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todo el territorio sometido a su jurisdicción, como, por ejemplo, mediadores, comisiones de derechos humanos o cualquier otro tipo de instituciones nacionales.*

Art. 15. *Incumbe al Estado la responsabilidad de promover y facilitar la enseñanza de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todos los niveles de la educación, y de garantizar que los que tienen a su cargo la formación de abogados, funcionarios*

La educación en derechos humanos se puede entender, en palabras de Xésus R. Jares, como

(...) un proceso educativo continuo y permanente, asentado en el concepto amplio y procesual de derechos humanos como tal, ligada al desarrollo, la paz y la democracia-, y en la perspectiva positiva del conflicto, que pretende desarrollar la noción de una cultura de los derechos que tiene como finalidad la defensa de la dignidad humana, de la libertad, de la igualdad, de la solidaridad, de la justicia, de la democracia y de la paz. Como componente de la educación para la paz, la educación para los derechos humanos es una forma particular de educación en valores. En efecto, toda educación lleva consigo, consciente o inconscientemente, la transmisión de un determinado código de valores. Educar para los derechos humanos supone educar desde y para unos determinados valores, tales como la justicia, la cooperación, la solidaridad, el compromiso, la autonomía personal y colectiva, el respeto, etc., al mismo tiempo que se cuestionan aquellos que les son antitéticos, como son la discriminación, la intolerancia, el etnocentrismo, la violencia ciega, la indiferencia e insolidaridad, el conformismo, etc.⁶⁰

Por otro lado, esa promoción de los derechos debe tener en cuenta los requerimientos específicos de los sectores a los que se dirige, incorporando, por ejemplo, rutas de atención para migrantes, desplazados internos, minorías étnicas, mujeres víctimas de violencias, personas en condición de discapacidad.

La promoción de los derechos humanos, además de su contenido y alcance, debe ir acompañada de una presentación de los mecanismos de protección

encargados del cumplimiento de la ley, personal de las fuerzas armadas y funcionarios públicos incluyan en sus programas de formación elementos apropiados de la enseñanza de los derechos humanos.

Art. 16. *Los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones pertinentes tienen la importante misión de contribuir a sensibilizar al público sobre las cuestiones relativas a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante actividades de enseñanza, capacitación e investigación en esas esferas con el objeto de fortalecer, entre otras cosas, la comprensión, la tolerancia, la paz y las relaciones de amistad entre las naciones y entre todos los grupos raciales y religiosos, teniendo en cuenta las diferentes mentalidades de las sociedades y comunidades en las que llevan a cabo sus actividades.*

60 Jares, Xésus. *Educación y derechos humanos. Estrategias didácticas y organizativas*. Bogotá, Editorial Popular, p. 81. Citado en: *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos*, PLANEDH, Bogotá, Colombia, 2009, p. 71

y de las instituciones establecidas en el país como órganos de protección de tales derechos.

Una enseñanza de los derechos humanos debe incluir, así mismo, materiales didácticos apropiados que integren a los participantes en un proceso de aprendizaje participativo y democrático ya que estos constituyen elementos educativos de vital importancia.

Las publicaciones periódicas de las instituciones nacionales de derechos humanos pueden formar parte de los currículos escolares y deben tener como destinatarios a los diferentes sectores de la sociedad sin exclusiones de ningún tipo: minorías étnicas, migrantes, mujeres, jóvenes, niños, ancianos, integrantes de grupos LGTBI, personas en condición de discapacidad, a quienes debe llegar, de manera ampliada, la promoción y divulgación de los derechos humanos en todas sus dimensiones⁶¹.

En la práctica, la promoción y divulgación de los derechos humanos en la actualidad debe acudir, en cuanto sea posible, a las nuevas tecnologías a través de la enseñanza virtual, la que permite acceder a amplios sectores de la sociedad, incluidos aquellos que habitan en lugares alejados de los centros urbanos. Para estos propósitos, adquieren suma importancia los medios alternativos de comunicación. En América Latina, por ejemplo, debería dár-

61 En cuanto a las pedagogías, las metodologías o los materiales didácticos, la pedagoga brasileña Susana Beatriz Sacavino ha señalado que:

La composición del currículo escolar, tiene plena relación con la pedagogía intercultural en el aspecto de la selección de los conocimientos y saberes vehiculados. Los currículos se organizan a partir del paradigma de conocimientos eurocéntricos considerado como el saber universal, válido y monocultural. En ese sentido es importante preguntarse y cuestionar los criterios que orientan la selección de contenidos y deconstruir las visiones monoculturales para abrirse al diálogo entre los diferentes conocimientos, saberes y culturas para dar lugar también a las producciones de los considerados otros, diferentes y naturalmente siempre silenciados e invisibilizados. Promover una pedagogía antidiscriminatoria que transforme esa realidad exige la promoción de estrategias que visibilicen las contribuciones, las producciones, las historias, la existencia y las culturas de los grupos excluidos ampliando el horizonte de significados y reconocimientos.

Otro aspecto relacionado con los anteriores dentro de este enfoque es desarrollar la sensibilidad crítica con el universo semántico utilizado. Hay muchas expresiones llenas de prejuicios, que refuerzan los estereotipos y son altamente discriminadoras incorporadas en el lenguaje habitual cotidiano, ya sea en relación con las cuestiones raciales, de género, de opción sexual, religiosas, en relación a personas con necesidades especiales, a los extranjeros o con cualquier otra diferencia que alguien presente.

El material didáctico es otra fuente productora de invisibilización y discriminación que debe también ser analizado críticamente desde la óptica de la educación en derechos humanos que rompa con la producción de jerarquías y desigualdades. Es importante tomar conciencia del tipo de contenidos, imágenes, valores, informaciones que son valorizadas y destacadas y cuales son silenciadas e invisibilizadas. Es muy frecuente encontrar materiales didácticos que refuerzan las visiones dominantes y los prejuicios en relación a las cuestiones étnicas, de género, de opción sexual, religiosas, de clase social, etc. Esta invisibilización, que se transforma en una discriminación contribuye para reforzar la formación de una autoestima negativa e inferiorizada de esos sujetos sociales. Sacavino, Susana. "Educación en derechos humanos: pedagogías desde el Sur", en *Educación en derechos humanos: pedagogías desde el Sur* / Susana Beatriz Sacavino (org). — Río de Janeiro: Novamérica, 2013, pp. 66 y ss.

sele la connotación que ameritan las emisoras o televisoras comunitarias, las cuales han demostrado que prestan invaluable servicios a las comunidades más remotas, y se constituyen en poderosas alternativas de educación y promoción de los derechos humanos con un impacto social hasta ahora no apreciado en toda su comprensión.

En torno al tema de las tecnologías, algunos académicos han señalado que

Es evidente que las tecnologías de la información y la comunicación juegan un papel clave en este proceso: permiten flexibilizar el proceso educativo, enriquecen la dimensión comunicativa y mejoran los recursos de aprendizaje más adecuados para cada materia concreta. En particular, en la formación en línea, la tecnología permite crear conocimiento a través de la interacción entre estudiantes y profesorado, y también, transformar las estrategias docentes basadas en la adquisición de conocimientos mediante recursos interactivos⁶².

En este orden de cosas ¿qué tareas corresponde profundizar o emprender a los *Ombudsman* en el ejercicio de su función de promoción de los derechos fundamentales?

Con el objeto de dar una respuesta al interrogante planteado, es necesario recordar que las instituciones nacionales de derechos humanos, también identificadas como Defensor del Pueblo, Defensoría del Pueblo, Comisión de Derechos Humanos, Procurador de Derechos Humanos, etc., forman parte de las estructuras estatales de la mayoría de países de la región y constituyen un factor institucional primordial para el fortalecimiento, la protección y promoción de los derechos humanos. Estas instituciones, que también podrían catalogarse como “de control público”, contribuyen a garantizar el cumplimiento de los deberes y obligaciones contraídos por los Estados a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos integrados a sus ordenamientos internos, al tiempo que ejercen vigilancia y control sobre los agentes del Estado y despliegan eventualmente la posibilidad de denuncia de todas aquellas acciones u omisiones que vulneren o amenacen vulnerar los derechos fundamentales.

62 Teresa Sancho, y Federico Borges. “El aprendizaje en un entorno virtual y su protagonista, el estudiante virtual”, en *Evolución y retos de la educación virtual*, Barcelona, Begoña Gros Salvat, 2011, p. 33.

En este sentido, y teniendo en cuenta que gran parte de la tarea que corresponde a las institucionales de protección de los derechos humanos es la prevención de sus vulneraciones, así como el diseño de una cultura de su respeto, se torna necesaria, por no decir imperiosa, la permanente labor del Defensor del Pueblo u *Ombudsman* en la enseñanza y educación de los derechos humanos, como una forma específica de ejercer sus funciones. Son ricas y variadas las experiencias adquiridas por estas instituciones a lo largo de los últimos años en torno al tema de la promoción y la divulgación de los derechos humanos⁶³.

Esta labor debe iniciarse en los establecimientos educativos de base (pre-escolar, primaria, ciclo básico de educación secundaria, etc.), para luego continuar con los procesos de fortalecimiento en las fases finales de la educación media, la universitaria y post universitaria, al tiempo que se diseñan e incorporan los programas de capacitación destinados a los funcionarios públicos, las organizaciones sociales, la fuerza pública, personal encargado de los establecimientos carcelarios, etc., sin perder de vista que el derecho a la educación, incluida la educación específica en derechos humanos, debe estar acompañado, para efectos de su ejercicio y disfrute, de unas condiciones básicas de vida digna, tal como se señalaba más arriba.

El conocimiento y empoderamiento de los derechos humanos fundamentales puede definirse, desde la perspectiva ética de Habërle, como una forma de “autodeterminación informativa (...) lo cual se comprende en un sentido amplio, que incluye la relación de condiciones y posibilidades jurídicas y

63 Por ejemplo en Guatemala, primera Constitución que reconoce la institución del *Ombudsman*, con la suprema atribución de procurar la vigilancia de los derechos humanos, con el nombre de Procurador de los Derechos Humanos, en la Ley de Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de Derechos Humanos, Decreto Ley 32-87 de mayo de 1987, se fijan “...atribuciones que se refieren a programas de promoción y enseñanza de los derechos humanos, con especial interés en investigaciones, campañas de divulgación y publicaciones; relación con instituciones, dedicadas a la misma actividad; participación en eventos internacionales; divulgación del informe anual...”, García Laguardia, Jorge. *Derechos humanos y democracia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 47- 48.

En ese sentido, “*El procurador de los derechos humanos elaboró manuales de calificación de violaciones a los derechos humanos, estos están comprendidos en una colección de tres volúmenes que contienen los diversos tipos de violación a los derechos humanos, una definición técnica y las normas contenidas en los instrumentos internacionales y de la legislación vigente del país, en las cuales se sustenta la garantía de los mismos*”. Véase el Anexo: *Sondeo de Opinión* realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia. Respuesta No. 3 del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala.

De igual manera, el Defensor del Pueblo de Bolivia ha desarrollado como “*Uno de los ejes del trabajo en educación en derechos humanos el referido a las poblaciones indígenas del país. En esta área se han desarrollado cursos y eventos de capacitación en universidades indígenas en el marco del acuerdo interinstitucional suscrito en 2012 y 2013*”. Véase el Anexo: *Sondeo de Opinión* realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia. Respuesta No. 3 del Defensor del Pueblo de Bolivia.

sociales, en un intercambio intercultural, que tiene a su vez una aspiración universal”⁶⁴.

Siendo así, y teniendo en cuenta la misión de las instituciones nacionales de derechos humanos en torno a su promoción y divulgación, se puede concluir, en palabras de la investigadora Ligia Galvis, que “La función del Defensor del Pueblo se convierte, en un proceso pedagógico que orienta, sugiere y recomienda acciones de mejoramiento y respeto de los derechos basado en el conocimiento riguroso de la realidad apoyado en la confianza, credibilidad y justicia que rodean a su persona”⁶⁵.

Debe insistirse que en el contexto de la promoción y la divulgación de derechos humanos, es necesaria una viva interacción entre los centros de educación, incluida la educación superior y las instituciones nacionales de derechos humanos; interacción que debe ser vista desde una doble perspectiva: por una parte, como espacio de estudio, investigación y discusión acerca de la misión, funciones y naturaleza jurídica e institucional de esta figura en el fuero interno del Estado y, de otra parte, como auxiliar experta e independiente para asesorar, instruir y orientar al *Ombudsman* en aquellas investigaciones sobre temas y problemas que excedan sus posibilidades.

En cuanto a los centros superiores de educación, las posibles estrategias para alcanzar esos objetivos se deben desarrollar en la doble vía de la creación de cátedras que se integren obligatoria u optativamente en las áreas de

64 Habèrle, Peter. “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Fernández Segado, Francisco. (Coordinador) Madrid, Dykinson, pp. 211 y ss.

65 La mayoría de las instituciones defensoras de derechos humanos tienen la función de la educación para los derechos humanos. “Esta función es importante para la consolidación de la cultura de los derechos humanos en la sociedad civil y para orientar la gestión pública con un enfoque de derechos. En las instituciones que orientan el paradigma de los derechos, la magistratura moral se entiende también como un proceso pedagógico. Ni en los principios de París ni en la definición interna de las instituciones apreciamos este énfasis de generación de cultura de los derechos humanos en el conjunto de las instituciones y entidades del Estado. Sin embargo, del análisis de las funciones de estas instituciones se desprende este carácter, pues los defensores del pueblo y los *Ombudsman* tienen la facultad de presentar sugerencias, recomendaciones y propuestas de reformas legislativas para incrementar la orientación del Estado en el cumplimiento de las obligaciones, como garante de los derechos humanos en sus respectivos territorios. En su calidad de guardianes de la gestión pública sin capacidad de sanción, las instituciones nacionales de derechos humanos y defensoras del pueblo, tiene que apoyarse en la pedagogía para consolidar los fundamentos éticos y filosóficos de la magistratura moral”. Galviz Ortiz, Ligia. *La magistratura moral y el paradigma de los derechos autoridad sin sanción*. Proyecto de Fortalecimiento del Estado de Derecho, FortalEsDer, GIZ, Cooperación República de Colombia, República Federal de Alemania, Defensoría del Pueblo Colombia, 2010, pp. 44-45.

las humanidades, las ciencias sociales y el derecho y en la creación de cátedras libres en las que se realicen investigaciones teóricas y prácticas sobre el cumplimiento, por parte del Estado, de las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos, con los consecuentes debates sobre el tema y el ejercicio de la magistratura moral. En este punto, pueden establecerse convenios de colaboración, con objetivos precisos que asignen al Defensor del Pueblo la responsabilidad de promover en los claustros universitarios una perspectiva de derechos humanos a su saber y a su aprendizaje y que comprometan a la vez a los centros educativos a incorporar sus posibilidades de investigación para fortalecer una auténtica cultura de los derechos humanos.

En síntesis -y en los términos del *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos, PLANEDH*, Bogotá, se puede afirmar que educar en derechos humanos tendrá como fin la formación de sujetos autónomos y libres, capaces de construir conocimiento y realizar acciones de transformación desde su propia historia. Así como promover una cultura de los derechos humanos basada en relaciones equitativas e incluyentes y que involucre el diseño de ambientes y relaciones educativas democráticas...⁶⁶.

Finalmente, debe señalarse que las instituciones de derechos humanos tienen la tarea prioritaria de incidir para que las políticas públicas del Estado en educación incorporen, además de mecanismos dirigidos a obtener óptimos niveles de orden técnico, científico, social y ético, claros estándares que tengan como punto de partida, y a su vez como fin último, al ser humano en todas sus dimensiones, estándares que, por otro lado, deberán estar sujetos a la labor de vigilancia de las instituciones de control.

Una de las formas de desplegar la promoción y divulgación de los derechos humanos por parte de las instituciones de derechos humanos, se hace a través de los llamados planes de educación en derechos humanos⁶⁷, proyectos estatales que buscan incluir en las políticas públicas, la educación en derechos humanos y democracia. Esos planes no pueden construirse ni

66 *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos PLANEDH*, Bogotá, Colombia, 2009, p. 79.

67 En Colombia, por ejemplo, se creó el llamado *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos PLANEDH*, Bogotá, Colombia, 2009.

ponerse en marcha si no se cuenta con la participación de las autoridades gubernamentales, los sectores sociales, la comunidad científica, los colegios de profesionales, profesores, estudiantes, universidades, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de padres de familia, etc. y, por tratarse de un tema de su interés directo, de las instituciones nacionales de derechos humanos.

Para concluir debe reiterarse que la educación constituye la gran posibilidad que tienen los pueblos para resolver, de manera civilizada, los desacuerdos sin acudir a la destrucción o a la negación del otro. La educación es la mejor alternativa que tienen las sociedades para superar la pobreza, la intolerancia o la discriminación y para generar confianza, participación razonada e informada, proyectos comunes dentro del disenso y del respeto por las minorías, expansión de la democracia no solo a los ámbitos de lo público sino también en la toma de decisiones en los ámbitos privados con miras a excluir la violencia como mecanismo errado de superación de los conflictos.

6. Hacia un mundo más justo y sostenible: la garantía efectiva de los derechos económicos sociales, culturales y del medio ambiente

Desde hace varias décadas los denominados derechos económicos, sociales y culturales, y los del medio ambiente, DESCAs, han venido incorporándose al lenguaje y a la práctica de los derechos humanos y, tal como se ha propuesto en el enfoque integral de este capítulo, se han venido incorporado a las políticas públicas en condiciones de igualdad y equivalencia a los derechos civiles y políticos.

Esto se debe a que la humanidad ha comprendido que en nuestros días ningún catálogo sistemático de derechos podría prescindir de los DESCAs. Todos los derechos que formen parte en un compendio garantista poseen características similares en cuanto a su equivalencia, interdependencia, valor, indivisibilidad, integralidad y no regresividad.

El proceso de reconocimiento de los DESCAs, que se puede nombrar en los términos de Pisarello como un proceso de “reconstrucción” de los derechos⁶⁸, pone a los Estados y a las sociedades contemporáneas frente a muchas oportunidades y, además, frente a varios problemas prácticos que, a su vez, demandan inexcusables respuestas y compromisos como los relacionados con su justiciabilidad y exigibilidad y, en los términos que se tratan en el capítulo cuarto de este trabajo, en la puesta en práctica de políticas públicas que demandan una perspectiva de derechos humanos en su formulación, ejecución y evaluación.

Se trata, pues, de un asunto de voluntad política y de provisión de recursos humanos, jurídicos y económicos que está directamente relacionado con la garantía integral de los derechos humanos y que, en consecuencia, debe oponerse al tratamiento que los DESCAs han padecido por ciertas escuelas de pensamiento que los proponen como una categoría de derechos de “segunda generación”, “programáticos”, “no aplicables de manera inmediata”, que ha traído como consecuencia la subvaloración teórica y práctica de su significado, alcance e importancia.

No obstante, y de acuerdo con las reflexiones de Pisarello, Abramovich y Courtis, el argumento de la consolidación del desarrollo económico como justificación para aplazar el cumplimiento de los deberes del Estado en relación con los DESCAs, no es admisible porque también los derechos civiles y políticos deben estar provistos para su aplicación de los suficientes aportes de trabajo humano, y de recursos institucionales y económicos. En consecuencia, se suscita una cuestión ¿por qué razón los derechos económicos y sociales no gozan en la práctica del reconocimiento, las garantías y la justiciabilidad propios de todo derecho?⁶⁹

68 El término es usado por Gerardo Pisarello y acompaña el título de uno de sus textos relacionados con el tema: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007.

69 A propósito de la débil argumentación que sostiene la diferenciación de los derechos en categorías más o menos privilegiadas para su reconocimiento y desarrollo por la ausencia de recursos y la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos cfr. a Víctor Abramovich y Christian Courtis, especialmente su texto: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, con prólogo de Luigi Ferrajoli. Madrid, Trotta, 2002. En igual sentido, y de los mismos autores, se pueden consultar: *El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, 2006 y Pisarello Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

El discurso histórico de los derechos humanos, en efecto, suele ubicar a las libertades y los derechos civiles en un nivel de superioridad frente al resto de derechos. Independientemente de discutibles clasificaciones, no siempre coherentes con la verdad⁷⁰ y que insisten en establecer barreras temporales en torno a la discusión y reconocimiento de los derechos económicos y sociales frente a las llamadas libertades, hoy todos los derechos humanos ocupan la misma jerarquía y tienen la misma importancia desde cualquiera de los ámbitos y perspectivas de análisis, afirmación que se respalda aún más con la *Declaración y Programa de Acción de Viena* y el posterior desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

La propia revolución francesa, hito histórico que transformó de manera definitiva el modelo de organización estatal, rompe el régimen monárquico autoritario, permite el surgimiento del Estado constitucional moderno, establece controles dentro de la propia estructura del Estado a través de sistemas de pesos y contrapesos, y culmina incorporando más adelante un catálogo de derechos en la constituciones políticas, además de la libertad y la igualdad. Pero más allá de la idea que los revolucionarios del siglo XVIII tuvieran de esos conceptos, se abrió paso también al postulado de *la fraternidad*, que representaba, quiérase o no, el fundamento del reconocimiento y la exigencia de los derechos económicos y sociales del Estado social de derecho.

En otras palabras, cuando se habla de DESCAs se habla de derechos humanos en general, de su reconocimiento en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna y de las posibilidades de exigencia en cabeza de todas las personas a través de mecanismos idóneos establecidos para tal fin. Así

70 Robespierre, por ejemplo, hacia 1793 presentó ante la Convención Nacional de la Francia revolucionaria un proyecto de declaración de derechos para ser incluidos en la Constitución francesa de ese año que impusiera severos límites al derecho de propiedad, tuviera como referente el principio de la solidaridad y se recogieran derechos de orden económico, por ejemplo:

Art. 10: *La sociedad está obligada a garantizar la subsistencia de todos sus miembros, sea procurándoles trabajo, sea asegurándoles los medios de existencia a los que no están en condiciones de trabajar.*

Art. 11: *El socorro indispensable al que carece de lo necesario es una deuda de quien posee lo superfluo; pertenece a la ley determinar el modo en que esa deuda debe ser satisfecha.*

Art. 12: *Los ciudadanos cuyas necesidades no exceden de lo que es necesario para su subsistencia están dispensados de contribuir a los gastos públicos. Los demás deben soportarlos de manera progresiva, según la magnitud de su fortuna.*

Art. 13: *La sociedad debe fomentar con todo su poder los progresos de la razón pública y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos.* El documento completo puede consultarse en la página web:

http://www.g80.cl/documentos/docs/Sobre_la_propiedad.pdf

lo establece el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*⁷¹ (*en adelante PIDESC*) y así se ha entendido el problema desde los años 90, cuando se realizó la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos⁷², que aprobó la Declaración y el Programa de Acción de Viena la cual manifestó de manera categórica, que:

... Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales⁷³.

Ahora bien, se puede señalar que una de las mayores dificultades que impiden el logro de los compromisos estatales emanados del reconocimiento positivo de los DESCAs y que, por lo tanto, niega su fundamentalidad, sus garantías y amparo por la vía judicial, radica en la insuficiencia o ausencia de recursos económicos, especialmente de un buen grupo de países ubicados en las llamadas regiones del “tercer mundo”, por otro lado, el mismo *Pacto Intenacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, PIDESC*, incorpora los términos de “progresividad” y de “máximo de recursos” en los siguientes términos: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

71 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Por otro lado, en el ámbito regional se aprobó, en 1988, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, y entró en vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

72 Celebrada en la ciudad de Viena, 14 al 25 de junio de 1993.

73 *Declaración y el Programa de Acción de Viena*. Punto 5.

Aunado a los diversos argumentos esgrimidos de manera permanente por quienes deben tomar las decisiones -bajos niveles de desarrollo, ausencia de recursos, etc.-, la ausencia de mecanismos eficaces de exigibilidad han servido como pretextos irrazonables para aplazar el cumplimiento de los deberes y compromisos de los Estados frente a los derechos económicos y sociales.

No obstante, frente a esos falsos dilemas, las denominadas *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* señalan que: “En muchos casos, la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de los recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, de conformidad con los Principios de Limburgo 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales”⁷⁴.

Siguiendo esta línea que consagra la integralidad de los derechos, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha venido reiterando que “Todos los tratados de derechos humanos cuentan con disposiciones de importancia directa para los derechos económicos, sociales y culturales. Incluso en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en otros tratados que en principio tratan exclusivamente de los derechos civiles y políticos, al reconocer derechos como el derecho a la vida, la igualdad de protección ante la ley y la libertad de asociación, reconocen indirectamente componentes de derechos económicos, sociales y culturales...” para concluir, así mismo, que “La clasificación de los derechos en estos dos grupos tradicionales está quedando cada vez más desprovista de significado pues

74 Directriz 10. Es de anotar que estas directrices “(...) reflejan la evolución del derecho internacional desde 1986, útil para todos los que se preocupan por evaluar y definir las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales y por hallar contramedidas adecuadas, en particular, gracias a los órganos de vigilancia y enjuiciamiento en el plano nacional, regional e internacional”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997. Maastricht, Países Bajos. Véase el 24° período de sesiones Ginebra, 13 de noviembre a 1° de diciembre de 2000. *Tema 3 del programa provisional*. E/C.12/2000/13 2 de octubre de 2000. Introducción y Párr. 10 Documento disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/ed4316d20459fba3c125699700510241/\\$FILE/G0044707.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/ed4316d20459fba3c125699700510241/$FILE/G0044707.pdf)

es producto de un enfoque erróneo de la interpretación de la normativa de derechos humanos y de las violaciones de los derechos humanos...”⁷⁵

En otras palabras, los DESCAs deben estar provistos de mecanismos idóneos que permitan su garantía en favor de todas las personas y, en este sentido, el Estado debe proveer, tal como lo señala el PIDESC, hasta el *máximo de recursos disponibles*. No se trata, pues, de convocar expresiones voluntaristas y esporádicas de solidaridad social, sino de una efectiva protección de esos derechos mediante la formulación, ejecución y seguimiento de políticas públicas que propicien la disminución de las desigualdades, el fin de las exclusiones sociales o el uso moderado y la preservación de los recursos naturales como patrimonio de todos los seres humanos.

Y en este proceso de reconocimiento y garantía de los DESCAs el *Ombudsman* juega un papel esencial. En primer lugar, porque en ejercicio de su magistratura moral debe suscitar diálogos sociales amplios cuyos aprendizajes se transformen en una opinión pública informada y empoderada para exigir transparencia, eficiencia y efectividad de la administración pública y, sobre esas bases, para proponer políticas públicas que, como se estudia en el capítulo cuarto, deben ser apropiadas en términos científicos y deben estar legitimadas por la participación ciudadana. En segundo lugar, porque una doctrina defensorial aceptable debe dirigirse a la protección integral de los derechos humanos y, en este sentido, a humanizar el desarrollo, y este proceso solo es posible, como lo propone Amartya Sen en el texto que se ha considerado en la Introducción de este trabajo, en contextos sociales de libertad y de expansión de las oportunidades porque su realización exige la eliminación de las principales fuentes de privación de libertad⁷⁶.

Por otro lado, el reconocer que los derechos humanos deben interpretarse con criterios de integralidad, igualdad e interdependencia significa que deben estar provistos de mecanismos para la protección judicial, de amparo o

75 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Serie de Capacitación Profesional No.12 Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004. Pie de página, pp. 4 y ss.

Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

76. En efecto, el premio Nobel de ciencia económica de 1998 sostiene que el desarrollo no puede seguir definiéndose como un proceso de producción dirigido a generar riqueza, sino como la relación que existe entre libertad y desarrollo, esto es, como un proceso más amplio que abarca aspectos económicos, políticos y sociales de manera integral. Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad* [Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharía], Bogotá, Planeta, 2000, pp. 74 y ss; y pp. 169 y ss.

similares, cuando el acceso o el goce pleno se vea vulnerado o amenazado por acciones u omisiones del Estado, o eventualmente por aquellas que provienen de los particulares. De acuerdo con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH:

... si la exigibilidad pretende la realización de un derecho, la justiciabilidad busca que tal realización se haga por la vía de su reclamación ante instancias que administran justicia. En el fondo, se trata de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante las herramientas que puede ofrecer la justicia distributiva. La justiciabilidad supone, por tanto, una pretensión formulada por un reclamo en contra de un sujeto obligado por el derecho y al mismo tiempo un ente decisor que, satisfechas determinadas circunstancias, resuelve la controversia⁷⁷.

Los DESCAs deben considerarse logros democráticos cuyos contenidos sociales no pueden desconocerse. En efecto, como lo ha sostenido el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuando el PIDESC establece la progresividad utilizando la fórmula de su artículo 2.1 -“(...) lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”- se debe entender que se ha establecido el principio de no regresividad, esto es, que no son susceptibles de desmejoras.

Los Estados no deben permitir que empeore el sistema existente de protección de los derechos económicos, sociales y culturales a menos que esté muy justificada la adopción de una medida regresiva. Por ejemplo, el establecimiento de derechos de matrícula en la enseñanza secundaria, que anteriormente era

⁷⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José, C.R. IIDH, 2009, p. 85. En cuanto a su justiciabilidad ante el Sistema Interamericano, el IIDH, ha resaltado que: “hay un argumento especialmente estratégico para que la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se haga mediante un método adversarial y no sobre la base de justicia conmutativa, y es precisamente porque en el ámbito de los derechos humanos se está en presencia de obligaciones *erga omnes*, y no de obligaciones *inter partes*, lo que demuestra la existencia de un orden público internacional que por antonomasia no es tangible de transacción entre las partes que erigen una disputa ni de los destinatarios de las normas que lo delimitan. Hay un interés que trasciende de la víctima, y que busca la restauración del derecho objetivo violentado amén de la reparación del daño sufrido por esta, que se traduce en varias normas del sistema de garantía internacional que confecciona la Convención Americana”, p. 89.

gratuita, constituiría una medida deliberadamente regresiva. Para justificarla, el Estado tendría que demostrar que la adoptó solo después de haber examinado detenidamente todas las posibilidades, evaluado los efectos y utilizado plenamente sus recursos, hasta el máximo disponible⁷⁸.

Para un cabal entendimiento del alcance de los derechos contenidos en el PIDESC, el Comité de ese Pacto ha venido emitiendo una serie de *Observaciones generales* encaminadas a determinar el alcance de diversos derechos económicos, sociales y culturales⁷⁹ que, al igual que las emitidas por el Comité del Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos, deben servir como componente sustancial y permanente de las intervenciones, la protección o los procesos de promoción y divulgación emprendidos por las instituciones nacionales de derechos humanos.

En fin, el Comité de los DESC aprobó la *Observación general No. 10* sobre la función de los *Ombudsman* y, en general, de las instituciones nacionales de derechos humanos, en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de la cual se hará referencia a continuación.

7. Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos sociales y culturales

Planteados los elementos que permiten entender la integralidad, la interdependencia, la igualdad y la indivisibilidad de todos los derechos humanos y, en virtud de ello, el deber de garantía y justiciabilidad por parte de las autoridades estatales, es menester abordar la cuestión acerca de cómo los

78 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, Folleto informativo N° 33 (s.f.), p. 21. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf>

79 Tales como *Observación general N° 4* sobre el derecho a una vivienda adecuada, *Observación general N° 9* acerca de la aplicación interna del Pacto y el deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno, N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, N° 12. El derecho a una alimentación adecuada, N° 19. El derecho a la seguridad social, etc. Hasta la fecha se han hecho 21 observaciones generales relacionadas con diversos derechos de orden económico y social. Una recopilación de todas las *Observaciones* puede encontrarse en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html>

Ombudsman pueden orientar parte de su labor misional en la promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y del medio ambiente.

Para esta labor, como se propuso arriba, el *Ombudsman* debe propiciar un saber social que rompa los viejos paradigmas sobre las jerarquías entre derechos y, fundado en los principios de integralidad, interdependencia, igualdad e indivisibilidad de todos los derechos humanos, exija acciones positivas de parte de las autoridades estatales para garantizarlos frente a quien tenga una posición de dominio ante el resto de la sociedad y en beneficio de las personas que se encuentran en determinadas circunstancias de indefensión o subordinación.

En el trabajo de campo que se realizó en esta investigación, la Defensoría del Pueblo de Ecuador afirmó que:

(...) interviene cuando la afectación o violación provoca daño grave, en el evento en que el sector inmobiliario privado realiza acciones que violentan el derecho a la vivienda y derechos conexos como los servicios mínimos que la vivienda debe tener; o cuando los medios de comunicación difunden o permiten la difusión de mensajes discriminatorios, violentos o que atenten contra la dignidad humana; así mismo cuando el actor privado presta servicios de agua, luz, telefonía, entre otras, y sus acciones u omisiones afectan a amplios sectores de la ciudadanía; pero también cuando las personas o actores privados someten o abusan de relaciones de subordinación, indefensión o discriminación contra personas, colectivos o pueblos⁸⁰.

En similares términos el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador insiste en que:

Con relación a las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares, la PDDH ha aceptado la posibilidad de investigarlas en aquellos casos en los que el particular actúa

con poder real, con aquiescencia del Estado o cuando este ha incumplido con su deber de garantía, cuando se trate de sujetos colectivos plurales, tales como organizaciones y asociaciones, y cuando la afectación a derechos humanos sea de naturaleza colectiva o de trascendencia nacional⁸¹.

El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala sostiene, por su parte, que ha vigilado y supervisado el actuar de los particulares en los siguientes casos:

...en contra de la venta de información personal realizada por empresas privadas, lo cual ha afectado el derecho a la intimidad, al trabajo y a la dignidad de las personas al comercializar sus datos personales, sin previa autorización de los afectados (... y en los) colegios privados por la función pública que realizan recomendando al Ministerio de Educación que promueva los cambios de disposiciones que afectan a la población estudiantil, por ejemplo: en 2013 la institución del Procurador de los Derechos Humanos recibió denuncias por discriminación a estudiantes adolescentes embarazadas, que fueron expulsadas o separadas de colegios privados por la falta de una política del Ministerio de Educación y por disposiciones internas de dichos establecimiento para garantizar el derecho de estudiantes⁸².

La tarea que atañe a las instituciones de protección de los derechos humanos frente a los DESCAs es en extremo compleja. Se observa que gran parte de la problemática que padecen las sociedades contemporáneas en el mundo entero -incluidos los países de América Latina y, desde hace algunos años países europeos entre los que se encuentran España, Portugal o Grecia-, está generada por un declive de lo público y de la democracia, ámbitos en los que transcurre el actuar de los *Ombudsman*, que se manifiesta con un proceso de regresividad de los derechos humanos, propiciado por las sucesivas crisis económicas y auspiciado por las ideas neoliberales que campean

81 Puede verse, *Sondeo de Opinión realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia*. Respuesta No. 4 del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala.

82 *Ibid.*

en ese contexto crítico que han dejado a millones de personas excluidas de la seguridad social y en situación de pobreza o de desempleo.

Frente a este panorama, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha establecido la existencia de factores que dificultan o eventualmente impiden la comprensión, interpretación y garantía de los DESC. Dentro de tales factores podrían enumerarse, entre otros: “La capacidad institucional, la disponibilidad de recursos financieros y de personal o la carga de trabajo que esas tareas puedan generar”⁸³.

En efecto, tal como se estudió en la introducción de este trabajo, los cambiantes y complejos procesos sociales que la sociedad humana está viviendo desde finales del siglo XX, impulsados por las dinámicas de la *globalización*, esto es, por el desarrollo tecnológico, la intensificación de las comunicaciones, la internacionalización de los derechos humanos, la consolidación de la economía de mercado, se ha suscitado lo que ya se anunció en la citada introducción de este trabajo, esto es, una erosión de las capacidades del Estado que se manifiesta de diversas maneras: como lo afirma Saskia Sassen, en una captura de sus funciones legislativas en favor de intereses privados⁸⁴; como lo demuestra Stiglitz, en un incremento inusitado de la riqueza y, al mismo tiempo, de los indicadores de pobreza y desigualdad⁸⁵ y, como lo aduce Krugman, en la imposición de unos específicos paradigmas de la economía -la *austeridad* o *sostenibilidad fiscal*- que conducen a una drástica reducción del gasto público que afecta, de manera especial, las políticas públicas de orden social⁸⁶. Luigi Ferrajoli abunda en esta crítica para sostener que se puede constatar la existencia de un proceso sistemático que podría denominarse “des-constituyente” y que va dando paso a una subordinación de los intereses públicos en favor de los intereses privados⁸⁷.

83 Cfr. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Serie de Capacitación Profesional* N.º 12. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. Nueva York y Ginebra, 2004. Pie de página, p. 42.

Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

84 Sassen. Saskia. “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en: Teubner, Gunther; Sassen. Saskia; Krasner, Stephen. *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010, pp. 23 y ss.

85 Stiglitz, Joseph. *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*, Nueva York, Norton & Company Inc., 2012, pp. 101 y ss, pp. 173 y ss y pp. 247 y ss.

86 Krugman, Paul. *End This Depression Now*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

87 Luigi Ferrajoli abunda en esta crítica para sostener que el modelo de desarrollo excluyente y desigual de nuestros días se debe a la hegemonía de las ideas neoliberales pero, además, a una aquiescencia pasiva de los individuos que

Se puede afirmar, pues, que hay un proceso de desmonte del Estado social de derecho que contrasta, en una paradoja, con la necesidad de un Estado fuerte para cuidar el *interés general*, para generar los *bienes públicos sociales* que justificaron su origen y para generar o propiciar *bienes públicos* que se hacen necesarios en los nuevos contextos sociales. Y es en este contexto paradójico que el *Ombudsman*, como una institución estatal amenazada por las ideas hegemónicas que imponen la austeridad, debe actuar como lo establece la *Observación general No. 10* adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sentido de promover la consolidación de este grupo de derechos: “(...) las instituciones nacionales -dice la *Observación* aludida- desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de tales derechos”⁸⁸ y, más adelante, agrega que el *Ombudsman* puede desplegar una serie de actividades con miras a la protección de los llamados DESC, entre las que se encuentran:

- a. El fomento de programas de educación e información destinados a mejorar el conocimiento y la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto entre la población en general como en determinados grupos, por ejemplo en la administración pública, el poder judicial, el sector privado y el movimiento laboral;
- b. El minucioso examen de las leyes y las disposiciones administrativas vigentes, así como de los proyectos de ley y otras propuestas, para cerciorarse de que son compatibles con los requisitos estipulados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- c. La prestación de asesoramiento técnico o la realización de estudios en relación con los derechos económicos, sociales

permite desmontar los consensos que habían permitido fortalecer la democracia y garantizar los derechos. Como consecuencia, lo que se observa es una pérdida de tolerancia frente al pluralismo, un debilitamiento del principio de separación de los poderes, un declive de la oposición parlamentaria y la libertad de prensa y, en fin, una erosión de las facultades del Estado para intervenir en la economía en favor de los derechos sociales. Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia italiana*, Roma, Ed. Laterza, 2011.

88 Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 10, *La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales* (19º Período de Sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/25 (1998). Aprobado en la 51ª sesión (19º Período de Sesiones), el 1º de diciembre de 1998, párr. 3

- y culturales, inclusive a petición de las autoridades públicas o de otras instancias apropiadas;
- d. La determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto;
 - e. La realización de investigaciones y estudios con vistas a determinar la medida en que se llevan a la práctica determinados derechos económicos, sociales y culturales, bien sea dentro del Estado en general, o en determinadas esferas o en relación con determinadas comunidades particularmente vulnerables;
 - f. La vigilancia de la observancia de derechos específicos que se reconocen en el Pacto y la preparación de informes al respecto dirigidos a las autoridades públicas y a la sociedad civil; y
 - g. El examen de las reclamaciones en que se aleguen violaciones de las normas aplicables en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro del Estado⁸⁹.

Al lado de las *Observaciones* del Comité, consideradas en estas reflexiones, también están las del Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos, quien hace varios años llamó la atención sobre la necesidad de que las instituciones nacionales de derechos humanos promovieran los DESC:

Las instituciones nacionales de derechos humanos no pueden responder a las necesidades de los grupos vulnerables sin abordar los derechos económicos, sociales y culturales. Algunas ya lo hacen, pero muchas aún no han dedicado recursos a estos derechos o no les han prestado aún sería consideración. Las nuevas instituciones nacionales de derechos humanos deben incluir los derechos económicos, sociales y culturales en su

mandato. Las instituciones nacionales de derechos humanos cuyos mandatos no abarquen estos derechos deben considerar la posibilidad de redactar mandatos nuevos que los incluyan. En el orden práctico podrían considerarse las siguientes estrategias: identificar áreas de exclusión y elaborar propuestas de políticas para abordarlos; mantener el pulso de las políticas gubernamentales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales; aceptar casos que amplíen el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, e identificar formas apropiadas de hacer que los derechos económicos, sociales y culturales sean justiciables”⁹⁰.

En fin, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas insiste, como se ha hecho en este trabajo, en que la garantía de los DESC requiere de una democracia fuerte, de órganos jurisdiccionales eficaces y, en general, de una sociedad civil informada y comprometida: las instituciones nacionales de derechos humanos -dice el Alto Comisionado- “deben ser conscientes de que el entorno político, económico, social y cultural puede impedirles funcionar de manera independiente y eficaz y obstaculizar su labor en favor de los derechos económicos, sociales y culturales.

“Por lo anterior, insiste el alto funcionario, las instituciones nacionales de derechos humanos deberían considerar los siguientes puntos:

- a. El nivel de capacidad e independencia de las instituciones judiciales y sus efectos sobre la capacidad de funcionamiento de estas;
- b. El marco legislativo nacional y las obligaciones existentes en virtud de tratados internacionales relativos al cumplimiento de las decisiones sobre recursos jurídicos;

90 Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos, *Desempeño y Legitimidad: instituciones nacionales de derechos humanos*, Suiza, Versoix, 2000, citado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Serie de Capacitación Profesional No. 12. Los derechos económicos, sociales y culturales*. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004. Pie de página, p. viii. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

- c. Las estrategias para reducir el riesgo de ser arrastradas a conflictos partidistas;
- d. Las medidas para educar al público y a la sociedad civil sobre su mandato;
- e. El modo de sensibilizar al gobierno, el ejército y la policía sobre su función y sus competencias”⁹¹.

Esta reflexión sobre *lo público*, la democracia y el *interés general* en los complejos y cambiantes contextos de la sociedad contemporánea deja planteada, pues, una misión de hondo calado para el *Ombudsman* referida a la promoción de los derechos humanos. En este sentido, y considerando que ha habido un tratamiento distinto entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y del ambiente, las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana deben emprender, por un lado, un diálogo social dirigido a generar una opinión pública informada y empoderada para exigir de las autoridades y de los sectores privados su garantía y, por el otro, la construcción de una doctrina defensorial coherente con la integralidad, la igualdad y la interdependencia de los derechos humanos que deben prevalecer en su interpretación y garantía, y en la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas que los incluyan y los garanticen de manera efectiva.

91 Cfr. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Serie de Capacitación Profesional No.12. Los derechos económicos, sociales y culturales*. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004. Pie de página, p. 42. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

CAPÍTULO IV

La incidencia del *Ombudsman* en las
políticas públicas

Para la construcción de este capítulo fue preciso considerar dos procesos históricos que avanzan de manera simultánea, y cuyas dinámicas se implican entre sí y ponen en evidencia una paradoja que debe superarse para alcanzar una vida social más pacífica, democrática y creativa. El primer proceso tiene que ver con la formación de la teoría de las políticas públicas en cuyo enfoque se insiste en que el Estado es un protagonista esencial de la transformación social; el segundo, con las transformaciones sociales observadas en el proceso de globalización -la internacionalización de la economía de mercado y de los derechos humanos, entre otros- que afectan de manera sustancial, las funciones y la presencia del Estado.

A continuación, y considerando el debate que entraña esa paradoja, se proponen unas reflexiones referidas a la incidencia del Defensor del Pueblo en las políticas públicas, función que se basa en su capacidad de supervisar el Estado, pero que va más allá porque supone una crítica constructiva y transformadora de la gestión pública referida, de manera específica, a la formulación y evaluación de las políticas del Estado dirigidas a garantizar los derechos humanos, a proteger el interés general y a fortalecer los procesos democráticos.

1. Una reflexión sobre las políticas públicas

El origen de las políticas públicas es relativamente reciente porque se remonta a la posguerra cuando, con base en una síntesis de las viejas ideas sobre la racionalización de la gestión pública y las nuevas tesis que proponían la humanización de la acción del Estado, se construyó una teoría *-policy* la denominan los anglosajones- cuyo desarrollo se debió a un esfuerzo interdisciplinario que propició un encuentro de diversos saberes, como el derecho público, la administración pública, la sociología política y la ciencia política.

La teoría de las políticas públicas estudia los problemas públicos, la estructura de las instituciones estatales y las estrategias y las acciones dirigidas a resolver las demandas sociales. Por teoría de las políticas públicas se entiende, en consecuencia, un proceso dirigido por el gobierno en el que, no obs-

tante, intervienen otras autoridades estatales y la ciudadanía misma, con el fin de proponer y dirigir unas acciones para alcanzar unos resultados de beneficio general. La teoría de las políticas públicas sostiene que ese proceso tiene, cuando menos, tres fases: la formulación, la ejecución y la evaluación. Cada una de esas fases involucra el componente normativo, el financiero y de recursos, y el político y de gestión.

La teoría nació, en los términos de Wayne Parsons, como un saber interdisciplinario que abarcó, en principio, cuatro esfuerzos intelectuales: el primero, la proposición de un estudio complejo que abarca las demandas públicas, la estructura de las instituciones estatales y las estrategias y las acciones dirigidas a resolver los problemas públicos; el segundo, la consideración de la multicausalidad de los procesos que implican las decisiones de la administración pública; el tercero, el establecimiento de un método para reconocer las opciones que tiene el tomador de decisiones frente a los intereses sociales; el cuarto, la introducción de los principios esenciales de la democracia que suponen la participación de la sociedad civil en las etapas de formulación, ejecución y evaluación de las mismas¹.

Por política pública se entiende, de acuerdo con André-Nöel Roth,

(...) un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática².

1 Parsons, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica de las políticas públicas* [publicada por primera vez en inglés, en 1995]. Se consultó la versión castellana producida en 2007 por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO. También se consultó Parsons, Wayne. *Problemas públicos y retos de diseño de políticas. Viejas y nuevas tendencias*, México, FLACSO, 2005.

2 Roth, André-Nöel. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Editorial Aurora, 2002, p. 27.

El análisis de las políticas públicas tiene dos objetivos: el primero, examinar los fines, los medios y las acciones propuestos por el Estado para transformar una situación social o para afrontar sus consecuencias; el segundo, examinar los resultados y efectos de esas decisiones del Estado³.

El trabajo de Roth hace un análisis detenido de lo que él denomina ciclo de políticas públicas que se desarrolla a lo largo del libro citado. Así, el segundo capítulo tiene que ver con el diagnóstico, esto es, con la definición de un problema socialmente relevante que, como consecuencia, entra en la agenda pública; el capítulo tercero, con la formulación mediante planes, programas y proyectos, de unas medidas dirigidas a afrontar ese problema o sus consecuencias; el capítulo cuarto, con la ejecución de las medidas que se formularon; el capítulo quinto, con la evaluación y seguimiento de las medidas formuladas y ejecutadas y de los efectos que estas generaron⁴.

Estas ideas coinciden con las que se propusieron en la introducción del trabajo en relación con la democracia como instrumento legitimador de la acción pública. En ese sentido, se puede afirmar que la democracia legitima la acción del Estado y, en términos más específicos, que la participación ciudadana legitima las políticas públicas. Se infiere, pues, que unas políticas públicas más legítimas están en mejor situación de alcanzar un incremento del bienestar social porque la democracia implica, por un lado, el deber de cuidar el interés general y de generar bienes públicos sociales y, por el otro, el deber de llevar a cabo una acción pública transparente que implique rendición de cuentas⁵.

Ahora bien, al proceso de democratizar las políticas públicas debe sumarse la idea de Buchanan de someterlas a una racionalidad económica que las

3 *Ibíd.*, p. 28.

4 *Ibíd.*

5 Bazúa, Fernando y Valenti, Guiouvanna. "Políticas públicas y desarrollo", en Masse, Carlos y Sandoval, Eduardo (Coordinadores). *Políticas públicas y desarrollo municipal*, México, El Colegio Mexiquense y Universidad Autónoma del Estado de México, 1995, pp. 51 y ss.

haga más eficientes⁶ y la idea de Amartya Sen de considerar la libertad como motor del desarrollo que ellas propician⁷.

Se colige, en consecuencia, un corolario en dos partes: la primera parte consiste en que una política pública debe entenderse como un proceso técnico y democrático para la toma de decisiones y para la ejecución de gestiones de la administración pública, y que ese proceso tiene, como hemos dicho cuando menos, tres fases -la formulación, la ejecución y la evaluación-, que involucran el componente normativo, el componente financiero y de recursos, y el componente político y de gestión. La segunda, en que el *Ombudsman*, fundado en su magistratura moral, debe incidir en las políticas públicas participando, de manera efectiva y en representación del interés general y de los derechos de los ciudadanos, en la fase de su formulación, aproximándose de manera crítica a la iniciativa del ejecutivo y a los debates parlamentarios, por ejemplo, y en la fase de evaluación de las mismas -contribuyendo, de manera crítica, al examen cotidiano que debe hacerse sobre los procesos y los resultados de una política pública-.

No obstante, en el ejercicio de su función, referida a la incidencia en políticas públicas, el *Ombudsman* debe tomar una distancia prudente frente a la

6 La teoría de la *elección pública* tiene por objetivo hacer un análisis económico de la política estudiando el Estado y, específicamente, las decisiones que emanan de sus instituciones. Para el efecto, James M. Buchanan entiende por Estado la suma de voluntades individuales y, en este sentido, el premio Nobel de economía de 1986 aplicó la teoría económica que estudia el comportamiento racional de los individuos en las economías de mercado, a las elecciones que hacen los tomadores de decisiones públicas y, también, a las decisiones que toman los ciudadanos en un proceso electoral, considerando este como una oferta de mercado político.

Sobre estas bases -el individualismo metodológico- Buchanan sostiene que el comportamiento de los políticos y de los burócratas obedece a la regla de la maximización del presupuesto público y, así, concluye que ellos buscan proteger su propio interés y solo después buscarán el bienestar social. También sobre estas bases, que recuerdan los fundamentos teóricos de la economía clásica, colige que la regla general del comportamiento social debe ser la que se suscita en el ámbito de la libertad individual -en el mercado político-, y que solo de manera excepcional, frente a los fracasos del mercado, debe intervenir el Estado. Su conclusión en este punto es obvia: es el Estado y no el mercado el que debe ser limitado en favor de las libertades de los individuos cuya sumatoria, de alguna manera, se convierte en el bienestar social. Los trabajos del autor que se consultaron para esta investigación fueron: *Cost and Choice. An inquiry in economic theory*, contenido en Geoffrey Brennan, Hartmut Kliemt, and Robert D. Tollison. *The Collected Works of James M. Buchanan*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999-2002. Versión electrónica: <http://oll.libertyfund.org/titles/1068>; *The Public Choice Perspective*, en Liberty, Market and State: Political Economy in the 1980's. New York, New York University Press, 1986; "Política sin romanticismos: esbozo de una teoría positiva de la elección pública y de sus implicancias normativas" (1979), en Buchanan y otros. *El análisis económico de lo político*. Madrid, I.E.E., 1984.

7 El premio Nobel de ciencia económica de 1998 sostiene que el desarrollo no puede seguir definiéndose como un proceso de producción dirigido a generar riqueza, sino como la relación que existe entre libertad y desarrollo, esto es, como un proceso más amplio que abarca aspectos económicos, políticos y sociales de manera integral. Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad* [Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia], Bogotá, Planeta, 2000, pp. 74 y ss; y pp. 169 y ss.

fase de la ejecución, esto es, no debe involucrarse en ella como un ejecutor más porque iría en contra de los principios de independencia que legitiman su función de supervisión del Estado y de crítica de la administración pública. En otras palabras, la *auctoritas* del *Ombudsman* no debe confundirse con la *potestas* del ejecutivo y del legislativo.

2. Una reflexión sobre el Estado en el contexto de la globalización

Hecha esta reflexión sobre el proceso de formación de la teoría de las políticas públicas se debe proponer un análisis del proceso referido al Estado y, en este sentido, se puede afirmar que en el contexto de la globalización, que se expresa en la actualidad como un período cargado de incertidumbre y de complejidad, se experimenta un proceso de declive de los denominados *atributos clásicos* del Estado, que entra en contradicción con la demanda social por políticas públicas más efectivas, porque estas solo pueden proponerse y ejecutarse cuando existe un Estado fuerte. Es tan acusada esta transformación de Estado, dice Rosenau, que el orden global, cuyas bases son estatales, también ha sufrido una transformación sin precedentes en un proceso que se consolidó desde finales del siglo XX⁸.

El proceso de transformación de la estructura política moderna debe considerarse en esta investigación porque el Defensor del Pueblo tiene a su cargo la supervisión de un Estado en transformación y, en este sentido, la vigilancia y control de una administración pública cuya gestión se ha visto mermada, como se presentó en la introducción de este trabajo, por varias razones: en primer lugar, por la erosión de lo público a través de una captura de las funciones legislativas del Estado en favor de intereses privados⁹;

8 James Rosenau sostiene, en ese sentido, que el viejo orden *estadocentrista* y equilibrado se ha transformado gracias a la intervención de diversos actores no estatales, a la revolución tecnológica, al acceso generalizado de los individuos a la información, a la transformación de las reglas económicas y, en fin, a la transformación de la agenda internacional, cuyos efectos han desbordado los límites y las capacidades del Estado. El nuevo orden mundial globalizado, agrega, se caracteriza por la incertidumbre, el cambio constante, las fluctuaciones, el dinamismo y, en general, por la complejidad. Rosenau, James. "Previewing post internacional politics", en *Turbulence in World Politics*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 11 y ss.

9 Sassen, Saskia. "Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas", en Teubner, Gunther; Sassen, Saskia; Krasner, Stephen. *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y

en segundo lugar, por una *des-constitucionalización* de los derechos ciudadanos y una merma de los procesos democráticos¹⁰; en tercer lugar, por una intensificación del comercio mundial que genera riqueza de manera inusitada y que contrasta con los indicadores de pobreza y desigualdad¹¹; y, en cuarto lugar, por la prevalencia del *Consenso de Washington* cuyos principios se pueden resumir en un medio y en un fin. El medio era explícito y consistía en la disciplina económica en favor del mercado que abarca el principio de sostenibilidad fiscal; el fin estaba implícito y consistía en garantizar el pago de la deuda externa¹².

La aplicación de ese recetario propició, por un lado, una colectivización de los acreedores y una individualización de los deudores. Enrique Iglesias sostenía entonces que detrás del discurso sobre la necesidad de que los países latinoamericanos adoptaran medidas de apertura, desregulación y sostenibilidad fiscal para fomentar su desarrollo y prosperidad, se escondían los intereses estratégicos y comerciales de las potencias económicas y el interés en la recepción continuada de los intereses de la deuda externa¹³. Krugman, por su parte, agrega que la aplicación de esos paradigmas -sobre todo el de *austeridad* o *sostenibilidad fiscal*- ha conducido a una drástica reducción del gasto público que afecta, de manera especial, la financiación de las políticas públicas de orden social¹⁴.

Universidad de los Andes, 2010, pp. 23 y ss.

10 Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia italiana*, Roma, Ed. Laterza, 2011 y, además, *Derechos y garantías, la ley del más débil* [Traducción de Andrés Perfecto Ibáñez], Madrid, Trotta, 2006, p. 17 y ss.

11 Stiglitz, Joseph. *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*, Nueva York, Norton & Company Inc., 2012, pp. 101 y ss, pp. 173 y ss y pp. 247 y ss.

12 El *Consenso de Washington* está conformado por los acuerdos de finales de los años ochenta entre los principales organismos financieros internacionales, el Tesoro de los Estados Unidos y los gobiernos más poderosos del mundo, cuyos principios son diez: disciplina presupuestaria; garantía de los derechos de propiedad; desmonte de los subsidios y reorientación del gasto público hacia la infraestructura; reforma fiscal para ampliar la base imponible; liberalización financiera (sobre todo en lo relacionado con los tipos de interés); tipo de cambio competitivo; apertura comercial; liberalización de la inversión directa extranjera; privatización de empresas públicas; desregulación del mercado laboral (que no es cosa distinta que el desmonte de las garantías laborales). Williamson, J. "What Washington Means by Policy Reform?", en J. Williamson (comp). *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington DC, Institute for International Economics, 1990, fundamentalmente el capítulo 2.

13 En 1982 los préstamos de los bancos estadounidenses a los países latinoamericanos equivalían al 124% de su capital, proporción que llega al 200% en el caso de las nueve instituciones más grandes de este país, lo que da una idea acerca de la vulnerabilidad del sistema financiero internacional en esa época y del riesgo asumido por EE.UU. en Latinoamérica. Iglesias, Enrique. *Cambio y crecimiento en América Latina 1988-1998*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

14 Krugman, Paul. *End This Depression Now*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

El Banco Mundial, que hizo parte de este Consenso, se fundó en estos criterios para promover las transformaciones que los países en vías de desarrollo debían efectuar para insertarse en la economía mundial y, en coherencia con este discurso, desde 1997 ha promovido la tesis según la cual la única manera de enfrentar la pobreza es la adopción de reformas institucionales en las que el Estado pasa a jugar un papel protagónico. En este sentido, sostiene que las instituciones estatales deben actuar en función del crecimiento económico y, por la misma razón, que deben ponerse al servicio del mercado¹⁵.

Las recetas del *Consenso de Washington*, insiste Stiglitz, se transformaron en fines en sí mismas, en ortodoxia indiscutible, más que en medios para generar un crecimiento equitativo y sostenible y, por esa razón, propiciaron fracasos en la mayoría de los países que las acogieron¹⁶.

Por eso, se puede afirmar que América Latina no es la excepción porque esas recetas de ajuste económico dirigidas a “sanear” las economías no produjeron, como se esperaba, crecimiento económico y, por lo tanto, tampoco se redujo la pobreza. Así, se puede advertir que en la región existe un dilema entre austeridad y solidaridad que, lamentablemente, se ha resuelto en favor de los intereses privados y en detrimento de las funciones del Estado. Así lo han expresado Leopoldo Múnera¹⁷, Guillermo O’Donell¹⁸ y Laura Pautassi¹⁹, y así lo confirman los expertos de la Comisión Económica de las

15 Banco Mundial. *Instituciones para los mercados. Informe anual sobre el desarrollo mundial, 2002*, Washington D. C., Banco Mundial, 2002. *El Estado en un mundo en transformación. Informe sobre el desarrollo mundial*, Washington D. C., Banco Mundial, 2007, pp. 47 y ss. y pp. 70 y ss.

16 Stiglitz, Joseph. *El malestar de la globalización*, Madrid, Taurus, 2002, especialmente el capítulo tercero.

17 Leopoldo Múnera sostiene que los defensores de las ideas neoliberales, pese a que no logran siquiera esbozar una teoría del Estado, se han convertido en los críticos más acérrimos del *Estado social de derecho* porque bajo sus premisas de la reducción del gasto lo público adquiere un carácter residual. Para Múnera la expresión más extrema del neoliberalismo está en el *anarcho-capitalismo*, u ortodoxia libertaria, fundada en las tesis de David Friedman que sostiene que “(...) la libertad individual y el goce de la propiedad privada solo pueden ser garantizados plenamente, mediante la extinción del Estado y su sustitución por un conjunto de asociaciones e instituciones, formadas a partir de transacciones voluntarias, de acuerdo con una lógica del mercado”. Múnera, Leopoldo. “Estado, política y democracia en el neoliberalismo”, en Restrepo Botero, Darío (Editor). *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 45 y ss.

18 La discusión sobre cuánto se debe gastar y en qué tipo de políticas públicas se debe gastar, dice debería ser una discusión política esencial referida a qué tipo de Estado se quiere crear y para qué tipo de nación, y no una discusión económica que atañe solo a los técnicos de la burocracia. O’Donell, Guillermo. “La democracia en América Latina: contribuciones para el debate”, en O’Donell, Guillermo y Oszlak, Oscar. *Acerca del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para la discusión*. Texto preparado para el proyecto “La democracia en América Latina”, propiciado por la Dirección para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (DRALC-PNUD), 2004, pp. 177 y ss.

19 A los Estados iberoamericanos, dice Pautassi, les ha resultado difícil proponer y articular políticas públicas

Naciones Unidas para América Latina, CEPAL, cuando sostienen que las administraciones públicas de los Estados de la región actuaron en función de los intereses del mercado y de la estabilidad económica nominal más que en beneficio de los intereses de las personas²⁰.

Hechas estas reflexiones sobre la idea de desarrollo que se impone con la globalización y que está implícita en el *Consenso de Washington* y su ortodoxia, se suscitan unas cuestiones: ¿dónde quedan las políticas públicas dirigidas a la distribución de la riqueza, a la protección de los trabajadores y, en general, a garantizar los compromisos del Estado social de derecho?, ¿puede un Estado, que ha acogido los principios de la eficiencia económica y de la competencia, garantizar los derechos de los grupos sociales excluidos por un modelo de desarrollo que prevalece y que se funda, precisamente, en esos principios?, ¿cómo afrontar el dilema entre austeridad y solidaridad en un contexto social en el que la sostenibilidad fiscal está suponiendo una merma considerable del financiamiento de las políticas públicas sociales y, por ende, una reducción de la democracia?

Se puede constatar, pues, que en tiempos críticos como los que estamos viviendo, el Estado no ha podido construir una democracia auténtica ni defender, de manera eficiente, los derechos humanos. En efecto, el Estado liberal, pese a que se convirtió en un Estado interventor, siguió favoreciendo

que definan con claridad una agenda para el desarrollo en la que se incluyan la promoción y la protección de los derechos humanos en los contextos neoliberales prevalecientes: “(...) los años 80’s y 90’s [sic] transformaron -dice- el modelo de acumulación, la lógica de distribución de la riqueza y también las capacidades y oportunidades de la población, las que hoy revisten un fuerte carácter residual. Asimismo, la pobreza y la indigencia se profundizaron por la aplicación de las políticas neoliberales heterodoxas que transformaron la lógica de funcionamiento del Estado en materia económica, política y social”. Pautassi, Laura C. “La articulación entre políticas públicas y derechos, vínculos difusos”. En línea: http://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_economicos_sociales_culturales_pp/La_articulacion_entre_politicas_publicas_y_derechos_laura_pautassi_.pdf. p. 1.

20 Bajo la influencia del *Consenso de Washington*, dicen, las administraciones públicas de los Estados de la región actuaron en función de los intereses del mercado y de la estabilidad económica nominal. En efecto, fundadas en la regla fiscal y en el argumento de la escasez de los recursos públicos frente a la infinitud de las demandas sociales, la burocracia estatal, con argumentos técnicos, pero fundados en principios antidemocráticos, se había dedicado a mantener estables los indicadores sobre inflación, tasa de interés y tipo de cambio. Los expertos de la Comisión agregan, en este sentido, que los tomadores de decisiones no tenían la voluntad política para efectuar las inversiones y para propiciar el cambio de mentalidad que se hacían necesarios en términos de humanizar los aparatos estatales y los servicios públicos. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social. *Panorama de la gestión pública en América Latina. En la hora de la igualdad*, consultado en versión electrónica en la página de CEPAL el 4 de junio de 2014: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/42339/P42339.xml&xsl=/ilpes/tpl/p9F.xsl&base=/ilpes/tpl/top-bottom.xsl>

los intereses de los grupos de presión y de las élites y, de esta manera, no ha podido garantizar de manera satisfactoria los espacios y los asuntos públicos y no ha logrado propiciar efectivamente la construcción de un modelo de desarrollo equitativo y sostenible, entre otras cosas porque la tendencia hacia la austeridad que prevalece solo se ha practicado cuando la reducción del gasto público está dirigida a las políticas de orden social.

En otras palabras, el *Estado social de derecho*, que se puede definir como el espacio institucional apropiado para garantizar los derechos humanos y, en general, para asumir de manera creativa las consecuencias positivas y negativas derivadas de la dinámica y compleja sociedad humana de nuestros días, se está desmontando en virtud de unas dinámicas globalizadoras empujadas por una ideología de orden económico que busca su reducción y que puede definirse como neoclásica -también denominada neoliberal- en la medida en que propone volver a los principios expuestos por la escuela clásica sobre el *Estado mínimo*.

El proceso de desmonte del Estado social de derecho es, en este sentido, una expresión de las dinámicas llenas de complejidad que se están experimentando en nuestros tiempos, cuando las respuestas institucionales van quedando cortas para cuidar el *interés general* o para generar los *bienes públicos sociales* que justificaron su origen, o para generar o propiciar *bienes públicos* que se hacen necesarios en los nuevos contextos sociales. En otras palabras, el Estado social de derecho va perdiendo legitimidad y capacidad institucional y financiera para afrontar la nueva presión humanitaria de la sociedad internacional expresada en una comprensión diferente de la seguridad humana²¹ y en una exigencia mayor de cumplimiento de los derechos humanos²².

21 A finales del siglo XX la comunidad internacional hizo tránsito de *una comprensión clásica de la seguridad* a una idea de *seguridad humana*. La *seguridad humana* tiene nuevas dimensiones: en primer lugar, una dimensión económica -ingreso básico asegurado-; en segundo lugar, la dimensión alimentaria -acceso físico y económico a los alimentos-; en tercer lugar, la dimensión de la salubridad -acceso a un servicio de salud adecuado y universal-; en cuarto lugar, la dimensión ambiental -acceso a un medio físico saludable-; en quinto lugar, la dimensión personal -esto es, la garantía de la integridad física-; en sexto lugar, la dimensión de la vida en comunidad -esto es, la garantía efectiva de la libertad política, ideológica, cultural, generacional o étnica-; y, en séptimo lugar, la dimensión política -la garantía de los derechos humanos dentro de un Estado democrático-. PNUD - *Informe Mundial sobre Desarrollo Humano 1994*. Nuevas dimensiones de la seguridad humana. en <http://indh.pnud.org.co/files/rec/nuevasdimensionesSH1994.pdf>. (Consultado: el 28 de abril).

22 Bellamy, Alex y Wheeler, Nicholas. "Humanitarian intervention in world politics", en *The globalization of world politics*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 524 y ss.

El corolario que se puede inferir de estas reflexiones es que bajo los complejos procesos sociales que la sociedad humana está viviendo desde finales del siglo XX, impulsados por las dinámicas de la *globalización* -la internacionalización de los derechos humanos y la internacionalización de la economía de mercado-, se expandieron las ideas de un liberalismo sin fronteras que fortalecieron la interdependencia económica, pero que, al mismo tiempo, promovieron el declive de las instituciones estatales reguladoras de las finanzas, del comercio y del trabajo. En este contexto se propició la privatización creciente de las esferas de la vida social y el desmonte paulatino de las políticas sociales, pues la competitividad de la economía de mercado prevaleciente en el mundo propició, en el orden interno, el establecimiento de sistemas de previsión social menos costosos y, en el ámbito internacional, una distribución asimétrica de los costos y beneficios derivados de la apertura económica que benefició a los sectores sociales mejor insertados en la globalización.

Se conformó, pues, una aparente paradoja: quienes proponen la idea de la regla fiscal aducen la necesidad de un ajuste del gasto público que, como se ha demostrado, afecta directamente las políticas públicas sociales; quienes proponen mayor presencia del Estado aducen que lo que se necesita es una administración pública efectiva, una burocracia con formación técnica adecuada y, sobre esas bases, unas políticas públicas más eficientes y más equitativas e incluyentes. En este dilema, el Defensor del Pueblo debe ejercer su misión de incidir en las políticas públicas para garantizar los derechos humanos y la prevalecencia de los intereses generales sobre los intereses particulares. Ese es el objeto de este capítulo.

3. El Defensor del Pueblo y la incidencia en las políticas públicas

En los contextos críticos de la globalización las sociedades demandan políticas públicas más coherentes con la realidad compleja que están viviendo y más sensatas en términos de desarrollo humano, y estas solo pueden concebirse y ejecutarse si la sociedad cuenta con un aparato estatal fuerte y si, como dicen los expertos de la CEPAL, la administración pública asume tres

misiones esenciales: la primera, propiciar la estabilidad real, esto es, establecer políticas públicas dirigidas a incrementar el producto interno bruto, a fomentar el empleo formal y a generar procesos efectivos de redistribución de la riqueza; la segunda, hacer prevalecer el interés general sobre los particulares y, en este sentido, concebir y ejecutar políticas públicas en las que prevalecen los criterios de igualdad, de inclusión y los métodos de planificación para el desarrollo, porque solo de esta manera se puede promover la democracia económica y alcanzar las metas referidas al desarrollo humano; la tercera, lograr que esas políticas trasciendan los gobiernos y se vuelvan políticas de Estado²³.

¿Cómo debe el Defensor del Pueblo incidir en las políticas públicas para que el Estado cumpla, de manera cabal, una misión cargada de demandas sociales cada vez más diversas?

Desde sus orígenes al *Ombudsman* se le atribuyó una función de supervisar al Estado. No obstante, en tiempos actuales, cuando el Estado debe atender cada vez más demandas sociales, debe ir más allá de una supervisión, esto es, debe proponer una crítica constructiva y transformadora de la gestión pública que abarca la formulación y la evaluación de las políticas del Estado dirigidas a garantizar los derechos humanos, a proteger el interés general y a fortalecer los procesos democráticos.

Si se acepta este aserto se puede inferir que el reto que ha sumido el *Ombudsman* en la actualidad es descomunal porque, como se propuso arriba, bajo las dinámicas de la globalización, que en términos económicos suponen la hegemonía de las lógicas del mercado impulsadas por el neoliberalismo, el Estado ha visto mermadas sus capacidades. En otras palabras, la misión del *Ombudsman* en los contextos críticos de la globalización, cuando las sociedades demandan políticas públicas más coherentes con la realidad compleja por la que atraviesan en los tiempos actuales y más sensatas en términos de desarrollo humano, solo puede concebirse y ejecutarse si la sociedad cuenta con un aparato estatal fuerte y si las instituciones estatales encargadas de la

23 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social. *Panorama de la gestión pública en América Latina. En la hora de la igualdad*, consultado en versión electrónica en la página de CEPAL el 4 de junio de 2014: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/42339/P42339.xml&xsl=/ilpes/tpl/p9f.xsl&base=/ilpes/tpl/top-bottom.xsl>

defensa y la promoción de los derechos humanos inciden en las políticas públicas de manera creativa.

Es necesario superar las diferencias ideológicas que algunos pensadores han propuesto entre, por un lado, los derechos civiles y políticos, cuya garantía, dicen, solo requiere de una abstención del Estado (un *dejar hacer y dejar pasar*) y, por el otro, los derechos económicos, sociales y culturales, cuya garantía, agregan, amerita una intervención positiva del Estado, esto es, unas políticas públicas dirigidas a su satisfacción. En efecto, y siguiendo las reflexiones planteadas en este trabajo, esas diferencias entre derechos deben superarse por dos razones. En primer lugar, y como se advirtió en el capítulo tercero, porque en el presente trabajo se optó por la enunciación amplia e incluyente de los derechos humanos propuesta en el *Programa de Acción de Viena* que supone su integralidad, interdependencia, indivisibilidad y no regresividad. En segundo lugar, porque la satisfacción de todos los derechos requiere de una intervención positiva de la autoridad pública.

Una diferenciación entre derechos puede servir, como en efecto ha servido, para sostener que la garantía de los derechos que solo requieren de una abstención del Estado supone un menor esfuerzo económico o, en otro sentido, que los derechos cuya garantía amerita una acción positiva del Estado supone un mayor esfuerzo económico. En consecuencia, concluyen, el Estado debe dirigirse a garantizar los derechos políticos y civiles, y a aplazar el cumplimiento de sus obligaciones referidas a los derechos económicos, sociales y culturales hasta que sus condiciones de desarrollo le permitan llevar a cabo esas acciones positivas.

Por esta razón, en este trabajo se insiste en que no hay diferencias entre los derechos humanos, pese a que sí hay diferencias entre las políticas públicas dirigidas a garantizarlos. Se puede afirmar que las políticas públicas necesarias para alcanzar niveles ideales de libertad deben referirse a la construcción de una cultura de reconocimiento de derechos, de tolerancia y de respeto de la diversidad, lo que supone un fortalecimiento de la educación cívica y de la administración de justicia; por su parte, las políticas públicas necesarias para alcanzar niveles adecuados de bienestar social se refieren al establecimiento de un modelo de desarrollo que sea productivo y, al mismo tiempo, justo, incluyente, respetuoso de los derechos humanos y sostenible

en términos del medio ambiente, lo que supone una acción directa de todas las autoridades estatales encargadas de promover ese modelo de desarrollo coherente con esos ideales. El ejercicio de las libertades individuales o la satisfacción de los derechos de los trabajadores, por ejemplo, debe garantizarse mediante una política pública de administración de justicia; el ejercicio de los derechos a la salud o a la educación, de la misma manera, amerita la formulación y ejecución de políticas públicas eficientes y efectivas.

3.1. La iniciativa legislativa del Defensor del Pueblo

En este punto del análisis es preciso partir de una consideración teórica que propone, en primer lugar, que toda política pública tiene un alto componente legal y, en segundo lugar, que las políticas públicas son mucho más que las leyes que le dan origen y sentido. En efecto, si se sigue a Parsons, se infiere que una política pública abarca las estrategias y las acciones que, fundadas en las leyes que le dan origen y sentido, están dirigidas a resolver problemas públicos considerando la multicausalidad de los procesos sociales y el mejor método para reconocer las opciones que tiene el tomador de decisiones frente a los intereses que están en juego²⁴.

Esta reflexión teórica permite comprender que la incidencia del Defensor del Pueblo en las políticas públicas se puede hacer efectiva, en primer lugar, a través de su magistratura moral y, en este sentido, abriendo diálogos sociales para promover consensos, aprendizajes y posturas críticas en torno de los temas objeto de regulación legal. En efecto, si se consideran las diferencias sociales y económicas existentes entre los Estados de la región iberoamericana, el *Ombudsman* debe promover leyes en debates abiertos para que, guiado por su *auctoritas*, suscite aprendizajes sociales y, sobre esos consensos, propicie la construcción de una opinión pública capaz de aproximarse, de manera crítica, a los problemas de la coyuntura social específica y a los contenidos de la ley que se propone.

24 Parsons, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica de las políticas públicas* [Publicada por primera vez en inglés, en 1995]. Se consultó la versión castellana producida en 2007 por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO. También se consultó del mismo autor *Problemas públicos y retos de diseño de políticas. Viejas y nuevas tendencias*, México, FLACSO, 2005.

La incidencia del Defensor del Pueblo en las políticas públicas se puede hacer efectiva, en segundo lugar, a través de su iniciativa legislativa y participando, de manera directa y permanente, en la proposición y en el debate parlamentario de leyes que hagan parte del componente legislativo de las políticas públicas dirigidas a la construcción de una cultura de reconocimiento de los derechos, de tolerancia y de respeto de la diversidad, y de las políticas públicas necesarias para establecer un modelo de desarrollo productivo, justo, incluyente, respetuoso de los derechos humanos y sostenible en términos del medio ambiente.

La iniciativa legislativa del *Ombudsman* se ha establecido en buena parte de los países de la región iberoamericana. “(...) los países andinos -dice la Comisión Andina de Juristas- conceden al Defensor del Pueblo la atribución de presentar ante el Congreso las iniciativas legislativas que consideren oportunas. Esta es una atribución que articula la labor defensorial no solo con el Parlamento sino con los reclamos de la sociedad civil (...)”²⁵.

3.2. Políticas públicas legítimas

Si se considera, como se ha advertido, que los problemas sociales suelen tener origen en las realidades diversas de cada país, el *Ombudsman* debe auspiciar y promover el establecimiento de leyes que los afronten de manera estructural y que se proyecten en el tiempo más allá de los intereses de los gobiernos de turno, esto es, que se conviertan en políticas de Estado integrales. Por otro lado, estas políticas de Estado, por diversas que sean las realidades sociales, deben buscar un objetivo común que constituye el interés institucional de todos los defensores del pueblo de la región, esto es, la garantía de los derechos humanos.

El diálogo social y los aprendizajes suscitados por el Defensor del Pueblo son, pues, fundamentales para legitimar una política pública. En este punto es preciso insistir en que cuando se trata de la formulación, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas, el análisis no puede reducirse a la labor de unos tecnócratas. En efecto, lo fundamental en la construcción de

una política pública es, como lo sostiene Buchanan, la participación de los ciudadanos que, al fin y al cabo, son sus destinatarios y, como lo sostiene Amartya Sen, el enfoque de derechos que se considera a continuación y que hace de una política pública el motor de un desarrollo más humano.

4. La perspectiva de derechos en las políticas públicas

Como se advirtió en la introducción de este trabajo, al lado del individualismo metodológico de Buchanan también se han considerado los trabajos de Amartya Sen sobre el papel que juega la libertad en el desarrollo y, en particular, el papel que juegan los derechos humanos en la formulación de políticas públicas dirigidas a la construcción de un modelo de desarrollo más humano. Sobre esas bases, muchos pensadores y analistas han propuesto la idea de políticas públicas con perspectiva de derechos²⁶.

La consideración específica de trabajos como el de Ludwing Guendel, por ejemplo, permite inferir que los derechos humanos no solo deben definirse como una nueva ética que busca un cambio cultural fundado en el reconocimiento recíproco, sino también como metas sociales que solo pueden alcanzarse con un Estado fuerte:

La política de derechos humanos -dice- expresa en todas sus manifestaciones la moralidad y la eticidad de una nación. Representa una toma de posición en relación con el bienestar, la autodeterminación y la incidencia de la ciudadanía en “la cosa pública”. Articula los valores y las representaciones simbólicas de una sociedad en torno a los sujetos y traza la manera como esta abordará su futuro social y político. Los derechos

²⁶ En esta investigación se consideran trabajos como: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos*, con la edición de Luis González Karuna, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales México Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C. Gesoc, Agencia para el Desarrollo, 2010. Giménez Mercado, Claudia y Xavier Valente Adarme. “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes”, en *Cuadernos del Cendes*, año 27, N° 74, Mayo-Agosto 2010. Abramóvich. Víctor, *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Documento preparado para: “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”, Santiago, Chile, diciembre 9 y 10 del 2004.

humanos -continúa- tienen una dimensión individual y una dimensión social y colectiva. Estas dos dimensiones abarcan el reconocimiento de las libertades políticas y civiles y el acceso a oportunidades y capacidades que garantizan un determinado estándar en las condiciones de vida²⁷.

Guendel sostiene, en efecto, que el enfoque de derechos humanos, además de positivizarlos y hacerlos explícitos en un proceso de institucionalización, legitima las políticas públicas y revive, de manera permanente, el diálogo social que propicia su cumplimiento²⁸.

Antonio González, en el mismo sentido, propone “(...) entender las políticas públicas con enfoque de derechos humanos como la articulación racional de acciones y omisiones del Estado, y los resultados de estas, orientadas a la realización de derechos de la población (...)”. A su vez, agrega que estos resultados deben estar basados en dos componentes: el primero, “las obligaciones contraídas voluntariamente por los Estados a través de distintos instrumentos de derechos humanos y su interpretación progresiva por parte de órganos autorizados”, y el segundo: “la participación de la sociedad, y en particular de aquella más discriminada, en la definición de los principales problemas, necesidades y déficit de derechos, el diseño, monitoreo y evaluación de las políticas”²⁹.

Por su parte, Víctor Abramovich insiste en la legitimidad democrática de las políticas públicas y, en este sentido,

(...) considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas

27 Guendel, Ludwig. “La encrucijada del enfoque de derechos: pensando y haciendo la política pública de otra manera”, Ponencia presentada al VIII Seminario de Formación en DESC *Una mirada a las políticas públicas desde los derechos humanos*, julio 2007, pp. 54 y 56. Véase en http://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/5627/3/BVCI0005613_3.pdf

28 *Ibid.*, 76.

29 González Plessmann, Antonio J. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: una propuesta para su conceptualización*. Véase en: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalis2/dhdemocraciayemancipacion/antoniozonzales.pdf>

con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas³⁰.

El enfoque de derechos humanos -agrega Abramovich:

Apunta esencialmente a otorgar ese poder por la vía del reconocimiento de derechos. Una vez introducido este concepto en el contexto de la adopción de políticas, el punto de partida para formular una política ya no es la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades insatisfechas, sino fundamentalmente la existencia de personas que tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas para otros y, por consiguiente, al establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad. Se procura cambiar así la lógica de la relación entre el Estado -o los prestadores de bienes y servicios-, y los futuros beneficiarios de las políticas. Ya no se trata solo de personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones discrecionales, sino de titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir del Estado ciertos comportamientos³¹.

El enfoque de derechos, dice Guendel, busca crear un verdadero “espacio de interculturalidad de lo social, donde se discuta y se defina el bienestar no solamente desde la contribución económica o de la realización de los derechos políticos de participación sino, también, desde los derechos culturales centrados en una nueva manera de organizar la vida de los sujetos”³². En ese sentido, Guendel destaca que una política pública con enfoque de derechos debe estar orientada a desarrollar o garantizar lo siguiente:

La red de protección social. Esta es una propuesta que destaca la construcción de tejido social. La sociedad capitalista tiende hacia la fragmentación social e institucional. Se está organizando una sociedad autorreferenciada y egocéntrica que ha venido

30 Abramovich, Víctor. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, No. 8, abril 8 de 2006, p. 37.

31 *Ibid.*, p. 40.

32 Guendel, Op. cit., p. 66.

perdiendo la capacidad de coordinar y organizar lo social en torno a una concepción pública.

La territorialización de la gestión social. La política social con enfoque de derechos postula la importancia de conseguir una real interacción de los sujetos con las instituciones. El territorio es el lugar donde viven los sujetos y donde surgen los problemas y carencias sociales que deben ser atendidas universalmente. Una institucionalidad centrada en el sujeto es aquella que está cerca e identifica la prioridad junto con él, la transforma en un acuerdo social que fortalezca la cohesión social, al mismo tiempo que la ciudadanía la operacionaliza en resultados concretos en el bienestar. El territorio es, además, un espacio de interculturalidad que sirve para abrir el diálogo acerca de cómo encarar colectivamente el horizonte ético y permite a las personas expresarse independientemente del poder social y político del que disponga.

La política económica es un asunto que el enfoque de los derechos humanos ha considerado como crucial en los últimos tiempos, principalmente en aquellas áreas asociadas a garantizar un ambiente saludable y en armonía con la naturaleza, un empleo digno y adecuadamente remunerado, el acceso a los servicios de atención y las regulaciones en favor de un desarrollo sostenido y equilibrado. Este es un paso más hacia el tránsito de lo ético y lo jurídico a lo instrumental, como premisa básica para el cumplimiento de los derechos³³.

Estas consideraciones permiten inferir, en primer lugar, que las políticas públicas deben legitimarse con base en criterios democráticos y el reconocimiento integral de los derechos humanos, y que solo entonces generan un modelo de desarrollo más adecuado y, en segundo lugar, que la incidencia del Defensor del Pueblo en las políticas públicas no es cosa distinta que una representación de los derechos humanos y los intereses generales con el objetivo de alcanzar lo que Amartya Sen denomina *desarrollo humano*.

Queda, pues, planteada una tarea de hondo calado para las instituciones nacionales de derechos humanos, porque no es admisible una diferenciación de los mismos con el objeto de aplazar el cumplimiento de los derechos económicos y sociales.

En efecto, tal como se propuso siguiendo la tesis de Ferrajoli, lo que debe prevalecer es la universalidad de los derechos humanos. Se trata, dice el profesor italiano, de un reconocimiento de todos los derechos para todas las personas y, en este sentido, la universalidad debe entenderse no como la imposición de los derechos de una cultura sobre otra, sino como el reconocimiento de la *dignidad humana* que significa el reconocimiento de las particularidades relacionadas con situaciones o con grupos humanos específicos: mujeres, niños, migrantes, personas en situación de discapacidad, comunidades étnicas o minorías, sectores sociales en condiciones económicas críticas, etc. Además del reconocimiento, agrega Ferrajoli, se trata de la incorporación de todos los derechos en el ordenamiento positivo porque solo de esta manera los derechos dejan de ser simples enunciados para cobrar validez efectiva, esto es, para convertirse en potestades reales que pueden reclamarse frente al Estado o frente a otros sujetos³⁴.

Se advierte, en consecuencia, que la promoción y la garantía de los derechos humanos no admite distinción alguna, y mucho menos cuando se trata de la exigencia que el *Ombudsman* debe hacer frente a las autoridades estatales, para que se imprima una perspectiva de derechos en la formulación y la ejecución de todas las políticas públicas.

Pero la incidencia en las políticas públicas no termina en la proposición y el establecimiento de leyes porque se sabe que las leyes, por sí solas, no transforman la realidad social. La incidencia del *Ombudsman* en las políticas públicas debe abarcar acciones dirigidas al cumplimiento efectivo de las leyes, esto es, debe consistir en la exigencia de una voluntad política efectiva porque, sin una fuerte institucionalidad y sin una gestión pública eficiente, transparente y técnica, es muy difícil alcanzar los objetivos propuestos en la etapa o fase de la formulación.

34 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, p 38.

5. Principios orientadores de las políticas públicas con enfoque de derechos

Las políticas públicas con enfoque de derechos se rigen por unos principios básicos que resultan determinantes para su formulación, ejecución y evaluación. Estos marcan las pautas o guías para seguir en el momento previo, concomitante y posterior a la ejecución de determinada política. Esos principios se pueden resumir en los siguientes:

5.1. Universalidad, igualdad y no discriminación

La universalidad hace referencia, como se estudió arriba, a que la protección de un derecho específico, incluido en determinada política pública, no beneficia a una sola persona o sujeto en particular, sino a todas las personas en igualdad de condiciones. Se trata, en efecto, de los principios de igualdad y de diversidad que propugnan porque se brinden condiciones óptimas de bienestar para todas las personas titulares de derechos, y también se trata del establecimiento de una doctrina defensorial que, al tiempo que comprende todos los derechos humanos en una dimensión integral, demande, de manera efectiva, por su inclusión en las políticas públicas y por el establecimiento de instituciones para la protección, la justiciabilidad y la vigilancia de los mismos.

No obstante, las personas afectadas por condiciones de pobreza o en condición de exclusión social por razones políticas, sexuales, religiosas, de género, de enfermedad, de raza u otros motivos, deben ser objeto de una protección especial dados los persistentes actos de discriminación a los que han sido sometidos.

5.2. Exigibilidad

Este principio resulta fundamental para la eficacia de los derechos humanos incluidos en una política pública. Nuria Cunill sostiene que la exigibilidad se manifiesta en el establecimiento y eficacia de los siguientes mecanismos institucionales:

- Mecanismos judiciales, tales como la revisión judicial de los actos del ejecutivo y de sus omisiones.
- Mecanismos cuasi-judiciales, esto es, instituciones de defensa de los ciudadanos y tratados internacionales de derechos humanos.
- Mecanismos políticos, como el proceso parlamentario.
- Mecanismos administrativos, como la preparación, publicación y escrutinio del impacto de las imposiciones de derechos³⁵.

Se trata, de un Estado dispuesto a acatar sus responsabilidades, de un *Ombudsman* capaz de poner en evidencia las ausencias y negligencias del mismo y, además, del establecimiento de mecanismos de “*accountability*” o control ciudadano para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos de los que tratan las políticas. Tal como se consideró atrás, lo que hace legítima una política pública es la capacidad de los ciudadanos para participar en su formulación y para controlar a la administración pública a lo largo de su ejecución y, en ambos casos, la razón es que ellos son los destinatarios de las medidas que entrañan las políticas.

Estos mecanismos de *accountability* -asegura Cunill- hacen que los sostenedores de obligaciones respondan por sus actos y omisiones en relación con sus deberes, expliquen sus conductas y remedien o reparen las transgresiones a un derecho.

La forma y combinación de los mecanismos pueden variar según la naturaleza del derecho implicado, pero algunos de los mecanismos son insoslayables a fin de que el ciclo en referencia pueda ser cumplido y, por tanto, para que pueda operar la exigibilidad de los derechos. El aserto que cabe nuevamente reiterar, en este sentido, es que los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren de mecanismos de exigibilidad y cumplimiento y, por consiguiente, el establecimiento de mecanismos de tutela, garantía y responsabilidad³⁶.

35 Cunill Grau, Nuria. “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, Revista del CLAD *Reforma y Democracia*, No. 46, Caracas, feb. 2010, p. 7.

36 *Ibid.*, p. 20.

En otras palabras, el cumplimiento de los derechos se hace efectivo en la medida en que se cumplen las políticas públicas que se han formulado con enfoque de derechos y, esto es fundamental, en la medida en que existan instrumentos institucionales de carácter judicial, cuasi-judicial, administrativos y políticos que permitan a la ciudadanía demandar el cumplimiento y tutela de sus derechos.

Sin embargo, expresa Cunill que:

(...) el asunto de la *accountability* no se resuelve solo con la creación de autoridades independientes y la existencia de recursos que la ciudadanía pueda activar ante ellas. La propia institucionalidad prestadora de los servicios requiere cambios para que su responsabilización (sic) ante la ciudadanía pueda hacerse efectiva. Destacan, en este sentido, la definición de procedimientos y reglas administrativos que acoten la discrecionalidad de los prestadores de los servicios públicos -incluso los que están en manos privadas-, al menos en relación con dos asuntos que en la práctica pueden implicar una lesión a un derecho no obstante esté instituido: la calidad y la oportunidad de las prestaciones³⁷.

5.3. La participación ciudadana

La reflexión implícita en esta sección del trabajo de investigación, que tiene fundamento en el análisis económico propuesto por James Buchanan y, además, en las ideas sobre desarrollo humano de Amartya Sen, permite inferir que la participación de los ciudadanos legitima el proceso de formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas porque los ciudadanos son, en definitiva, sus destinatarios. En este sentido, la incidencia del Defensor del Pueblo en las políticas públicas comienza por la construcción de un diálogo abierto y democrático cuyos aprendizajes sociales guían a las autoridades estatales en sus misiones institucionales específicas.

Este principio hace referencia a que los ciudadanos deben tener derecho a participar en la toma de decisiones estatales, que los van a perjudicar o beneficiar en el futuro, o a proponer ante las autoridades estatales la toma de unas determinadas decisiones para afrontar realidades que los afectan en el presente. La participación ciudadana en las políticas públicas es, pues, democratizadora y, en este sentido, legitimadora de las decisiones de la autoridad estatal y, además, es el mecanismo para vigilar que las políticas públicas tengan un enfoque de derechos. De este principio se puede inferir que los ciudadanos no son simples beneficiarios de las políticas públicas, sino verdaderos titulares de derechos que pueden exigir comportamientos del aparato estatal reflejados en los programas contenidos en esas políticas.

Tal como lo ha afirmado Plessman,

El enfoque de derechos humanos, supone algo más que tomar como piso las obligaciones estatales. Si solo se tratara de ello y no necesariamente de contar con las personas y pueblos, sus reclamos, propuestas y decisiones vinculadas con la solución a su déficit de derechos, este enfoque sería un asunto para dejar en manos de técnicos o especialistas; una propuesta tecnocrática de aplicación de un conjunto de normas y obligaciones desde el Estado³⁸.

Ahora bien, el Defensor del Pueblo también participa de manera directa en la formulación de la política pública y en su evaluación. Además de propiciar el diálogo social en cuyo debate se suscitan aprendizajes que llevan a la ciudadanía a formar un criterio colectivo -la opinión pública, dicen los sociólogos- y, en consecuencia, a que la ciudadanía participe en la toma de decisiones de la autoridad estatal, el *Ombudsman*, en virtud de su misión institucional, puede promover leyes ante el Parlamento que, como base jurídica de las políticas públicas con enfoque de derechos, contribuyan a la construcción de una sociedad más justa, democrática y creativa.

38 González Plessmann, *Op. cit.*, p. 4.

5.4. Integralidad de los derechos

Este principio hace alusión a la integración de derechos como instrumento esencial de la interpretación y aplicación de los mismos. En otras palabras, se trata de que los derechos que una política pública pretenda desarrollar y tutelar estén en estrecha relación con el disfrute de otros. De esta forma, ya no se pretenden elaborar políticas y programas con finalidades concretas o limitadas al beneficio de un determinado derecho o grupo de derechos.

Al desarrollar este principio, Cunill resalta que:

Entre los rasgos destacados del marco normativo de los derechos humanos figura el reconocimiento de la interdependencia de los derechos, habida cuenta de que el disfrute de algunos derechos puede ser dependiente o contribuir al disfrute de otros. La interdependencia opera respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, de una parte, y los derechos civiles y políticos de la otra. Pero también un enfoque holístico o integral es reclamado en el propio disfrute de un derecho cualquiera, sobre todo si se trata de un derecho social³⁹.

5.5. Políticas públicas de Estado

Para concluir esta reflexión sobre el enfoque de derechos es importante recalcar, como lo hace Ludwig, en la necesidad de que las políticas públicas trasciendan los gobiernos de turno y se conviertan en políticas de Estado. Para eso, dice, es preciso destacar dos aspectos importantes:

El primero es que el enfoque de derechos permitió visualizar en las políticas públicas a sujetos que anteriormente se concebían desde una perspectiva demográfica o asistencial. Calificar las políticas sociales a partir de las características identitarias de estos sectores ha contribuido a la formulación de planteamientos más integrales e integrados. El segundo es que las políticas públicas incorporaron los temas del acceso a las libertades culturales lo cual ha permitido reforzar las tenden-

cias a la extensión de los programas hacia aspectos que no se resuelven únicamente con servicios sino que implican regulaciones, transmisión explícita de valores y promoción de formas de organización de la vida social y familiar⁴⁰.

Es posible sostener que las políticas públicas deben ser concebidas y ejecutadas con criterios políticos y técnicos. No obstante, los principios de la democracia imponen que los derechos de los ciudadanos y los intereses generales no deben subordinarse a los criterios técnicos o a las razones de Estado. Este equilibrio entre el interés individual de los ciudadanos, el interés colectivo y de las mayorías y, en fin, las razones del Estado, no siempre puede alcanzarse. Plessman sostiene, en este sentido, que:

La adopción del enfoque de derechos, sin duda alguna, supone retos y dificultades enormes, porque implica enfrentar estructuras de poder y discursos que obturan las posibilidades de democratización de la sociedad. Sin embargo, es siempre estimulante recordar con Foucault, que “no existe poder sin resistencia o rebelión en potencia” y es desde ahí, desde donde vale la pena pensar y actuar para hacer posible el nacimiento de lo nuevo. Es ese el tamaño de nuestro reto⁴¹.

No sobra recalcar, en consecuencia, que la idea principal, cuando se adoptan políticas públicas con enfoque de derechos humanos, es el impulso de estrategias y programas que garanticen, de manera efectiva, el goce y disfrute de esos derechos. Es preciso advertir que el principio que hace obligatorio la inclusión de los derechos en las políticas públicas se infiere de la democracia entendida como un proceso que va más allá de los comicios electorales. En otras palabras, los ciudadanos tienen un derecho a participar en la construcción y ejecución de esas políticas porque la democracia en nuestros días supone la construcción de consensos sociales permanentes que legitiman las acciones de los gobiernos de turno.

La democracia debe entenderse, más allá de la obligación de realizar procesos electorales para decidir quién gobierna, como un proceso de ampliación

40 Guendel, Ludwig, *Op. cit.*, p. 64.

41 González Plessmann, *Op. Cit.*, p. 6.

de los espacios públicos porque, como lo ha afirmado Hannah Arendt, en los espacios públicos están las fuerzas sociales que limitan la intromisión del Estado en la vida privada (intromisión que ha dado lugar al denominado totalitarismo de Estado) o la intromisión de los poderes privados en los espacios públicos sociales⁴².

La misión del *Ombudsman* tiene que ver, en consecuencia, con la promoción de una práctica cotidiana dirigida a la participación ciudadana y con la construcción de un espacio público necesarios para realizar diálogos y aprendizajes sociales, porque solo entonces las políticas públicas se formulan y ejecutan con perspectiva de derechos.

El enfoque basado en derechos humanos establece un marco conceptual, esto es, una guía programática para la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, pero no debe reducir ni hacer desaparecer las potestades del Estado. En efecto, la manera de hacer las cosas puede variar de acuerdo con la tradición y la cultura institucional de cada Estado de la región iberoamericana, pero la finalidad que deben seguir las políticas debe ser la misma, esto es, la protección y garantía de los derechos humanos a través de estrategias y programas construidos en ámbitos públicos y pensados para garantizar los derechos de todos los ciudadanos.

El enfoque de derechos, dice Abramovich,

(...) no siempre impone acciones concretas, sino tipos de obligaciones que si bien constituyen una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados un amplio espacio de discrecionalidad para elegir las medidas específicas destinadas a hacer efectivos esos derechos. Así sucede tanto con los derechos civiles y políticos como con los derechos económicos, sociales y culturales, todos los cuales traen consigo un conjunto de obligaciones negativas y positivas⁴³.

Además, agrega:

42 Arendt, Hannah. *La condición humana* [Traducción de Ramón Gil Novales], Argentina, Paidós, 2009, ver especialmente el Capítulo 2 “La esfera pública y la privada”.

43 *Ibíd.*, p. 41.

(...) no es difícil tender puentes y establecer relaciones entre el campo de los derechos humanos y los principios que suelen orientar o guiar las políticas y estrategias de desarrollo. El potencial encuentro entre estos ámbitos dependerá en gran medida de la decisión de cambiar la lógica de formulación de ciertas políticas públicas y sus niveles de universalidad, transparencia y fiscalización. En este potencial encuentro será fundamental también la profundización del rol que puedan desempeñar los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, a partir de la fijación de estándares mínimos más claros y precisos en aquellos temas de interés común, que puedan constituir un marco para definir políticas estatales y una vara para su control y evaluación⁴⁴.

Como puede verse, cuando se propone la incidencia del *Ombudsman* en la formulación, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas se suscita una tensión saludable entre tres fuerzas sociales indispensables para la vida social, en primer lugar, la necesidad de un Estado fuerte, con capacidad y voluntad dirigidas a ejercer un liderazgo social; en segundo lugar, la necesidad de frenar ese poder del Estado frente a los derechos humanos y la necesidad de proponer políticas públicas con perspectiva de derechos y, en tercer lugar, la necesidad de garantizar los intereses generales y los espacios públicos y de ponerlos a salvo de las arremetidas del poder del Estado y de los poderes privados.

6. El Defensor del Pueblo y la evaluación de las políticas públicas

Todas las políticas públicas deben estar sometidas a evaluación, esto es, deben ser examinadas en sus medios y en sus fines. La evaluación sobre los medios tiene que ver con la eficiencia y transparencia en la utilización de los recursos administrativos, económicos y financieros del Estado; la evaluación sobre los fines tiene que ver con la eficacia de la política y, en este sentido, con la pregunta simple de si se alcanzó lo que se buscaba.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 49.

La evaluación tiene que hacerse por parte de las autoridades estatales y debe estar abierta a la participación ciudadana. No obstante, la perspectiva de derechos permite una evaluación especializada que el *Ombudsman* puede hacer en las tres etapas de la política pública, esto es, en la etapa de la formulación, constatando si están incluidos y considerados de manera adecuada los derechos pertinentes; en la etapa de ejecución, constatando si existe un desarrollo adecuado de la política, si los recursos-administrativos, económicos y financieros se están dedicando a los fines propuestos y si la política está generando esos; y en la etapa de la evaluación, constatando si se alcanzaron los fines propuestos en el tiempo programado, si los derechos fueron garantizados y si el Estado, en consecuencia, consolidó su legitimidad.

Se advierte, que la legitimidad del Estado no solo deriva de la legalidad de sus actos sino, además, de la prudencia, eficiencia, transparencia, eficacia y justicia de sus políticas. Es esta la razón por la cual el ejercicio de la democracia, entendida esta como un proceso que va más allá de los comicios electorales, está asociado a una sociedad empoderada y que participa demandando políticas públicas y controlando a las autoridades en el desarrollo de esas políticas.

La misión del *Ombudsman* tiene, pues, un ideal que alcanzar y cuyo desarrollo fortalece la democracia y legitima el Estado. Consiste en procurar diálogos y aprendizajes sociales que generen la construcción de una opinión pública que pone en evidencia la necesidad de la acción del Estado y que está informada para evaluar los resultados de la acción estatal. Esta misión del *Ombudsman* se convierte, de esta manera, en un verdadero ejercicio democrático que permite corregir los errores de gestión cometidos en su desarrollo, avizorar posibles impertinencias antes de ejecutarlas, mejorar los aspectos técnicos necesarios para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y de los que las mismas políticas públicas establecen y proponer las acciones necesarias para que exista una verdadera eficiencia y eficacia estatal.

En esa medida, se han logrado identificar por lo menos tres tipos de evaluación a las que están sometidas las políticas públicas y que el *Ombudsman* debe auspiciar con su magistratura moral. Estas son: la evaluación *ex ante*, que se ejerce con anterioridad a la ejecución de la política pública y tiene que ver con la etapa de la formulación de la misma; la evaluación concomi-

tante, que se ejerce mientras se ejecuta la política; la evaluación *ex post*, que se ejerce con posterioridad a la ejecución de la política.

6.1. La evaluación *ex ante*

Como su nombre lo indica, esta evaluación es anterior a la ejecución y desarrollo de determinada política pública y corresponde al diagnóstico de un problema o una necesidad social y a la consecuente formulación de las estrategias, normas y acciones para afrontarlo. Según André Noël Roth,

(...) consiste en analizar una propuesta de ley, programa o proyecto para determinar los efectos que provocaría su implementación. Es un instrumento prospectivo y de ayuda a la decisión y consiste en pronosticar cuáles serán los impactos futuros causados por un proyecto, al analizar las diversas opciones diseñadas, generalmente en función de tres criterios: su eficacia, su impacto previsible, y su impacto en otras políticas públicas⁴⁵.

6.2. La evaluación concomitante

La evaluación concomitante hace referencia a la valoración que se realiza durante la ejecución de determinada política pública y, en este sentido, acompaña y vigila la puesta en marcha de los proyectos y programas que la conforman. Su objetivo ya no consiste en advertir o poner en evidencia posibles errores antes de la ejecución, tampoco en hacer proyecciones hacia el futuro sobre los impactos de dicha política. Su propósito consiste en realizar un acompañamiento y vigilancia continua sobre las acciones de la administración pública, esto es, sobre los procedimientos y procesos utilizados para la ejecución y desarrollo de la política pública.

(...) se trata -dice André Noël Roth- de realizar un seguimiento o monitoreo a las actividades de implementación de una estrategia, de unas acciones de la administración pública y de los programas de los que está compuesta -insumos, cronograma, realizaciones, resultados parciales, etc.- Este tipo de evaluación

45 Roth Deubel, André Noël. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá, Ediciones Aurora, 2009, p. 143.

puede ser de carácter continuo o periódico (semestral o anual) y puede ser realizado por personal de la misma administración –control interno- o grupos externos como en los casos de la interventoría o de la veeduría⁴⁶.

6.3. La evaluación *ex post*

La evaluación *ex post* es la más utilizada de todas las evaluaciones sobre políticas públicas. Incluso, suele reducirse la evaluación de políticas a este único tipo tal vez porque la mayoría de los indicadores están diseñados para medir resultados al final de los procesos. No obstante, lo que conviene al buen desarrollo de una política pública es una evaluación en sus tres etapas.

Como su nombre lo indica, la evaluación posterior corresponde a la constatación de los resultados de una política y se efectúa cuando han culminado todos los programas y proyectos de una política determinada comparando los resultados propuestos en la formulación y los obtenidos después de la ejecución.

(...) la realización de una evaluación *ex post* de una política pública -dice André Noël Roth- requiere de un cierto rigor y descansa en el uso apropiado de herramientas metodológicas -tanto cualitativas y cuantitativas- desarrolladas por las ciencias sociales como la estadística, las entrevistas, los sondeos, los análisis de informes y de textos, etc.⁴⁷.

La incidencia del *Ombudsman* en las políticas públicas puede realizarse, pues, en cualquiera de las tres etapas. Cuando la política se está formulando a partir de un diagnóstico, el *Ombudsman* puede hacer una aproximación crítica a los estudios científicos que componen el diagnóstico y, además, a la solución que el Estado propone para afrontar la realidad que desea transformar, sean estas iniciativas legislativas, diseños de programas o propuestas de planeación.

46 *Ibíd.*, p. 149.

47 *Ibíd.*, p. 150.

7. Las políticas públicas, la democracia, los derechos humanos y la incidencia del *Ombudsman*

Si se considera, como se ha afirmado, que las políticas públicas deben legitimarse con base en criterios democráticos y en el reconocimiento integral de los derechos humanos, y que solo entonces conducen a consolidar un modelo de desarrollo más adecuado, se infiere que la incidencia del Defensor del Pueblo en las políticas públicas no es cosa distinta que una representación de los intereses públicos en ese proceso con el objetivo de alcanzar lo que Amartya Sen denomina *desarrollo humano*.

Ahora bien, si se está de acuerdo con que una política pública debe entenderse como un proceso dirigido por el gobierno, en el que intervienen otras autoridades estatales, y que ese proceso tiene, cuando menos, tres fases: la formulación, la ejecución y la evaluación, se infiere que el *Ombudsman* debe incidir en las políticas públicas participando, de manera efectiva, en la fase de formulación y en la fase de evaluación de las mismas. No obstante, el *Ombudsman* no puede ir en contra de los principios que legitiman su función de supervisión del Estado y, en este sentido, debe tomar una distancia prudente frente a la fase de la ejecución porque, si se involucra en ella como un ejecutor más, podría perder la independencia que le da legitimidad para tomar una postura crítica frente a la acción del gobierno, del Parlamento y de los jueces.

En fin, es fundamental comprender que la discusión sobre la formulación y ejecución de las políticas públicas es una discusión política esencial que se refiere a la democracia que se quiere fortalecer, y no una discusión económica referida de manera exclusiva a la disponibilidad de los recursos económicos.

8. La judicialización de las políticas públicas: el caso colombiano

Así como el proceso de formación del Estado social de derecho estuvo asociado a la denominada *segunda ola democratizadora* en Europa, el *neoconsti-*

tucionalismo y las *transiciones a la democracia* impulsaron en América Latina la formación de lo que se ha denominado el Estado constitucional de derecho: “En lo que respecta a América Latina, este cambio se debió, en parte, a la ola de transiciones a la democracia que experimentaron muchos países de la región a partir de la década de 1980. Este proceso no fue un fenómeno autóctono sino parte de uno más amplio que afectó también a otras regiones del mundo”⁴⁸.

Y es en el ámbito social establecido por un Estado constitucional de derecho en donde el cumplimiento de las políticas públicas puede estar sometido a un control judicial por parte de las Cortes o Tribunales Constitucionales, como ha sucedido, por ejemplo, en Colombia. Sobre este punto García Jaramillo destaca el papel de la Corte Constitucional en la implantación de las tesis neoconstitucionalistas y señala que:

La importancia del rol de la Corte Constitucional en 20 años de creación y desarrollo del derecho ha visibilizado muchos problemas sociales que antes solo eran conocidos por especialistas que los estudiaban, permitiendo así que adquirieran significancia política. Ha forzado a sectores importantes de la política y la opinión pública a prestarle atención a cuestiones sociales antes ignoradas, así como a configurar una postura frente a ellas. Institucionalizó el Estado social de derecho que, como modelo ideológico y fórmula política, cuenta con elementos básicos como el respeto a la dignidad humana (art. 1), la proclamación de principios de democracia, participación y pluralismo (art. 1), la atribución a la Constitución de carácter supremo (art. 4), la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5), el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales (tit. 2, caps. 1 y 2) y la garantía jurisdiccional de la Constitución (cap. 4)⁴⁹.

48 Herrero, Álvaro. “La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino”. *Revista Política* 49 (1), 2011, pp. 71-106.

49 García Jaramillo, Leonardo. “Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional”. *Estudios de Derecho* 68 (152), 2011, pp. 79-112.

Rodrigo Uprimny, en el mismo sentido, considera que

“(…) la Constitución colombiana de 1991 es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social”, esto es, que “(…) no solo reconoce derechos liberales, sino también derechos sociales y les otorga fuerza normativa⁵⁰. La tesis que defendemos -dice Uprimny- es la siguiente: la Constitución colombiana es i) vinculante como norma jurídica, en cuanto establece límites legales a la acción de los poderes públicos, y ii) valorativa porque consagra principios y valores específicos. Sin embargo, sostenemos que la Constitución es también abierta, porque no constitucionaliza un modelo económico preciso sino que admite políticas económicas y sociales diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos⁵¹.

Es este imperativo constitucional el que se opone, de manera sistemática, a la tesis de la sostenibilidad económica -o regla fiscal- fundada en el principio de la austeridad que, como se estudió atrás, ha generado un acentuado proceso de declive del *Estado social de derecho*. En efecto, lo que se ha impuesto en los términos de Boaventura de Sousa, Stiglitz y Krugman, es una racionalidad política-económica dirigida a disminuir el gasto público que domina como un paradigma ineluctable el debate de la *cosa pública* en nuestros días y que amenaza la existencia de los intereses sociales. ¿Dónde quedan, en esta idea de desarrollo, las funciones del Estado dirigidas a la distribución de la riqueza, a la protección de los trabajadores y, en general, a garantizar los compromisos del Estado social de derecho?

En efecto, frente a una amplia divulgación de esta tesis de la austeridad la Corte Constitucional colombiana ha reaccionado para garantizar, por vía judicial, los derechos de algunos grupos vulnerables con sentencias y autos de procedimiento que se han convertido, en la práctica, en políticas públicas que entrañan derechos humanos. Frente a esta práctica judicial garantizadora Uprimny y Rodríguez han sostenido que

50 Uprimny Yepes, Rodrigo; García Villegas, Mauricio; Rodríguez Garavito, César. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006, pp. 37 y ss.

51 *Ibid.*, p 37.

Es difícil encontrar hoy en día una Constitución totalmente abierta o plenamente neutra frente a la política económica, porque en la medida en que el ordenamiento superior tenga fuerza normativa y reconozca derechos constitucionales, impone límites a la política económica. Por ello, es indudable que ciertas políticas económicas o sociales son inconstitucionales. Sin embargo, esto no significa que la Constitución institucionalice un modelo económico determinado y excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo dentro del marco fijado por los derechos constitucionales. La Constitución de un Estado social, fundado en los derechos sociales, debe ser entonces abierta, pero no neutra, sin que eso acabe el pluralismo y socave la legitimidad del ordenamiento jurídico⁵².

En otras palabras, en un Estado constitucional de derecho el contenido de derechos humanos de la Constitución puede reclamarse directamente ante el juez constitucional porque, tal como señala Jinesta

El control jurisdiccional de la función administrativa es, en suma, una consecuencia trascendental de la aplicación del principio de legalidad a la administración, pues supone que la misma está sujeta al bloque de legalidad, al derecho, los que se constituyen en parámetros permanentes de la actuación administrativa, fuera de cuyos márgenes deviene en irregular. El ámbito administrativo es permeado por el derecho, con lo que no quedan espacios exentos de su cobertura⁵³.

Ahora bien, agrega Uprimny, este control judicial de las políticas públicas se inserta en lo que se ha denominado *judicialización de la política* entendida esta como el condicionamiento judicial o la decisión judicial “sobre asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática”⁵⁴.

52 *Ibid.*

53 Jinesta Lobo, Esteban. “El control jurisdiccional de la administración pública”. *Revista Judicial* (63). 1997, pp. 98-112.

54 Uprimny y Otros, *Óp. cit.*, pp. 37 y ss.

En fin, frente a los críticos que sostienen que la judicialización de las políticas públicas ha significado una distorsión de la separación de poderes, fundados en una vieja idea según la cual las políticas deben formularse y ejecutarse con base en una iniciativa exclusiva del gobierno, es preciso recordar el principio democrático que hace prevalecer los intereses generales y los derechos humanos sobre cualquier otra consideración de orden estatal y, además, insistir en que la judicialización de las políticas ha contribuido, de manera eficaz, a evitar abusos de los órganos políticos y de las mayorías en contra de minorías estigmatizadas o de individuos, ha logrado situar en el centro del debate la protección de los derechos y, en fin, ha puesto en evidencia que la garantía de los derechos, más que limitación a la democracia, es precondition de la misma⁵⁵.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 65.

En el contexto generado por la nueva ola democratizadora de principios del siglo XX, que propició la configuración del Estado social de derecho, emergieron organismos de control independientes de los poderes públicos en forma de instituciones con autoridad y legitimidad para ejercer controles especializados dirigidos a supervisar el Estado en el cumplimiento de sus funciones y, de esta manera, a determinar si existen faltas disciplinarias, detrimento del patrimonio público o violaciones a los derechos de los ciudadanos. En este sentido, se puede afirmar que el Defensor del Pueblo, como un organismo de control, nació inspirada en la figura del *Ombudsman* sueco y se estableció en muchos países del mundo como una institución con la vocación de defender y promover los derechos de los ciudadanos frente a la autoridad estatal.

Los Estados de la región iberoamericana no fueron ajenos a este proceso y, con el auspicio teórico del constitucionalismo, establecieron la institución del *Ombudsman* bajo distintas denominaciones -Defensor del Pueblo, Defensor de los Habitantes de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Procurador de los Derechos Humanos, Comisionado Nacional de los Derechos, Procurador del Ciudadano, *Raonador del Ciutada*, Procurador Federal de los Derechos de los Ciudadanos e Instituto Nacional de Derechos Humanos- con la función de garantizar los derechos de los ciudadanos imponiendo límites al poder de la autoridad estatal y, de manera específica, a la acción de la administración pública. En efecto, el origen de la Defensoría del Pueblo, tal como se entendió en nuestro entorno iberoamericano, alcanzó su razón en el curso de la evolución política hacia la democracia y la construcción del Estado social de derecho, esto es, en un entorno donde el poder se fue limitando en favor de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Sin embargo, la misión del *Ombudsman* no se limitó a dirimir la tensión entre autoridad y libertad típica de los Estados liberales porque la emergencia

de los derechos sociales le llevó a proponer un modelo de desarrollo más humano y sostenible en términos del medio ambiente que, a su vez, le involucró de manera definitiva en la tensión entre libertad e igualdad y, por este camino, a incidir en las políticas públicas de orden social.

En este panorama, el trabajo científico contenido en el presente documento se fundó en una compilación, sistematización y análisis de fuentes primarias -entendidas como principios y preceptos constitucionales de los Estados de la región, disposiciones legales y, además, en los resultados de una encuesta diseñada por el equipo investigador que permitió hacer un sondeo de opinión entre los funcionarios de las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en Iberoamérica¹- y en la consideración de las fuentes secundarias pertinentes -entendidas como las opiniones y doctrinas producidas por especialistas en los temas filosóficos, políticos, económicos y sociales que están involucrados en la misión del Ombudsman²- *que propiciaron los análisis con los que se corroboró lo que el equipo investigador había intuido desde el principio, esto es, que la magistratura moral, la supervisión del Estado, la promoción y defensa de los derechos humanos y la incidencia en políticas públicas deben ponderarse como las variables adecuadas para adelantar una investigación de esta naturaleza.*

Este trabajo de investigación contiene, pues, un ejercicio académico en el que se cruzaron esas cuatro variables de análisis con dos tiempos diferentes -que corresponden al balance y a la perspectiva- y en el que se puso en evidencia que las instituciones estatales encargadas de la defensa, la promoción y la divulgación de los derechos humanos en la región iberoamericana en nuestros tiempos son cada día más necesarias porque las complejas transformaciones sociales experimentadas desde finales del siglo XX han suscitado, por un lado, un declive de las capacidades del Estado y un fortalecimiento de los poderes privados en cuyo contexto se suscita una erosión de los acuerdos sociales sobre el interés general y el respeto de la diversidad que propiciaron el establecimiento de principios democráticos y republicanos y, por el otro, una merma considerable de las políticas públicas de

1 Todas las fuentes primarias citadas en este trabajo fueron compiladas y sistematizadas en unas matrices cuyas variables fueron diseñadas por el equipo investigador. Las matrices de fuentes primarias hacen parte de los anexos de este trabajo y, dada su extensión, se adjuntan en medio electrónico.

2 Las fuentes secundarias citadas en este trabajo se enuncian en la bibliografía.

orden social y, como consecuencia, la emergencia de nuevas amenazas a la seguridad humana, a los derechos de cada individuo y a los derechos de los grupos de personas en situaciones adversas.

Hechas estas consideraciones se pueden enunciar las conclusiones de este trabajo:

Primera: la labor del *Ombudsman* en nuestros días debe entenderse como una magistratura moral dirigida a suscitar diálogos abiertos y democráticos y, por esta vía, consensos sociales que legitimen un discurso sobre el respeto de los derechos de las personas, el interés común, la participación ciudadana y, en general, sobre la necesidad de construir y mantener lo público. En efecto, cuando en nuestros días se considera la magistratura moral del *Ombudsman* se hace referencia a una *auctoritas*, esto es, a una dignidad republicana sumada a una legitimidad democrática que puede definirse como un poder sin sanción, dirigido a construir un diálogo abierto y democrático que persuade a la sociedad sobre la necesidad de defender el *Estado social de derecho*, entendido este como la suma de saberes sociales e instituciones adecuadas para afrontar, de manera creativa las consecuencias positivas y negativas derivadas del dinámico y complejo proceso que la humanidad está viviendo desde finales del siglo XX.

Para alcanzar este objetivo el Defensor del Pueblo debe tener origen parlamentario, período fijo y, además, no ser el representante de intereses particulares o de grupos políticos, porque solo esta procedencia y condición le darán la legitimidad democrática y la independencia política y económicas necesarias para construir esos saberes sociales compartidos, esto es, para proponer debates amplios e incluyentes que buscan establecer consensos en torno del interés general, los derechos humanos, la democracia y, en general, lo público. Se puede agregar que la construcción de este discurso cobra sentido y, a su vez, legitima al *Ombudsman*, cuando se traduce, en la práctica, en la defensa del *Estado social de derecho* frente a quien ejerce la *potes-tas* -el ejecutivo y el legislativo y el ejecutivo- y, además, frente a los poderes privados.

La *magistratura moral* es, pues, además de una función del Defensor del Pueblo, un carácter distintivo que debe tener quien, pese a que no cuenta con

la competencia para establecer sanciones como los jueces u otros órganos de policía y de control estatal, tiene una *auctoritas* que le permite movilizar la opinión en defensa de lo público, esto es, en defensa del interés general, del bien común y de los asuntos y espacios públicos donde se construyen consensos sociales con base en diálogos abiertos, democráticos y participativos.

Ahora bien, la magistratura moral del Defensor del Pueblo no puede interpretarse como una función de simple árbitro, sino como la capacidad para mantener vigente el *Estado social de derecho*. Se trata de una *auctoritas* que, fundada en la independencia en su origen, en su período fijo y ajena a intereses particulares o de grupos políticos, recurre a la legitimidad que proviene de su reconocimiento social, de su dignidad republicana y de su talante democrático para suscitar diálogos sociales amplios e incluyentes que generen acuerdos y saberes en torno del interés general, del bien común, de los derechos humanos y de los asuntos y espacios públicos.

En otras palabras, el *Ombudsman* es un funcionario independiente que supervisa el Estado ocupándose, para el efecto, de atender las quejas de los ciudadanos contra las injusticias, los errores o los excesos de la administración pública, de los jueces, de los legisladores y de los poderes privados. Para ejercer esta función tiene el poder de investigar, de criticar y de hacer públicas las acciones administrativas, pero no puede revocarlas.

Segunda: la supervisión del Estado se funda en el principio de la división de poderes que desde la Ilustración se instauró con el objetivo de poner límites a quienes ejercen la autoridad pública y, con posterioridad, en las ideas sobre la necesidad de establecer órganos de control con misiones referidas a la promoción y garantía de los derechos humanos y a la defensa de la democracia.

En este sentido, y si se considera que la magistratura moral consiste en la construcción de un discurso que se divulga y que, como un diálogo social abierto y permanente, genera un aprendizaje sobre la necesidad de defender los intereses generales, los derechos humanos, los espacios públicos y el florecimiento de estilos particulares de vida, se colige que la *auctoritas* debe oponerse a la *potestas* y, en este sentido, que el *Ombudsman* debe llevar a cabo una permanente supervisión del Estado que se traduce, en la práctica, en

una vigilancia del ejecutivo y la administración pública, del legislativo, de los jueces y la administración de justicia y, en fin, de los poderes privados.

Si se siguen los principios filosóficos del constitucionalismo y la tradición del *Ombudsman*, se puede agregar que la supervisión del Estado debe entenderse como un control orientado a promover y proteger los derechos e intereses de los ciudadanos, porque la gestión defensorial consiste en hacer prevalecer un discurso según el cual los derechos humanos son fines esenciales del Estado y, en este sentido, la gestión pública ya no se justifica en una *razón de Estado* sino en el valor trascendental de la dignidad humana. En otras palabras, lo que legitima esta función del *Ombudsman* es el principio kantiano según el cual el Estado está al servicio de las personas, y no al contrario.

Tercera: los derechos humanos son el fundamento esencial de la supervisión del Estado que hace el Defensor del Pueblo. En consecuencia, esos derechos deben considerarse, como se consideran en este trabajo de investigación, de manera integral, y deben ser tratados en pie de igualdad porque todos tienen la misma importancia. Desde esta perspectiva, y considerando este enfoque teórico, se puede agregar que todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y del ambiente, quedan incluidos en la construcción de una sociedad más justa.

Esta es la razón por la cual en este trabajo se insta a considerar que las diferencias ideológicas entre derechos deben superarse. En efecto, algunos pensadores han sugerido que existen diferencias entre, por un lado, los derechos civiles y políticos, cuya garantía, dicen, solo requiere de una abstención del Estado (un *dejar hacer y dejar pasar*) y, por el otro, los derechos económicos, sociales y culturales, cuya garantía, agregan, amerita una intervención positiva del Estado. Esta diferenciación ha propiciado, en ocasiones, una interpretación inadecuada que sostiene que los derechos civiles y políticos, por suponer una abstención del Estado, pueden garantizarse de manera inmediata, mientras que los derechos sociales, cuya garantía amerita una acción positiva del Estado, suponen la formulación de políticas públicas más complejas y más costosas que solo pueden ejecutarse de manera progresiva, esto es, cuando el Estado alcance un nivel de desarrollo que le permita financiarlas.

No obstante, y siguiendo las reflexiones planteadas en la presente investigación, esas diferencias entre derechos deben superarse por dos razones. En primer lugar, porque como lo establece el *Programa de Acción de Viena* que aquí se invoca, los derechos humanos ameritan una amplia e incluyente enunciación que, además, supone una interpretación ceñida a los principios de integralidad, interdependencia, indivisibilidad y no regresividad. En segundo lugar, porque la satisfacción de los derechos humanos, cualquiera que sea su naturaleza, requiere de una intervención positiva de la autoridad pública.

Cuarta: Si la supervisión del Estado ejercida por el *Ombudsman* consiste en el ejercicio de un control de la administración pública, su incidencia en la formulación, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas va más allá, porque se funda en una idea integral de los derechos humanos que propicia la construcción de un nuevo pacto social con un objetivo esencial: mantener el *Estado social de derecho* en el cauce adecuado y exigir de los tomadores de decisiones públicas que enfrenten, de manera creativa, las consecuencias negativas de la globalización económica, que hagan reformas fiscales progresivas, que promuevan un modelo de desarrollo que genere crecimiento sostenible y equitativo y, en fin, que procuren el pleno empleo.

En otras palabras, si se considera que las políticas públicas deben legitimarse con base en criterios democráticos y en el reconocimiento integral de los derechos humanos, y que solo entonces propician un modelo de desarrollo más adecuado, se infiere que la incidencia del Defensor del Pueblo en las políticas públicas no es cosa distinta que una representación de los intereses públicos en el proceso de formulación, ejecución y evaluación de las mismas con el objetivo de alcanzar un *desarrollo humano*.

En este punto del análisis se requiere hacer una consideración especial: una política pública, que debe entenderse como un proceso técnico y democrático para la toma de decisiones y para la ejecución de gestiones de la administración pública, tiene, como se estudió con anterioridad, tres fases: la formulación, la ejecución y la evaluación, y las tres involucran componentes normativos, financieros y de gestión. En este sentido, el *Ombudsman*, fundado en su magistratura moral, debe incidir en las políticas públicas participando, de manera efectiva y en representación del interés general y de los derechos de todas las personas, en la fase de su formulación aproximán-

dose, de manera crítica, a la iniciativa del ejecutivo y a los debates parlamentarios, y en la fase de evaluación de las mismas contribuyendo al examen que debe hacerse sobre los procesos y los resultados de una política pública.

No obstante, en el ejercicio de su función referida a la incidencia en políticas públicas el *Ombudsman* debe tomar una distancia prudente frente a la fase de la ejecución, esto es, no debe involucrarse en ella como un ejecutor más porque iría en contra de los principios de independencia que legitiman su función de supervisión del Estado y de crítica de la administración pública. En otras palabras, la *auctoritas* del *Ombudsman* no debe confundirse con la *potestas* del ejecutivo y del legislativo.

Ahora bien, se puede advertir, como ya se hizo con anterioridad, que no hay diferencias entre derechos humanos en cuanto a los niveles de protección, garantía y respeto por parte del Estado, pero que las políticas públicas dirigidas a garantizarlos sí son diferentes. Las políticas públicas necesarias para alcanzar niveles ideales de libertad deben referirse a la construcción de una cultura de tolerancia y de respeto de la diversidad, lo que supone un fortalecimiento de la educación cívica y de la administración de justicia; las políticas públicas necesarias para alcanzar niveles adecuados de bienestar social van más allá porque se refieren al establecimiento de un modelo de desarrollo que sea productivo y, al mismo tiempo, justo, incluyente y respetuoso del medio ambiente, lo que supone una acción directa de todas las autoridades estatales encargadas de promover ese modelo de desarrollo coherente con esos ideales.

Estas reflexiones conducen a pensar la democracia como un proceso que va más allá de la elección de los gobernantes y, de la misma manera, la incidencia en las políticas públicas del *Ombudsman* como una acción que va más allá de la supervisión del Estado. En efecto, la democracia debe entenderse como un proceso en el que los ciudadanos intervienen, de manera activa, en tres momentos que coinciden con las tres fases en las que la teoría ha dividido el desarrollo de las políticas públicas. El primer momento tiene que ver con la participación del ciudadano en los procesos electorales y de escogencia de sus representantes en las diferentes corporaciones públicas, lo que se ha denominado democracia representativa, que se hace de manera concomitante con la etapa de formulación de las políticas en la medida en que los electores escogen un candidato de acuerdo con un programa de

gobierno. El segundo momento tiene que ver con la participación del ciudadano en los procesos de toma de decisiones de esos representantes del pueblo -lo que se ha denominado democracia participativa- que se refiere a la ejecución de los programas de gobierno, al respeto de los intereses de las minorías y a la inclusión de todos en el reconocimiento de las libertades y de los derechos, y que coincide con la etapa de ejecución de las políticas públicas. En fin, el tercer momento tiene que ver con la participación de los ciudadanos en el control sobre los resultados de esas decisiones de los gobernantes que llega hasta la rendición de cuentas -y, en algunos países, hasta la construcción de presupuestos públicos participativos- que coincide con la etapa de evaluación de las políticas públicas.

Esta reflexión suscita un aprendizaje esencial: la construcción de políticas públicas adecuadas solo es posible si es respaldada por un proceso democrático amplio y si existe un Estado fuerte y una administración pública con recursos adecuados y guiada por principios de humanidad para garantizar los derechos de todas las personas y el interés general. Esta reflexión permite inferir que la incidencia del *Ombudsman* en las políticas públicas consiste en la promoción de la democracia y en la exigencia de una gestión pública adecuada y transparente, porque solo de esa manera es posible la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Si se acepta este aserto se puede colegir que frente a los paradigmas económicos que prevalecen, que han legitimado a los tomadores de decisiones para insistir en un ajuste económico fundado en la austeridad y que se ha dirigido fundamentalmente a reducir el gasto que financia las instituciones que garantizan los derechos humanos y a dismantelar las políticas públicas sociales, el Defensor del Pueblo debe incidir ante quienes toman las decisiones estatales con el objetivo de reconstruir el saber social que, fundado en la democracia y en el respeto integral de los derechos humanos, hace prevalecer los intereses públicos sobre los privados.

Quinta: Las reflexiones expuestas ameritan una consideración especial de los derechos económicos, sociales, culturales y del medio ambiente pues en su garantía el *Ombudsman* juega un papel esencial, en primer lugar, porque en ejercicio de su magistratura moral debe suscitar diálogos sociales amplios cuyos aprendizajes se transformen en una opinión pública informada y empoderada para exigir transparencia, eficiencia y efectividad de la

administración pública y, sobre esas bases, para proponer políticas públicas que deben ser apropiadas en términos científicos y deben estar legitimadas por la participación ciudadana. En segundo lugar, porque una doctrina defensorial aceptable debe dirigirse a la protección integral de los derechos humanos y, en este sentido, a humanizar el desarrollo, y este proceso solo es posible en espacios sociales de libertad y de expansión de las oportunidades porque su realización exige la eliminación de los obstáculos que atentan contra el ejercicio de la libertad en todas sus dimensiones y, en sentido positivo, alcanzar los indicadores de la seguridad humana.

Se puede advertir, en efecto, que el reto que ha asumido el *Ombudsman* en nuestros tiempos es descomunal porque debe afrontar una paradoja: por un lado, porque como consecuencia de las dinámicas complejas de globalización las sociedades demandan políticas públicas más coherentes para afrontar, de manera creativa, las exclusiones y desigualdades que se derivan de ese proceso social y, además, que sean más sensatas en términos de desarrollo humano; por el otro, porque bajo esas mismas dinámicas, que en términos económicos suponen la hegemonía de las lógicas del mercado, impulsadas por el neoliberalismo, las instituciones estatales, y entre esas la Defensoría del Pueblo, sufren un declive en la medida en que hay un declinar de los procesos democráticos que las legitimaron en su origen.

En otras palabras, ¿cómo garantizar el interés general, los derechos humanos y los espacios públicos en el contexto de la globalización, si para hacerlo se hacen necesarios un aparato estatal fuerte y, en cuanto interesa a este trabajo, unas instituciones estatales encargadas de la defensa y la promoción de los derechos humanos con legitimidad democrática y recursos económicos e institucionales adecuados y suficientes?

Se infiere, pues, que el debate sobre el desarrollo de las políticas públicas, que abarca la discusión sobre cuánto se debe gastar y qué objetivos se buscan con esas políticas, debe superar el enfoque específico de una escuela de pensamiento económico y proponerse como un debate político amplio, referido a la construcción de un Estado más fuerte y más democrático. En otras palabras, el debate no puede referirse a una regla fiscal cuya sostenibilidad debe imponerse sobre cualquier otro criterio, sino a las decisiones sobre la construcción de asuntos públicos que deben ser prioridad en cual-

quier presupuesto público, porque solo es sostenible un Estado que propicie la democratización política, social y económica.

En fin, hay una cuestión adicional que no puede soslayarse: ¿qué papel debe jugar el *Ombudsman* en los países de la región iberoamericana que han sido y siguen siendo azotados por conflictos armados internos en tiempos en los que prevalecen las dinámicas del proceso de globalización y se experimenta una transformación esencial de la arquitectura de la sociedad humana manifestada, entre otras cosas, en un declive de la soberanía estatal, en una internacionalización de los derechos humanos, en una internacionalización de la economía de mercado y en la prolongación y degradación de los conflictos armados?

La respuesta abarca puntos esenciales del orden social y, en consecuencia, debe enunciarse partiendo de una comprensión útil de la paz que no puede reducirse a la urgente y necesaria negociación entre el gobierno y los grupos armados de oposición, pues eso sería suponer que la paz es solo la ausencia de guerras y, en este sentido, que la posible desmovilización tras la negociación de los actores armados garantizaría la reconciliación social.

En efecto, si se considera que la paz es hija de la justicia, la paz en un país azotado por un conflicto armado interno no puede reducirse al acuerdo entre los actores de ese conflicto, sino que debe entenderse como un derecho de los pueblos y como la construcción de una sociedad más incluyente y equitativa.

Se puede inferir que los problemas de la guerra y de la paz, pese a que antes se consideraban como problemas exclusivos del gobierno de turno y se *resolvían* con decisiones pragmáticas amparadas en la figura de la *razón de Estado*, hoy deben legitimarse con otros criterios que involucran razones éticas y de justicia que deben ser abanderadas por el Defensor del Pueblo en dos momentos diferentes: el primero, demandando de los gobiernos respectivos y de los alzados en armas un esfuerzo sincero y efectivo dirigido a la dejación de armas, la pacificación y al reconocimiento de los derechos de las víctimas de todos los actores del conflicto; el segundo, demandando de la sociedad en conjunto y, de manera especial, a los sectores que ejercen diversas formas de poder, la reconciliación social, esto es, la construcción de una sociedad más justa e incluyente que consolide esa paz y, en este sentido, que proponga un diálogo y unos consensos sociales sobre el orden político y el modelo económico que deben desarrollarse.

Libros

ABRAMOVICH, VICTOR Y COURTIS, CHRISTIAN. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

ARADILLAS AGUDO, ANTONIO. *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, Madrid, Plaza & Janes, 1985.

ARENDT, HANNAH. *La condición Humana*, Traducción de Ramón Gil Novales, Argentina, Paidós, 2009.

ARISTÓTELES. *La Política*, libro sexto, capítulo, XI.

AYALA, JOSÉ MERCADO. *Elección pública e instituciones. Una revisión de las teorías modernas del Estado*, México, UNAM, 1996.

BAUMAN, ZYGMUNT. *Vidas desesperadas, la modernidad y sus parias*, Barcelona, Paidós, 2005.

BECCARIA, CESARE. *Principios de economía pública y otros ensayos*, Traducido por Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BENTHAM, JEREMÍAS. *Obras selectas*, Buenos Aires, RODAMILLANS, 2005.

BOBBIO, NORBERTO. *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

BOBBIO, NORBERTO. *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

BRAIBANT, GUY, QUESTIAUX, NICOLE, WIENER, CÉLINE. *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, Paris, Éditions Cuyas, 1973.

BRICENÑO VIVAS, GUSTAVO. *Un ombudsman para la democracia*, Medellín, Konrad Adenauer Stiftung-CIELDA-COPRE-Biblioteca jurídica DIKE, 1995.

CARDOSO, F. H. Y FALETTO, E. *Dependencia y Desarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1969.

CARPISO, JORGE. *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

CHEVALLIER, JACQUES. *El Estado Posmoderno*, Traducción de Oswaldo Pérez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

CÓRDOBA TRIVIÑO, JAIME. *El Defensor del Pueblo, Antecedentes, Desarrollo y Perspectiva de la Institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992.

CÓRDOBA TRIVIÑO, JAIME. *El Defensor del pueblo y los estados de excepción: Texto de la comunicación enviada al Presidente del Congreso el 16 de marzo de 1993*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, Imprenta Nacional, 1993.

COULANGES, FUSTEL. *La ciudad antigua*, Traducido por Carlos García Gual, Madrid, Biblioteca EEDAF 75, 1982.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991.

DE VATTEL, E. *The law of nations*, Philadelphia, T. and J. W. Johnsons, Law booksellers, 1852.

ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *El Ombudsman en el sistema internacional de Derechos Humanos*, Madrid, Editorial trama, 2010.

ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Defensor del Pueblo de España, Pamplona, Edit. Aranzadi, 2008.

ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *VII Informe sobre Derechos Humanos, Seguridad ciudadana*, Madrid, Edit. Trama, 2011.

FERNANDEZ, EUSEBIO. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, traducción de Andrés Perfecto Ibáñez, Madrid, Trotta, 2006.

FERRAJOLI, LUIGI. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia italiana*, Roma, Ed. Laterza, 2011.

FIORAVANTI, MAURICIO. *Los derechos fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, 3ra. Edición, Trotta, 2000.

FUENTES, CARLOS. *En esto creo*, Barcelona, Seix Barral, 2002.

GALBRAITH, JOHN KENETH. Barcelona, Ariel, 1972.

GALVIS ORTÍZ, LIGIA. *La Magistratura Moral y el Paradigma de los Derechos*. Colombia, *Autoridad sin Sanción*, GIZ, 2010.

GANDHI, MAHATMA. *Todos los hombres somos hermanos*, Madrid, UNESCO y Sociedad de Educación Atenas, 1983.

GARCIA LAGUARDIA, JORGE. *Derechos Humanos y democracia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO. *Instituciones suicidas*, México, Paidós, 2000.

GIDDENS, ANTHONY. *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*, Madrid, Cátedra, 1996.

GONZÁLEZ PLESSMANN, ANTONIO J. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: una propuesta para su conceptualización*, Quito, Programa Andino de Derechos Humanos, 2008.

GRIMAL, PIERRE (COMPILADOR). *El helenismo y el auge de Roma. El mundo mediterráneo en la Edad Antigua II*, México y Bogotá, Siglo XXI Editores, 1972.

HABERMAS, JÜRGEN. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrotu, 1986.

HABERMAS, JÜRGEN. *La acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2005, y *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 1999.

HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Edit. Trotta, 2005.

HAURIOU, ANDRÉ Y Otros. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980.

HELLER. HERMANN. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.

HOBSBAWM, ERIC. *Historia del siglo XX*, Barcelona, Grijalbo Mondadori, 1995.

HOBSBAWM, ERIC. *La era de las revoluciones, 1789 - 1848*, Barcelona, Crítica, 1997.

IGLESIAS, ENRIQUE. *Cambio y Crecimiento en América Latina 1988-1998*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

IRÁIZOZ, MARÍA. *La Eficacia del Defensor del Pueblo en Iberoamérica. Expansión y caracterización como instituciones nacionales de derechos humanos*. Madrid. 2012.

JULIO ESTRADA, ALEXEI. *El ombudsman en Colombia y México. Una perspectiva comparada*. México, UNAM - Corte Constitucional de Guatemala - Procurador de DDHH de Guatemala, 1994.

KEYNES, JOHN MAYNARD. *La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Oxford, Oxford University Press, 1960.

KRASNER, STEPHEN. *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010.

KRUGMAN, PAUL Y OBSTFELD, MURICE. *Economía Internacional*, Madrid, 3ª. ed., McGraw Hill, 1996.

KRUGMAN, PAUL. *End This Depression Now!*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

LIVIO, TITO. *Desde la fundación de Roma*, Traducido por Agustín Millares, 271 | México, Universidad Autónoma de México, 1998.

LOCKE, JOHN. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Aguilar, 1963.

LOEWESTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1970.

LUEBBERT, GREGORY. *Liberalism, fascism or social democracy: social classes and the political origins of regimes in interwar Europe*, New York, Oxford University Press, 1991.

NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós, 2007.

NUSSBAUM, MARTHA. *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Buenos Aires, Kats editores, 2010.

MAIER, CHARLES. *Recasting Bourgeois Europe: stabilization in France Germany and Italy in the decade after world war I*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

MAIORANO, JORGE. *El ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987.

MARITAIN, JACQUES. *Christianisme et démocratie*, Paris, Éditions de la Maison française, 1943.

MEDINA QUIROGA, CECILIA. *Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*, libro IX, cap. VI. Madrid, Editorial Sarpe, 1984.

MOORE, BARRINGTON. *Social origins of dictatorship and democracy: Lord and peasant in the making of the modern world*, Boston, Beacon Press, 1966.

OFFE, CLAUSS. *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Madrid, Alianza Universidad, 1990.

PANE, LENI. *El Control en la Democracia. Primera Experiencia del Ombudsman Municipal*, Paraguay, Defensora de la Ciudad de Asunción, 1999.

PARSONS, WAYNE. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica de las políticas públicas*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, 2007.

PARSONS, WAYNE. *Problemas públicos y retos de diseño de políticas. Viejas y nuevas tendencias*, México, FLACSO, 2005.

PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado de Argumentación – La nueva retórica*, traducción española de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Edit. Gredos, 2000.

PECES-BARBA MARTINEZ, GREGORIO. *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

PISARELLO GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

POGGE, THOMAS. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós. 2005.

PREBISCH, RAÚL. *El desarrollo económico de América Latina y sus Principales Problemas*, Santiago de Chile, CEPAL, 1949.

PRIETO SANCHIS, LUIS. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2007.

RADBRUCH, GUSTAV. *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999.

ROUSSEAU, JEAN JACQUES. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Buenos Aires, Losada, 1980.

ROTH, ANDRÉ-NÖEL. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Editorial Aurora, 2002.

ROWAT, DONALD. *El Ombudsman - El Defensor del Ciudadano*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1986.

SACAVINO SUSANA. Educación en Derechos Humanos: pedagogías desde el Sur, en *Educación en derechos humanos: pedagogías desde el Sur*, Rio de Janeiro: NOVAMERICA, Susana Beatriz Sacavino (org), 2013.

SALOMÓN DELGADO, LUIS ERNESTO. *El Ombudsman*. Guadalajara, Editorial Universidad de Guadalajara, 1992.

SAMUELSON, PAUL. *Economía desde el corazón*, Barcelona, Folio, 1987.

SEN, AMARTYA. *Desarrollo y Libertad*, Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, Bogotá, Ed. Planeta, 2000.

SEN, AMARTYA *Desarrollo y libertad*, Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, Barcelona, Editorial Planeta, 2000.

STIGLITZ, JOSEPH. *El Malestar de la globalización*, Madrid, Taurus, 2002.

STIGLITZ, JOSEPH. *La economía del sector público*, Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2002.

STIGLITZ, JOSEPH. *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*, Nueva York, Norton & Company Inc., 2012.

SMITH, ADAM. Indagación acerca de las causas y de la naturaleza de la riqueza de las naciones, México, Fondo De Cultura Económica, Serie de Económica, 1997.

SORENSEN, GEORG. *La transformación del Estado. Más allá del mito del repliegue*, Traducción de Ramón Cotarelo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

T. S. *La Revolución Industrial*, Segunda Impresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

TRABAJOS DEL PENSADOR ALEMÁN: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1981 y *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 1999.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO Y BOTERO MARINO, CATALINA. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, julio de 2006.

VANEGAS ÁLVAREZ, SONIA. *Origen y devenir del Ombudsman*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

VELA ORBEGOZO, BERNARDO. *Lecciones de derecho internacional, Tomo I*, Temas de derecho Público N. 86, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

VELA ORBEGOZO, BERNARDO. *El declive de los fundamentos económicos de la paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

VON CLÁUSEWITZ, KARL. *De la guerra*, Barcelona, Editorial Labor, 1984.

WEBER, MAX. *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1984.

WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997.

ZIZEK, SLAVOJ. *El Espinoso Sujeto, El centro ausente de la ontología política*, Buenos Aires, Paidós, 2001.

ZOVATTO G., DANIEL. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas, Editorial jurídica venezolana, 1990.

Capítulos de libros, artículos compilados en libros y artículos publicados en medios escritos

ABRAMOVICH, VÍCTOR. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo” en *Revista de la CEPAL* No. 8, Abril 8 de 2006.

ABRAMÓVICH, VÍCTOR, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina”, en Centro

de Estudios Legales y Sociales, CELS, Argentina, Documento preparado para: “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”, Santiago, Chile, diciembre 9 y 10 del 2004.

BANCO MUNDIAL. “El Estado en un mundo en transformación”, en *Informe sobre el desarrollo mundial*, Washington D. C., Banco Mundial, 1997.

BANCO MUNDIAL. “Instituciones para los mercados”, en *Informe anual sobre el desarrollo mundial*, Banco Mundial, 2002.

BANCO MUNDIAL. “Instituciones para los mercados. Informe anual sobre el desarrollo mundial”, Washington D. C., Banco Mundial, 2002”, en *El Estado es un mundo en transformación. Informe sobre el desarrollo mundial, 2007*, Washington D. C., Banco Mundial, 1997.

BAZÚA, FERNANDO Y VALENTI, GUIOVANNA. “Políticas públicas y desarrollo”, en Masse, Carlos y Sandoval, Eduardo (Coordinadores), *Políticas públicas y desarrollo municipal*, México, Universidad Autónoma del Colegio de México, 1995.

BELLAMY, ALEX Y WHEELER, NICHOLAS. “Humanitarian intervention in world politics”, en *The globalization of world politics*, New York, Oxford University Press, 2008.

BUCHANAN, JAMES. “The Public Choice Perspective”, en *Liberty, Market and State: Political Economy in the 1980's*. New York, New York University Press, 1986. “Cost and Choice. An inquiry in economic theory”, en Geoffrey Brennan, Hartmut Kliemt, and Robert D. Tollison, *The Collected Works of James M.*; “The Public Choice Perspective”, en *Liberty, Market and State: Political Economy in the 1980's*. New York: New York University Press, 1986; “Política sin romanticismos: Esbozo de una teoría positiva de la elección pública y de sus implicancias normativas” (1979), en Buchanan y otros, *El análisis económico de lo político*. Madrid: I.E.E. 1984.

CEPAL. “Estudio Económico de América Latina y el Caribe. Tres décadas de crecimiento desigual e inestable”, en CEPAL, Santiago de Chile, agosto de 2013.

CEPEDA, MANUEL. “Las sentencias de la corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”, en *XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*. Cartagena de Indias, ICDT, 2004.

CIPDH. “Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos, Desempeño y legitimidad: instituciones nacionales de derechos humanos”, Versoix, Suiza, 2000, en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Serie de Capacitación Profesional No.12 Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.

“CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE DERECHOS HUMANOS”, Viena, 14 al 25 de junio de 1993.

CONSTANT, BENJAMIN. “De la Libertad de los antiguos comparada a la de los modernos”, en *Discurso pronunciado por Constant en el Ateneo de Paris*, Paris, 1819.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. “Defensoría del Pueblo. Análisis comparado”, en Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, CEPAL, INSTITUTO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL. “Panorama de la gestión pública en América latina”, en *La hora de la igualdad*, consultado en versión electrónica en la página de CEPAL.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Capítulo V, párr. 59. OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7”, en *Informe Anual de la CIDH 2005*, Washington, 27 febrero 2006.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Pronunciamiento de la comisión interamericana de derechos humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la república de Colombia”, en OEA/Ser.L/V/II.125 Doc. 15. Washington 1 agosto 2006.

CUNILL GRAU, NURIA. “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. No. 46, Caracas, Feb. 2010.

DOCUMENTO. “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”, Santiago, Chile, diciembre 9 y 10 del 2004.

DOCUMENTO. “Teoría del Estado”, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

DOCUMENTO. “Defensorías del Pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas”, en Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001.

ESCOBAR, GUILLERMO. “VII Informe sobre Derechos Humanos, Seguridad ciudadana”, en Federación Iberoamericana del Ombudsman, Madrid, Edit. Trama, 2011.

GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO. “Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional”, en *Estudios de Derecho*, Medellín, 2011.

GIMÉNEZ MERCADO, CLAUDIA Y XAVIER VALENTE ADARME, “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes”, en *Cuadernos del Cendes*, Año 27. N° 74, Mayo-Agosto 2010.

GONZÁLEZ KARUNA, LUIS (Ed). “Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos”, en *Oficina del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos*, México, edición Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales México Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C. Gesoc, Agencia para el Desarrollo, A.C. 2010.

GUENDEL, LUDWIG. “La encrucijada del enfoque de derechos: pensando y haciendo la política pública de otra manera”, en Ponencia presentada al VIII Seminario de Formación en DESC, *Una mirada a las políticas públicas desde los derechos humanos*, julio 2007.

HABÈRLE, PETER. “La Dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Fernández Segado, Francisco, Coordinador, Madrid, Kykinson, 2008.

HUNTINGTON, LINZ Y STEPAN, CITADOS EN HERRERO, ÁLVARO, “La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino”, en *Revista política* 49(1), Chile 2011.

IIDH. “La justiciabilidad directa de los derechos económicos, Sociales y culturales”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R. IIDH, 2009.

IGLESIAS, ENRIQUE. “Cambio y Crecimiento en América Latina 1988-1998”, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

JARES, XÉSUS. “Educación y Derechos Humanos. Estrategias didácticas y organizativas”, en *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos*, Bogotá, Colombia, PLANEDH, 2009.

JINESTA LOBO, ESTEBAN. “El control jurisdiccional de la administración pública”, en *Revista Judicial* (63), 1997.

KRASNER, STEPHEN. “Globalización y soberanía” en: Teubner, Gunther; Sassen. Saskia; Krasner, Stephen, en *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010.

LUEBBERT, GREGORY. “Liberalism, fascism or social democracy: social classes and the political origins of regimes in interwar Europe”, en New York, Oxford University Press, 1991.

NACIONES UNIDAS, PNUD. “Human Development Report 1994”, en *New dimensions of human security*; “Human Development Report 1996”, en *Economic growth and human development*; “Human Development Report 1997”, en *Human Development to Eradicate Poverty*.

NACIONES UNIDAS. “Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 10”, en *La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales* (19º período de sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/25 (1998). Aprobado en la 51ª sesión (19º período de sesiones), el 1º de diciembre de 1998.

NACIONES UNIDAS, PNUD. “Human Development Report 1994”, *New dimensions of human security*; en NACIONES UNIDAS, PNUD, Human Development Report, *Economic growth and human development*, 1996.

NACIONES UNIDAS, PNUD. “Human Development Report 1997”, *Human Development to Eradicate Poverty*, 1997.

NACIONES UNIDAS. “Los principios de París”, en resolución 1992/54, París, 1993.

MOORE, BARRINGTON. “Social origins of dictatorship and democracy: Lord and peasant in the making of the modern world”, en Boston, Beacon Press, 1966.

MÚNERA, LEOPOLDO. “Estado, política y democracia en el neoliberalismo”, en Restrepo Botero, Darío (Editor). *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.

O`DONELL, GUILLERMO. “La democracia en América Latina: contribuciones para el debate”, en O`Donell, Guillermo y Oszlak, Oscar, *Acerca del Estado en América Latina Contemporánea: diez tesis para la discusión*, Texto preparado para el proyecto “La Democracia en América Latina” propiciado por la Dirección para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (DRALC-PNUD), 2004.

OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos”, en edición Luis González Karuna, *Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales México Fundar*, Centro de Análisis e Investigación, A.C. Gesoc, Agencia para el Desarrollo, A.C. México, 2010.

OSZLAK, OSCAR. “El Estado democrático en América Latina”, en *Nueva Sociedad*, No. 210, julio – agosto de 2007.

PLANEDH. “Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos”, Bogotá, Colombia, 2009.

PNUD. “La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos”, con la coordinación de Fernando Esteves, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

PNUD. “El Ascenso del Sur: Progreso Humano en un Mundo Diverso”, en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013.

PNUD. “Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014 Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: diagnóstico y propuestas para América Latina”, en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, 2013.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL & RIVERA RUGELES, JUAN. “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, en *Revista Universitas*, México, (121), 2010.

ROSENAU, JAMES. “Previewing post internacionalpolitics”, en *Turbulence in World Politics*, Princenton, Princenton University Press, 1990.

SALVUCHI SALGADO, JOSÉ G. “El ombudsman como controlador de la actividad administrativa y defensor de la dignidad humana”, en *El Defensor del Pueblo en Venezuela*, Caracas, Publishing House Kinesis, 1993.

SASSEN, SASKIA. “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en Teubner, Gunther; Sassen, Saskia; Krasner, Stephen, *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010.

STERN, KLAUS. “Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo. Algunos comentarios sobre aspectos fundamentales”, en Fernández Segado, Francisco, Coordinador, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Kykinson, 2008.

STEPHENS, JOHN. “Democratic transition and break down in Western Europe, 1870 – 1939: a test of the Moore thesis”, en *American Journal of Sociology*, No. 94, 1989.

TÁVARA, JOSÉ. “Los servicios públicos y el rol de las Defensorías del Pueblo: desafíos de la experiencia peruana”, en *Debate Defensorial*, revista de la Defensoría del Pueblo, Lima, N° 1, septiembre, 1998.

TERESA SANCHO Y FEDERICO BORGES. “El aprendizaje en un entorno virtual y su Protagonista, el estudiante virtual”, en *Evolución y retos de la educación virtual* Editorial UOC, Barcelona, Begoña Gros Salvat, 2011.

UNESCO. “Informe de Seguimiento de la EPT Enseñanza y aprendizaje: Lograr la calidad para todos”, Francia, 2014.

UNESCO. “Informe de Seguimiento de la EPT, Enseñanza y aprendizaje: Lograr la calidad para todos”, en *Informe de Seguimiento de la EPT Enseñanza y aprendizaje: Lograr la calidad para todos*, Francia, 2014.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO & RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. “Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria”, en *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Dejusticia-IDEP, 2007.

VALENCIA VILLA, ALEJANDRO (EDITOR). “Verdad y justicia en procesos de paz y transición a la democracia”, en Alto Comisionado de Naciones Unidas para derechos humanos oficina Colombia, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, septiembre de 1999.

VAN DÜLMEN, RICHARD. “Los inicios de la Europa moderna (1550 – 1648)”, en *Historia universal del siglo XXI*, Volumen 24, Madrid, séptima edición española, Siglo XXI, 1995.

VILLAR BORDA, LUÍS. “Estado de derecho y Estado social de derecho” en: *Revista del Estado*, N° 20 Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

WILLIAMSON, J. “What Washington Means by Policy Reform?”, en J. Williamson (comp). *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington DC, Institute for International Economics, 1990.

Constituciones, legislaciones, convenciones, declaraciones, pactos y resoluciones

Constitución Política de Bolivia

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de Ecuador.

Constitución de la República de Paraguay.

Constitución Política del Perú.

Constitución Política de la República de El Salvador.

Constitución Política Argentina

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969.

Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

Declaración y el Programa de Acción de Viena. Punto 5.

Decreto 183 de 1993. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador.

Decreto No. 54 de 1986. Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos.

Decreto No. 153 de 1995 de Honduras. Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

Ley 7319 de 1992 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

Ley Orgánica No. 3 Española.

Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México de 1992.

Ley 212 de 1995 de Nicaragua.

Ley No. 7 de 1995, por medio de la cual se crea la Defensoría del Pueblo en la República de Panamá.

Ley 631 de 1995 de Paraguay.

Ley 26.520 de 1995, Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Perú.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Ecuador.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, 1945.

Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana, *Sentencia No. C-225/95*. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (campo Algodonero) vs. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 64 y 66; Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

Bibliografía en sitios web:

CARPIZO MACGREGOR, JORGE. *Algunas preocupaciones sobre la institución del Ombudsman*. Tomado de: www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021.

CARPIZO MACGREGOR, JORGE. *Algunas preocupaciones sobre la institución del Ombudsman*. Tomado de: www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021.

CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, *Panorama de la gestión pública en América Latina. En la hora de la igualdad*. Tomado de: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/42339/P42339.xml&xsl=/ilpes/tpl/p9f.xsl&base=/ilpes/tpl/top-bottom.xslt>

CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, *Panorama de la gestión pública en América Latina. En la hora de la igualdad*, Tomado de: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/42339/P42339.xml&xsl=/ilpes/tpl/p9f.xsl&base=/ilpes/tpl/top-bottom.xslt>

COMITÉ DESC. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 24º período de sesiones Ginebra, 13 de noviembre a 1º de diciembre de 2000 *Tema 3 del programa provisional*. E/C.12/2000/13 2 de octubre de 2000. Introducción y Párr.10. Tomado de: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/ed4316d20459fba3c125699700510241/\\$FILE/G0044707.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/ed4316d20459fba3c125699700510241/$FILE/G0044707.pdf)

DAMMASCH, SABINE. *The System of Bretton Woods a Lesson for History*. Tomado de: <http://www.wu.uni-magdeburg.de/fwdeka/student/arbeiten/006.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Décimo Séptimo informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República de Colombia*, 2010. Tomado de: www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/17

FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. Tomado de: <http://www.portalfio.org/inicio/>

GEOFFREY BRENNAN, HARTMUT KLIEMT, AND ROBERT D. TOLLISON. *Cost and Choice. An inquiry in economic theory*, en *The Collected Works of James M. Buchanan*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999-2002. Tomado de: <http://oll.libertyfund.org/titles/1068>.

HISTORIA UNIVERSAL. Tomado de: <http://www.historiacultural.com/2009/04/organizacion-inca-politica.html>.

JULIO ESTRADA, ALEXEI. *El ombudsman en Colombia y México. Una perspectiva comparada*. México, UNAM - Corte Constitucional de Guatemala - Procurador de DDHH de Guatemala, 1994. Tomado de: www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021.

NACIONES UNIDAS. *Asamblea General. Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe*, 2000. Tomado de: www.eclac.org.

NACIONES UNIDAS. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993. Tomado de: <http://www.un.org/es/>

NACIONES UNIDAS. *Oficina del Ombudsman de Servicios de Mediación*, Tomado de: <http://www.un.org/es/ombudsman/>

NACIONES UNIDAS. Tomado de: <http://www.un.org/es/ombudsman/faqs.shtml>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Folleto informativo N° 33 (S.F) P.21. Tomado de: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf>

PAUTASSI, LAURA C. “La articulación entre políticas públicas y derechos, vínculos difusos”. Tomado de: http://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_economicos_sociales_culturales_pp/La_articulacion_entre_politicas_publicas_y_derechos_laura_pautassi_.pdf. Pág. 1.

PARLIAMENTARY OMBUDSMEN, EN SVERIGES RIKSDAG. Tomado de: <http://www.riksdagen.se/en/How-the-Riksdag-works/What-does-the-Riksdag-do/Parliamentary-control/The-Parliamentary-Ombudsmen/>

PNUD - *Informe Mundial sobre Desarrollo Humano 1994*. Nuevas dimensiones de la seguridad humana. Tomado de: <http://indh.pnud.org.co/files/rec/nuevasdimensionesSH1994.pdf>.

PNUD. *Informe Mundial sobre Desarrollo Humano 1994. Nuevas dimensiones de la seguridad humana*. Tomado de: <http://indh.pnud.org.co/files/rec/nuevasdimensionesSH1994.pdf>.

REVISTA DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008) ISSN: 0214-8676 pp. 224. Tomado de: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13548519812919495222202/042161.pdf?incr=1>.

ROWET, DONALD. *El Ombudsman, El Defensor del Ciudadano*, Fondo de Cultura Económica, México D. F. 1986. Tomado de: www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021.

UNA MAGISTRATURA MORAL. Tomado de: <http://www.panamaamerica.com.pa/notas/549197-una-magistratura-moral>

VIDAL PERDOMO, JAIME. “El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del "ombudsman" en Colombia,” en: *Foro Colombiano*, número 432, junio, 2005. Tomado de: www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3021.

Otras páginas web consultadas:

http://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/5627/3/BVCI0005613_3.pdf

<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalis2/dhdemocraciayemancipacion/antoniogonzales.pdf>

<http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html>

<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm10s.htm>

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

El debate filosófico que se propició desde sus orígenes romanos permite afirmar que la institución del *Tribuno del Pueblo* buscaba frenar la *arrogancia principesca* haciendo prevalecer la *dignidad republicana* y, tal como se puede corroborar en el trabajo empírico contenido en el presente documento escrito, es posible colegir que la *magistratura moral* en nuestros días es, además de una función esencial del Defensor del Pueblo, un carácter distintivo que debe tener quien, pese a que no cuenta con la competencia para establecer sanciones como los jueces u otros órganos de policía y de control estatal, tiene la independencia, el talante, la dignidad y el reconocimiento social propios para movilizar la opinión en defensa de lo público, esto es, en defensa del interés general, del bien común y de los asuntos y espacios públicos donde se construyen consensos sociales con base en diálogos abiertos, democráticos y participativos.



**Defensoría
del Pueblo**
COLOMBIA

Calle 55 No. 10-32
Tel. 57+1 314 4000
57+1 314 7300
Bogotá D.C., Colombia

www.defensoria.gov.co