

Las Defensorías del Pueblo, un puente entre la ciudadanía y el Estado en América Latina. Alcalá de Henares: CICODE, Universidad de Alcalá, 2006, p. 120-129

4. LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Guillermo Escobar, Universidad de Alcalá

1.

¿De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos? Interesa responder de entrada a esta cuestión, a fin de situar correctamente el tema que nos convoca. Hoy los derechos humanos son (estamos definiendo, aportando un concepto y no una concepción, esto es, describiendo el uso habitual de un término, que puede ser compartido por todos), sobre todo, dos cosas:

1) Los derechos de Derecho internacional, esto es, los reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y ello con diversos niveles de exigibilidad, que pueden reducirse a los tres siguientes: a) exigibilidad moral (por ejemplo, Declaración Universal de 1948); b) exigibilidad política (por ejemplo, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966); c) exigibilidad jurídica limitada (por ejemplo, Convenio Europeo de 1950 y Convención Americana de 1969).

Versión escrita de la intervención del autor en el seminario internacional «Desafíos y oportunidades en la protección y promoción de los derechos humanos», celebrado en la sede de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) los días 13 y 14 de febrero de 2006. En el texto se mantiene el tono informal de la exposición oral, evitándose asimismo las citas doctrinales y las notas a pie de página. Algunas de las ideas que aquí se exponen proceden de dos trabajos previos del autor: *Introducción a la teoría jurídica de Los derechos humanos* (Trama, Madrid, 2005) y «Defensorías del Pueblo y democracia» (*Quórum*, núm. 13, 2005, págs. 72-89). Otras ideas deben mucho al debate con los ya cientos de alumnos que hasta la fecha han realizado los cursos *on Line* del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica, financiado por la AECI.

Los derechos exigibles sólo moral o políticamente no pueden considerarse derechos en sentido jurídico, pues la dogmática suele reservar este término para los derechos subjetivos, esto es, los exigibles ante los tribunales. Incluso en los textos internacionales dotados de mayor grado de exigibilidad jurídica, esta no deja de ser en gran medida limitada, al depender en última instancia de la disponibilidad de los Estados para ejecutar las resoluciones adoptadas en la esfera internacional.

2) Las aspiraciones morales de los individuos y, más concretamente, sus demandas de abstención o actuación, dotadas de una cierta importancia (esto es, derivadas de la dignidad de la persona y normalmente reconocidas como legítimas por la comunidad internacional) y por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado.

En los sistemas políticos actuales conviven dos criterios básicos de legitimidad, a veces (en realidad, sólo excepcionalmente) contrapuestos: la democracia (se obedece al Estado porque en su composición y actuación respeta las reglas básicas de la democracia: sufragio universal en la elección del Parlamento, decisión por mayoría en el Parlamento tras escuchar la voz de las minorías, primacía de la ley, etc.) y los derechos humanos (se obedece al Estado porque respeta las libertades y garantiza las necesidades básicas de las personas). En mi opinión, al menos en América latina, el criterio de legitimidad de los derechos humanos es más importante. Adviértase que entiendo la legitimidad en un sentido empírico o sociológico: lo que la gente piensa. Para la existencia misma del Estado, por tanto, la cuestión de los derechos humanos no es algo accesorio sino esencial. Hablar hoy del Estado (o del sistema político) sin hablar de derechos humanos, como con frecuencia se hace desde una ciencia política supuestamente avanzada, es un grave error (tan grave como analizar políticas públicas sin referirse al Derecho, pero de eso se hablará en otra ocasión).

En los Estados constitucionales de Derecho (esto es, en toda Iberoamérica, salvo en Cuba), los derechos humanos se protegen a través de los derechos fundamentales, que son los derechos humanos reconocidos en la Constitución, siempre y cuando, claro está, aquellos cuenten con las garantías propias de esta, a saber, vinculación de los poderes públicos (incluido el Parlamento) y tutela de los tribunales.

Este modelo, bien consolidado y admitido, tiene algunas limitaciones en sí mismo y dificultades prácticas en su aplicación, entre ellas:

1) La garantía judicial de todas las categorías de derechos, que a veces encaja mal con la naturaleza de alguna figura, ofrece variados problemas (la reforma judicial es

seguramente el primer reto de la reforma del Estado en Iberoamérica), entre ellos: a) barreras de acceso (más fácticas que jurídicas), especialmente para los sectores más desfavorecidos de la población; b) lentitud de los procesos, que muchas veces convierte la garantía judicial en inútil; c) mentalidad tradicional o conservadora de los jueces, que suelen mostrarse reacios a imponer a los poderes públicos actuaciones positivas; d) limitaciones impuestas por el propio Derecho positivo, pues el juez protege los derechos en los márgenes permitidos por el ordenamiento, estándole vedado garantizar aquellos más allá de lo previsto en las normas.

2) Los derechos sociales de prestación y, en general, los derechos que concretan el Estado social o pretenden una mayor igualdad material, no son protegidos, en la práctica, de forma eficaz. De hecho, para una influyente (y conservadora) corriente doctrinal y jurisprudencial, ni siquiera puede hablarse aquí de «auténticos» derechos. Se esgrimen, sobre todo, razones económicas (revestidas de razones políticas e incluso jurídico-constitucionales, como la división de poderes) para justificar que el Parlamento no quede aquí (sí, curiosamente, en todo lo demás) vinculado por la Constitución (el llamado argumento presupuestario, según el cual es el legislador y no el constituyente quien asigna las prioridades del gasto público) o para defender que los tribunales no impongan actuaciones positivas a los poderes legislativo y ejecutivo. En síntesis, para evitar riesgos mayores (que, por cierto, nunca llegaron) se borra de un plumazo toda posibilidad de lograr que en la práctica los derechos sociales sean de verdad derechos.

11.

El sistema jurídico-político dominante es consciente de sus propias limitaciones y crea instituciones paralelas al entramado clásico de protección, a fin de que contribuir, desde el propio Estado, a evitar los problemas que antes apuntábamos. Se trata, en definitiva de crear «parches», no de atacar los problemas en su raíz. A este respecto, las instituciones más relevantes, en el ámbito de los derechos humanos, son las Defensorías del Pueblo. Hay quien piensa (aunque, hasta donde conozco, nadie ha demostrado seriamente esta tesis) que, con su creación, el sistema pretende dar apariencia (en el sentido de la ideología en Marx, como intento de deformación de la realidad para obtener legitimación) de preocupación por los derechos humanos y que las Defensorías son órganos decorativos, meras marionetas en manos de los poderes tradicionales y que de nada sirven. Personalmente, no participo de esta idea y considero que hay datos sobrados para afirmar la utilidad e importancia de estas instituciones.

Las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica tienen algunas características comunes (existe por tanto un cierto modelo iberoamericano de *Ombudsman*), entre ellas:

1) Son órganos unipersonales, elegidos por el Parlamento (normalmente, por mayoría cualificada) y que por tanto entroncan bien con el principio democrático: proceden del órgano democrático por excelencia y, previamente a su designación, se produce un debate público en el cual los parlamentarios pueden exponer sus puntos de Vista.

Interesa destacar que ninguna organización no gubernamental tiene un grado semejante de legitimidad democrática, desde luego por su origen pero seguramente tampoco por su forma de actuación.

2) Una vez elegido, el Defensor se independiza del Parlamento que lo nombró. No es correcto calificar al Defensor, como sigue haciendo una rancia doctrina, de «comisionado parlamentario».

La independencia del Defensor, predi cable no sólo frente al Parlamento sino también frente a cualesquiera poderes públicos o privados, suele reconocerse en la ley con carácter general y acompañarse seguidamente de técnicas concretas de garantía; por ejemplo, el Parlamento sólo puede cesar al Defensor en supuestos tasados y circunstancias excepcionales. En Iberoamérica, no conozco ningún caso de Defensor cesado por el Parlamento. Ni en la época de Fujimori el Parlamento peruano llegó a lograr la destitución de Walter Albán, que se había opuesto con valentía al régimen imperante.

Por mi pasada experiencia como magistrado, estoy convencido de que, por muchas técnicas de garantía que el legislador quiera establecer, la independencia de una institución del Estado depende, ante todo, del contexto psicológico y sociopolítico. En España, por ejemplo, existe un alto grado de independencia judicial porque existe larga tradición al respecto y porque el ambiente es favorable a ella. Esto es algo mucho más útil que el sistema de incompatibilidades o el procedimiento de recusación.

Los Defensores del Pueblo no pueden dejar de ser independientes, especialmente frente al poder ejecutivo: todos ellos sabe bien que su misma supervivencia como Defensores depende precisamente de esto. Hacen falta, sin embargo, buenas dosis de inteligencia política para mantener esta independencia en su justa medida: el Defensor proviene del sistema político (es elegido por el Parlamento, y por tanto, por los partidos, salvo que existan normas que exijan su presentación por la llamada socie-

cualquier Defensoría latinoamericana: allí se encuentran los problemas reales de las personas reales y para su solución bastaría muchas veces con un mínimo apoyo material.

III.

En el modelo iberoamericano, las Defensorías tienen por principal misión la protección de los derechos humanos; en la práctica, lo hacen con las siguientes peculiaridades:

1) Las Constituciones y las leyes reguladoras de las Defensorías suelen hablar de derechos fundamentales (estos son, recuérdese, los derechos reconocidos en la Constitución) al definir su ámbito material de protección. Sin embargo, sostengo que en realidad las Defensorías no protegen los derechos fundamentales sino los derechos humanos, pues no limitan su tutela a la constatación del incumplimiento del Derecho sino que la extienden más allá: a la valoración crítica de las normas y a las propuestas de reforma de las disposiciones incompatibles con los derechos humanos y de adopción de otras nuevas, destinadas a lograr una mayor efectividad de los mismos; algo que resultaría incompatible, por ejemplo, con la naturaleza propia de la función jurisdiccional. De hecho, las Defensorías son la única institución del Estado cuya principal misión es la garantía de los derechos humanos.

2) Las Constituciones y las leyes reguladoras de las Defensorías suelen referirse a la Administración pública a la hora de definir su ámbito subjetivo de control. Sin embargo, en la práctica el control muchas veces se amplía a otros ámbitos, a saber: a) servicios públicos privatizados (si antes eran Administración pública y ahora dejan de serlo, se acude a argumentos de derechos humanos para evitar la huída del control); b) vulneraciones de derechos procedentes de particulares (piénsese por ejemplo en la violencia intrafamiliar: los dos últimos Informes de la FIO relatan actuaciones de casi todas las Defensorías iberoamericanas en la materia), considerándose en estos casos que fue la propia Administración quien vulneró el derecho en cuestión, al no haber previsto o sancionado adecuadamente la vulneración privada; c) control del legislativo, si bien por la vía de la garantía meramente objetiva de los derechos; téngase en cuenta que, de no controlarse al ejecutivo, en muchos casos la labor de la Defensoría resultaría inútil: en el Estado de partidos, el ejecutivo y el legislativo tienden a confundirse y muchos de los problemas traen causa de normas cuya modificación sólo compete al Parlamento.

Como se advierte, se ha producido una notable ampliación del ámbito subjetivo de control de las Defensorías, y ello muchas veces al margen de las previsiones legales. A mi juicio, aunque habrá que estar a las peculiaridades de cada ordenamiento concreto, esta circunstancia, en principio, no resulta jurídicamente problemática, ya que las Defensorías, al no dictar resoluciones coactivas, no están sujetas al principio de vinculación positiva de la Administración a la ley.

La única excepción clara al control de las Defensorías es el poder judicial, pudiéndose tan sólo controlar los aspectos administrativos de la Justicia (por ejemplo, las dilaciones indebidas). En un Estado de Derecho las resoluciones de los tribunales han de ser jurídicamente inatacables. En términos institucionales, además, considero que las Defensorías y los jueces deben ser colaboradores en la defensa de los derechos humanos, debiendo evitarse posibles enfrentamientos entre ambas instancias.

3) Todos los derechos humanos son objeto de la protección de las Defensorías.

Sin embargo, los más frecuentemente exigidos ante estas instituciones, al menos en Iberoamérica, son, precisamente, los que más dificultades de protección encuentran en las instituciones tradicionales, y en especial en los tribunales: los derechos de grupos vulnerables (migrantes, niños, ancianos, personas en situación de discapacidad, reclusos), que chocan con barreras de acceso a la Justicia y los derechos sociales de prestación, por las razones ya señaladas.

Otro ámbito significativo de actuación de las Defensorías, seguramente menor desde el punto de vista cuantitativo pero de gran importancia cualitativa es la defensa de la democracia, aportando en la materia un punto de vista de gran interés: no el tradicional de las instituciones (los partidos, el sistema electoral) sino el más cercano y concreto de los ciudadanos (derechos de participación), lo que resulta esencial para contribuir a resolver el más grave problema de la democracia actual: la separación entre representantes (el punto de vista de las instituciones) y representados (el punto de vista de los derechos). Me he ocupado de esta cuestión en un trabajo recién publicado, por lo que no insistiré ahora sobre ella.

La protección por las Defensorías de los derechos humanos se realiza siguiendo diversas técnicas o instrumentos, que se resumen en los siguientes:

1) Resolución de quejas (o, subsidiariamente, actuación de oficio) mediante el seguimiento de la labor de las Administraciones públicas en casos concretos. El pro-

cedimiento suele concluir con exhortaciones de hacer o de no hacer al órgano vulnerador. Se trata del ámbito sin duda más importante, al menos cuantitativamente, del trabajo de las Defensorías.

2) En caso de que la Defensoría no se crea competente para utilizar la técnica anterior, información al ciudadano que llega a la institución sobre la mejor forma de proteger los derechos vulnerados o, en su caso: a) remisión de la queja a otras instancias, para que sean estas quienes resuelvan directamente el problema; b) presentación de recursos en sede jurisdiccional.

3) Recomendaciones de reformas normativas o de políticas públicas, dirigidas normalmente a órganos concretos, legislativos o ejecutivos.

4) Participación en órganos, públicos o semipúblicos, consultivos o ejecutivos, relacionados con los derechos humanos y cooperación con instituciones de la sociedad civil implicadas en la materia. Hay quien considera que las Defensorías no deben formar parte de ningún otro órgano, pues ello pondría en peligro su independencia. No comparto esta opinión: un Defensor será independiente, sobre todo, porque quiera serio y esa actitud no va a cambiar por su participación en órganos más o menos cercanos al ejecutivo. La imagen de un Defensor aislado del Estado y de la Sociedad daña más que beneficia a la institución.

5) Animación de debates y campañas de capacitación, sensibilización, información y promoción de los derechos humanos.

6) Transacción y mediación en conflictos relacionados con los derechos humanos.

Los tres primeros instrumentos pueden considerarse esenciales a la institución, al menos en el modelo iberoamericano de Defensoría. Los otros tres son menos frecuentes, aunque adquieren creciente relevancia, especialmente en determinadas Defensorías latinoamericanas.

No puedo extenderme aquí en detalle en analizar la práctica real de los seis instrumentos citados. Para la protección de los derechos humanos, lo más importante se resume como sigue:

1) Garantía subjetiva de los derechos. Especialmente mediante la resolución de quejas, las Defensorías protegen los derechos de los ciudadanos. De un modo más bien informal, sin las rigideces propias del procedimiento administrativo, la persuasión acaba logrando que la Administración cambie de actitud, cesando en su afectación al derecho u otorgando al ciudadano la prestación (en el sentido amplio del término) reclamada, siendo esto último lo más frecuente.

Según se relata, por ejemplo, en el Informe de 2004 del Defensor del Pueblo de España, de un total de 413 resoluciones dictadas en 2004, 118 fueron admitidas por la Administración, 61 rechazadas y 128 se encontraban, en abril de 2005, pendientes de respuesta. Creo que es un dato relevante, trasladable al conjunto de las Defensorías iberoamericanas, que dice mucho sobre la eficacia de estas instituciones.

Desde el punto de vista del ciudadano, al final, la garantía suministrada por las Defensorías no es muy distinta a la que podría haberse obtenido de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, desde la perspectiva jurídica hay diferencias notables y entre ellas, sobre todo, una: la provisionalidad de la solución lograda por la Defensoría, que carece de la permanencia propia de las resoluciones judiciales (la llamada cosa juzgada).

En la garantía de los derechos humanos, ninguna organización no gubernamental ha conseguido tanto como las Defensorías del Pueblo, al menos en Iberoamérica. En realidad, ninguna organización no gubernamental garantiza los derechos humanos de forma subjetiva; por lo general, su actuación consiste en satisfacer necesidades básicas (por ejemplo, suministrar medicamentos, crear escuelas), con toda la provisionalidad que ello implica: ¿o qué es más eficaz a largo plazo, cambiar la actitud de los poderes públicos o quedarse en la satisfacción inmediata de las necesidades?; lo primero sólo pueden hacerlo con garantías de acierto las Defensorías e incluso cabe pensar que, en algunas ocasiones, las organizaciones no gubernamentales no ayudan precisamente a conseguirlo (si los problemas son resueltos por la cooperación, ¿para qué va a preocuparse el ejecutivo en resolverlos?).

2) Garantía objetiva de los derechos. Elevándose sobre el día a día de la resolución de quejas concretas de ciudadanos concretos, las Defensorías utilizan también técnicas objetivas de protección. Como es sabido, este tipo de garantía, centrado en la prevención y en la búsqueda de soluciones generales, es considerada fundamental por la más moderna teoría de los derechos, comprobándose con frecuencia que a la larga produce resultados más eficaces que los derivados de la mera garantía subjetiva. Con poco personal (aunque sí muy especializado y en contacto con la investigación académica) pueden obtenerse logros importantes: la inversión en Departamentos de Análisis y Estudio resulta muy rentable para las Defensorías.

La forma más típica de garantía objetiva de los derechos por parte de las Defensorías es la publicación de Informes, generales o especiales, sobre la situación de los derechos humanos en el país, que casi siempre concluyen con recomendaciones de reforma, en las actitudes, en la aplicación de las normas y en las propias normas. Las

Defensorías conocen el Derecho, sus omisiones y sus problemas de aplicación (al menos deben conocerlo; nunca se insistirá lo suficiente en la importancia de la formación continua de sus funcionarios). A mi juicio, no hay otro órgano del Estado en mejor posición para saber cuáles son los problemas reales de los ciudadanos y cómo debe mejorarse el sistema jurídico. Hasta donde yo conozco, ninguna organización no gubernamental está capacitada para realizar propuestas tan elaboradas (compárense si no las recomendaciones de los Informes de las más reconocidas con las recomendaciones de los Informes de las Defensorías); algunas especializadas en materias concretas puede que lo estén, pero sin la visión de sistema, tan necesaria, por ejemplo, para que la protección de unos derechos no implique la vulneración de otros.

En materia de derechos humanos, las Defensorías son las verdaderas mediadoras entre la Sociedad y el Estado, papel que deberían realizar también los partidos políticos pero que en la práctica realizan poco, tarde y mal. Como en el caso de la resolución de quejas, el grado de seguimiento por los poderes públicos de las recomendaciones de los Informes es bastante elevado.