

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Análisis comparativo de las instituciones del Ombudsman en América Central y Holanda

TOMO III



Universiteit Utrecht



Consejo Centroamericano
de Procuradores
de Derechos Humanos

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2004-2006)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

María Elena Martínez
Vicepresidenta

Lloyd G. Barnett
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Gisèle Côté-Harper
Margaret E. Crahan
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
Juan E. Méndez
Pedro Nikken
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Mónica Pinto
Hernán Salgado Pesantes
Cristian Tattenbach

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos:

José Zalaquett
Clare Kamau Roberts
Susana Villarán
Evelio Fernández Arévalos
Paulo Sérgio Pinheiro
Freddy Gutiérrez Trejo
Florentín Meléndez

Corte Interamericana
de Derechos Humanos:

Sergio García Ramírez
Alirio Abreu Burelli
Oliver Jackman
Antônio A. Cançado Trindade
Cecilia Medina Quiroga
Manuel E. Ventura Robles
Diego García Sayán

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

**Análisis comparativo de las
Instituciones del Ombudsman en
América Central y Holanda**

TOMO III



Universiteit Utrecht



Embajada del Reino
de los Países Bajos



Consejo Centroamericano
de Procuradores
de Derechos Humanos

© 2004, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

342.066

I59a

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Análisis comparativo de las Instituciones del Ombudsman
en América Central y Holanda / Instituto Interamericano
de Derechos Humanos -- San José, C.R. : Instituto
Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
488 p. ; 21.5 x 20.5 cm.

ISBN 9968-917-34-6 (Tomo III)

1. OMBUDSMAN - COSTA RICA 2. OMBUDSMAN -
EL SALVADOR 3. OMBUDSMAN - GUATEMALA
4. OMBUDSMAN - PANAMA 5. DEFENSORÍA DE
LOS HABITANTES I. Título

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación

*Lorena González Volio, Oficial del Programa Ombudsman y
Derechos Humanos*

*Departamento de Instituciones Públicas, IIDH
Coordinación Académica*

*Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Coordinación editorial*

Litografía Segura Hermanos

Diagramación, artes finales e impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 234-0404 Fax: (506) 234-0955

e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	7
Costa Rica: Cumplimiento y exigibilidad de los Principios de Buen Gobierno por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica bajo una perspectiva comparativa con el Ombudsman holandés, europeo y panameño	11
<i>Catalina Delgado A.</i>	
El Salvador: Acatamiento y cumplimiento de las resoluciones del Ombudsman salvadoreño. Análisis comparativo del acatamiento y cumplimiento de las resoluciones de los Ombudsman de El Salvador, los Países Bajos y Europa	143
<i>Rafael Antonio Aquino L.</i>	
El Salvador: Cumplimiento y seguimiento de las resoluciones de los Ombudsman y los Principios de Buen Gobierno: una perspectiva comparativa entre los Ombudsman de El Salvador, el Reino de los Países Bajos y Europa	223
<i>Nadia Jennifer Soundy E.</i>	

Guatemala: Análisis comparativo del seguimiento y cumplimiento de las resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, el Ombudsman holandés y el Ombudsman europeo. Una contribución al sistema guatemalteco 349
Jeannette Vargas S.

Panamá: Cumplimiento y exigibilidad de las recomendaciones del Ombudsman considerando los Principios de Buen Gobierno en el Reino de los Países Bajos y la República de Panamá 435
Sol Mayré Gómez Q.

Presentación

El desarrollo y consolidación de las instituciones de Ombudsman en América Latina han sido un tema prioritario para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) desde la creación de la primera de ellas en 1985 pues, por un lado, el Ombudsman comienza a tener un papel decisivo en los procesos de democratización de los países latinoamericanos y, por otro, este se convierte en uno de los más importantes defensores de los derechos humanos a nivel nacional.

Esta figura, que históricamente nace en defensa de los derechos civiles administrativos de los ciudadanos frente al Estado, adquiere en nuestra América Latina la función esencial de contribuir al fortalecimiento de políticas de protección de los derechos humanos y la consolidación de los mecanismos de representación y comunicación entre la sociedad civil y sus gobiernos.

En América Central no han sido la excepción. Las procuradurías y defensorías de derechos humanos del área han tenido un rol primordial no sólo en la defensa de los derechos humanos de sus habitantes sino también en la promoción y divulgación de aquellos para beneficio de los administrados. El IIDH, que actúa como secretaría técnica del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (CCPDH) desde su instauración, ha venido apo-

yando a estos funcionarios, indudables magistrados de conciencia, mediante el acompañamiento técnico-académico en la consecución de un verdadero afianzamiento de sus instituciones.

Dentro de este contexto, desde el año 2000 el IIDH y la Universidad de Utrecht, con el auspicio de los Países Bajos, implementaron un convenio de cooperación para el fortalecimiento del CCPDH cuyo principal objetivo es contribuir a la consolidación de las oficinas de Ombudsman en América Central mediante la capacitación de sus funcionarios en materia de derechos humanos.

En el marco de este convenio se aprobó a partir del año siguiente un proyecto dirigido a lograr la especialización de personas funcionarias de las procuradurías de la región en materia de derechos humanos que ha sido coordinado y ejecutado por ambas instituciones académicas.

La publicación que a continuación presentamos constituye la tercera entrega de las investigaciones académicas realizadas por destacados funcionarios y funcionarias de estas oficinas durante el curso de capacitación del año 2003 efectuado en la Universidad de Utrecht. En esta ocasión el énfasis temático de los análisis versa sobre la relación entre los Principios de Buen Gobierno y el seguimiento y cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones derivadas de la labor de los Ombudsman.

Si bien cada análisis contiene particularidades específicas, reflejo de las normativas y realidades propias de cada país, todos evidencian el compromiso de estas instituciones en su esfuerzo por alcanzar los objetivos para los que fueron creadas a pesar de las debilidades y carencias que, muchas veces, deben enfrentar tanto a nivel normativo como institucional. Asimismo, convergen en señalar que el fortalecimiento de las defensorías y procuradurías de la región se logra no sólo con el compromiso de sus funcio-

narios y la credibilidad que de ellas tiene la sociedad civil en general, sino también –y esencialmente- con la cooperación y el trabajo conjunto de los entes estatales que no siempre respetan las resoluciones y recomendaciones que los Ombudsman dictan en estricto cumplimiento de su deber. La adopción y correcta aplicación de los Principios de Buen Gobierno por parte de la administración pública son claves para alcanzar soluciones efectivas que mejoren el rendimiento de sus actuaciones, en aras de un mayor respeto a los derechos humanos de los ciudadanos y una democracia más sólida en América Central.

Queremos expresar nuestro sincero agradecimiento a la Real Embajada de los Países Bajos por su apoyo entusiasta en la realización de este proyecto y al profesor Henk Addink de la Universidad de Utrecht por su valiosa colaboración y coordinación de los análisis que aquí se presentan. Asimismo, vaya nuestro reconocimiento a los procuradores centroamericanos por su gran interés en la capacitación continua de sus equipos técnicos, la cual redundará indudablemente en un mejor desempeño de sus instituciones. Finalmente, queremos agradecer a la licenciada Lorena González Volio, Oficial del Programa de Ombudsman y Derechos Humanos del IIDH, por su esfuerzo para que esta publicación llegase a feliz término.

Confiamos en que esta publicación sirva no sólo como una referencia útil de estudio y valoración del trabajo que llevan a cabo los Ombudsman centroamericanos, sino también como una reafirmación de nuestro respaldo en su tarea de velar por los derechos humanos de sus pueblos.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo
IIDH

**Cumplimiento y exigibilidad de los Principios de
Buen Gobierno por la Defensoría de los Habitantes
de Costa Rica bajo una perspectiva comparativa
con los Ombudsman holandés,
europeo y panameño**

*Catalina Delgado A.
Defensoría de los Habitantes de Costa Rica*

Índice

INTRODUCCIÓN	14
<i>CAPÍTULO I</i>	
<i>PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN COMO CRI- TERIOS USADOS POR EL OMBUDSMAN EN LA RESO- LUCIÓN DE CASOS</i>	
<i>19</i>	
1.1. Nociones generales acerca del buen gobierno y principios de administración adecuada.	19
1.2. El papel del Ombudsman en el uso, cumplimiento y exigibilidad de los Principios de Buen Gobierno o administración adecuada.	25
1.3. Uso y exigibilidad de dos principios por la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica. El principio de transparencia y el principio de rendición de cuentas en la función pública en el contexto costarricense. .	35
1.3.1. Aspectos legales generales de competencia. .	35
1.3.2. Cumplimiento y exigibilidad de los principios de transparencia y rendición de cuentas por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. .	42

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LAS NORMAS Y RECOMENDACIONES USADAS POR LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 56

2.1. Diferencias entre cumplimiento y exigibilidad.	56
2.2. La función de seguimiento desarrollada por la Defensoría de los Habitantes.	58
2.2.1. Concepto de seguimiento.	59
2.2.2. Mecanismos normativos de seguimiento.	62
2.2.3. Otros mecanismos.	65
2.3. Problemas en el cumplimiento y exigibilidad de las recomendaciones de la Defensoría.	68
2.3.1. Problemas de tipo jurídico.	68
2.3.2. Problemas de tipo económico.	72
2.4. Relación legal entre la Defensoría y otros órganos como medio de exigibilidad de sus recomendaciones y de los Principios de Buen Gobierno.	75
2.4.1. Relación con el Parlamento en la exigibilidad de sus recomendaciones y de los Principios de Buen Gobierno.	75
2.4.1.1. La presentación del Informe Anual de Labores ante el Parlamento.	77
2.4.1.2. La inclusión del capítulo “Derecho a un Buen Gobierno” en el Informe Anual de Labores 2002-2003.	80
2.4.1.3. Relación de la Defensoría con el Parlamento en la creación de leyes y otras normas.	82
2.4.2. Relación de la Defensoría con el Poder Judicial a través de la interposición de acciones jurisdiccionales.	85
2.4.2.1. Intervención en la jurisdicción constitucional.	85
2.4.2.2. Intervención en la jurisdicción penal.	89

2.4.3. Relación entre la Defensoría y la prensa nacional.	92	
<i>CAPÍTULO III</i>		
<i>ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DEL OMBUDSMAN EN EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS EN EL CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE SUS RECOMENDACIONES</i>		96
3.1. Los Principios de Buen Gobierno como base en la defensa de derechos desde una perspectiva comparativa con Costa Rica.	96	
3.2. Mecanismos de cumplimiento y exigibilidad usados por el Ombudsman en Holanda bajo una perspectiva comparativa con aquellos usados por la Defensoría en Costa Rica.	105	
<i>CAPÍTULO IV</i>		
<i>PAPEL DEL OMBUDSMAN EUROPEO EN EL CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE SUS RECOMENDACIONES</i>		113
4.1. Principios de Buen Gobierno utilizados por el Ombudsman europeo.	113	
4.2. Cumplimiento y exigibilidad de las recomendaciones en el contexto europeo en relación con la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.	121	
<i>CAPÍTULO V</i>		
<i>CRITERIOS USADOS POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN PANAMÁ. CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE SUS RECOMENDACIONES BAJO UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA CON LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA</i>		126
5.1. El principio de transparencia en el contexto de Panamá.	126	
5.2. Mecanismos de cumplimiento y exigibilidad otorgados por la Ley de la Defensoría del Pueblo en Panamá.	131	
<i>CAPÍTULO VI</i>		
<i>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</i>		135
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>		138

INTRODUCCIÓN

La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica fue creada el 17 de noviembre de 1992 con la promulgación de la Ley No. 7319, después de una discusión que se prolongó durante varios años en el seno de la Asamblea Legislativa. A través de una serie de normas sustantivas y de procedimiento esta ley define claramente la naturaleza jurídica, competencia, atribuciones y fines de la institución.

A lo largo de diez años de trabajo la Defensoría se ha perfilado como un pilar básico dentro del sistema de escrutinio y fiscalización de la institucionalidad costarricense, lo cual ha evidenciado la importancia de asegurar su permanencia y ha provocado un debate que se mantiene hoy en la Asamblea Legislativa en torno a la necesidad de darle una base jurídica constitucional, usual en otras instituciones del Ombudsman en América Latina y el mundo.

El artículo 1 define el modelo de la institución al establecer una atribución general que comprende tres funciones primordiales: una función de protección, una función de fiscalización y control del poder del Estado y una función de promoción y divulgación de los derechos de los habitantes.

La función de protección cobija no sólo los derechos sino también los intereses de los habitantes, lo cual implica la delegación de una potestad que va más allá de la revisión de la legalidad para abarcar otra dimensión fundamental: la salvaguardia de los intereses de la comunidad que podrían ser transgredidos sin que necesariamente se viole una norma específica.

Esta función protectora se lleva a cabo a través de un procedimiento de investigación que debe ser sumario e informal, características en las que se manifiesta la intención de facilitar altos niveles de eficiencia y eficacia en la relación de la Defensoría con el habitante y el Estado. La

investigación puede ser iniciada de oficio –cuando el Ombudsman considere necesario esclarecer actuaciones administrativas u omisiones que podrían incidir negativamente en los derechos e intereses de los habitantes- o ante la interposición de una queja individual o de habitantes organizados.

La investigación se inicia con la notificación de la recepción de la queja a las instancias administrativas presuntamente involucradas, a fin de que estas rindan un informe refiriéndose a los hechos planteados y ofrezcan las pruebas pertinentes. Durante esta fase de investigación la Defensoría puede inspeccionar las oficinas públicas sin previo aviso y requerirles toda la documentación e información necesarias; también puede citar directamente a los funcionarios públicos a fin de que comparezcan personalmente a presentar el informe solicitado.

La fase investigativa propiamente culmina con la elaboración y notificación a todas las partes interesadas de un informe final de investigación, en el cual la institución relaciona los hechos denunciados, se pronuncia respecto a la prueba o a informes oficiales aportados y, por supuesto, los criterios de la Defensoría mediante los cuales evalúa la actividad administrativa y determina la existencia de responsabilidad administrativa -o incluso penal- por la no aplicación de la ley, por una errónea interpretación de una norma, por decisiones administrativas o políticas lesivas o, simplemente, por un comportamiento inapropiado del funcionario público. Sin duda, la parte fundamental del informe final está constituida por las recomendaciones en las que la Defensoría previene al órgano competente la rectificación del acto cuestionado o la atención del problema que afecta al habitante.

La otra función mediante la cual la Defensoría tutela los derechos ciudadanos es la de fiscalización y control del poder del Estado. El carácter de esta función es esencialmente preventivo pues tiene como propósito que la ac-

tividad del sector público o de personas jurídicas privadas prestatarias de servicios públicos, se ajuste a parámetros como la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del derecho. El Ombudsman puede desarrollar esta función a través del procedimiento de investigación en los términos descritos en el párrafo anterior, a través de la interposición de acciones jurisdiccionales o administrativas, para las cuales la ley le ha conferido legitimación activa a nivel judicial, o bien a través de métodos de intervención como la mediación, por ejemplo.

Finalmente, la función de promoción y divulgación de derechos parte de la premisa institucional de que el mejor defensor de sus derechos es el habitante mismo y, consecuentemente, debe ser un habitante informado respecto a la tutela que ostenta frente al sistema jurídico y participativo en la generación de cambios así como en la supervisión de la actividad del Estado, papel que requiere necesariamente un conocimiento de sus derechos y que la Defensoría debe proveerle.

La amplitud de las funciones que corresponden a la Defensoría, unido a las particularidades del contexto costarricense, demandan cada día una labor de defensa integral que no se limite a la evaluación de normas violadas bajo un parámetro único de legalidad sino que incluya otros parámetros como eficiencia, proporcionalidad, transparencia, respeto y promoción de los derechos humanos que deben orientar la actividad administrativa.

Un acto legal puede al mismo tiempo ser injusto, así también una decisión administrativa puede ser tomada de conformidad con la ley pero en forma tardía y lesionar los derechos o intereses de los habitantes. Lo anterior significa que sin demérito del principio de legalidad, pilar fundamental del derecho administrativo costarricense, otras normas y criterios deben ser utilizados cada vez más fre-

cuentemente por parte de las instituciones de control con miras a lograr que la gestión del Estado -aparte de legal-sea eficiente, conveniente y efectiva.

Es en este contexto que los Principios de Buen Gobierno constituyen herramientas útiles que el Ombudsman puede y debe utilizar en el análisis de la validez de un acto administrativo concreto o en la evaluación de la gestión de los asuntos públicos de carácter general. El propósito es lograr progresivamente una administración pública más transparente, más participativa y democrática y más eficiente. La ambiciosa tarea del Ombudsman debe ser incentivar –a través de la denuncia y las recomendaciones– una administración pública en la cual el criterio de legalidad sea complementado con estos otros parámetros en orden de mejorar la actividad administrativa, lo cual es perfectamente posible gracias a la independencia de criterio de la Defensoría respecto a la administración y la competencia que su ley de creación le ha conferido, la cual incluye parámetros como legalidad, moralidad, justicia y principios generales del derecho.

Consecuentemente, en el primer capítulo de esta investigación se analizará cuáles son los parámetros de buen gobierno que tutela el derecho administrativo costarricense, y si estos están siendo utilizados por la Defensoría de Costa Rica en el ejercicio de su labor de defensa. En este capítulo también se analizará cuál es el papel que idealmente debe asumir la institución del Ombudsman en el uso, cumplimiento y exigibilidad de los Principios de Buen Gobierno o administración adecuada como medios eficaces de promoción de derechos humanos. Para ilustrar este tema serán seleccionados dos principios básicos de buen gobierno que en los últimos años han cobrado gran vigencia en el contexto costarricense: el principio de transparencia y el principio de rendición de cuentas en la gestión de los asuntos públicos.

El segundo capítulo es de gran importancia pues expo-

ne el reto más fuerte al que se enfrenta la Defensoría que es el cumplimiento de sus recomendaciones por la administración tomando en cuenta que estos no son actos jurídicos de imperio sino, sobre todo, actos de control de legalidad y de Principios de Buen Gobierno.

En este sentido serán analizados la naturaleza y los alcances de las recomendaciones hechas por la Defensoría de Costa Rica y cuáles son los mecanismos normativos y de otra naturaleza a través de los cuales es posible su cumplimiento, tales como la censura pública, el rol de la prensa, las consecuencias jurídicas frente al desacato injustificado de las recomendaciones, la interpelación de los funcionarios ante la Asamblea Legislativa, la interposición de acciones penales y/o constitucionales en vía judicial y la labor de seguimiento de las resoluciones desde la misma Defensoría.

En el tercer y cuarto capítulos se desarrollará una comparación que incluirá los criterios seguidos por el Ombudsman holandés y los utilizados a nivel europeo respectivamente, y cuáles son los mecanismos de cumplimiento y exigibilidad de que se dispone en el contexto holandés y en la Unión Europea para la ejecución de las recomendaciones. En virtud de que esta investigación es la fase final de una capacitación que ha incluido a representantes de los países centroamericanos, se seleccionó al Defensor del Pueblo de Panamá para comparar los mismos aspectos respecto a Costa Rica.

El último capítulo contendrá las conclusiones del diagnóstico nacional y comparativo del cual se extraerán posibles recomendaciones o sugerencias de cambios que podrían ser implementados en la Defensoría de Costa Rica con el propósito de que su intervención sea más efectiva y tenga la capacidad de generar más cambios en la institucionalidad del país y, consecuentemente, en la vida de los habitantes.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN COMO CRITERIOS UTILIZADOS POR EL OMBUDSMAN EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS ¹

1.1. Nociones generales de buen gobierno y principios de buena administración

De previo a referirse a los Principios de Buen Gobierno o buena administración propiamente, es preciso aclarar y delimitar los alcances del término buen gobierno del cual se derivan aquellos. Buen gobierno es un concepto que se empezó a utilizar en el ámbito internacional en la década de los años ochenta cuando se inició la implementación de los Programas de Ajuste Estructural y, casi al mismo tiempo, aparecieron problemas de aplicación al evidenciarse fallas en la dirección pública en materia de rendición de cuentas, dirección patrimonial y transparencia de los Estados.

Así por ejemplo, el Banco Mundial empezó a referirse públicamente al problema de buen gobierno en países de ingresos bajos y medios en 1983 cuando emitió su Informe de Desarrollo Mundial (conocido por sus siglas en inglés como WDR). Con un enfoque hacia el desarrollo, el WDR requirió cambios sistemáticos en los papeles que los gobiernos estaban jugando en sus economías y hacia el mejoramiento de las responsabilidades gubernamentales.

Se inició entonces un debate en el que pronto el Banco estableció su preferencia por canalizar ayuda financiera hacia formas democráticas de gobierno. El presidente del Banco Mundial, Lewis T. Preston, declaró:

¹ Previo a iniciar cualquier consideración, es necesario aclarar que en esta investigación el término “gobierno” será utilizado como sinónimo de “administración”, aunque usualmente el primero tiene una connotación esencialmente política. Sin embargo, la doctrina se refiere a los Principios de Buen Gobierno como sinónimo de los principios de buena administración.

“El Buen Gobierno es un complemento esencial en la ejecución de políticas económicas. Una dirección eficaz y responsable del sector público y una estructura política predecible y transparente es crítico en la eficacia de mercados y gobiernos, y de desarrollo económico. El Banco Mundial está aumentando su atención a los problemas de gobernanación como una parte importante de nuestros esfuerzos para promover desarrollo justo y sustentable”².

Más tarde, el enfoque del Banco Mundial hacia el buen gobierno refleja un cambio que toma en cuenta la liberalización política y económica resaltando problemas de sensibilidad estatal mayor y responsabilidad, y el impacto de estos factores en la estabilidad política y el desarrollo económico. En su informe de 1989, denominado “De la Crisis al Crecimiento Sostenible”, el Banco Mundial expresó esta noción como sigue:

“Esfuerzos por crear un ambiente que promueva la construcción de capacidades serán desperdiciados si el contexto político no es favorable. Finalmente, un mejor gobierno requiere renovación política. Esto significa un ataque concertado contra la corrupción desde los niveles más altos hasta los más bajos. Esto puede ser realizado por ejemplo, a través del fortalecimiento de mecanismos de rendición de cuentas, animando el debate público y nutriendo una prensa libre. También significa... la promoción de organizaciones no gubernamentales como asociaciones, cooperativas y grupos de mujeres”³.

El significado del buen gobierno depende del nivel estatal del que se hable, de los objetivos que se pretenden alcanzar y de los criterios a utilizar. Así por ejemplo, el Comité de Asistencia para el Desarrollo de la OCDE conformó un Grupo de Trabajo sobre el Desarrollo Participativo y el Buen Gobierno. En este se ligó el buen gobierno fundamentalmente con la participación para el desarrollo, los

2 Lewis T. Preston, Gobierno y Desarrollo. Banco Mundial de Desarrollo.

3 Banco Mundial, 1989. Tomado de www.gdrc.org/u-gov/governance-understand.html.

derechos humanos y la democracia, identificados estos elementos con el sistema de derecho en la dirección del sector público, el control de la corrupción y la reducción del gasto militar excesivo como dimensiones importantes del buen gobierno. La Comisión en Gobernación Global (1995) propuso una definición más general y ve el buen gobierno como:

“... la suma de las muchas maneras en que los individuos y las instituciones, públicas o privadas, manejan sus asuntos comunes”⁴.

El buen gobierno entonces empezó a convertirse en un concepto importante en el ámbito del desarrollo internacional que involucra a todos los sectores dentro de una sociedad y se refiere a una cierta forma en que el Estado dirige los asuntos públicos en función del bienestar de los ciudadanos y la promoción del desarrollo sostenible.

Al inicio de la década de los años noventa, cuando el modelo de desarrollo socialista centrado en el Estado acabó y apareció el paradigma de un desarrollo basado en el mercado, el discurso de desarrollo internacional empezó a enfocarse en el papel del Estado hacia la sociedad civil y el sector privado. Más recientemente, en 1997, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo se refirió al buen gobierno en términos que reflejan este cambio relativo al papel del Estado:

“El buen gobierno puede ser visto como el ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa para manejar los asuntos de un país en todos los niveles. Comprende los mecanismos, procesos e instituciones a través de las cuales los ciudadanos y grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos legales, cumplen con sus obligaciones y median sus diferencias. El buen gobierno es, entre otras cosas, participación, transparencia y responsabilidad. También es eficacia y justicia. Y éste promueve la legalidad... El buen go-

4 OCDE 1995, *ibid*.

bierno tiene tres aristas: económica, política y administrativa... El buen gobierno abarca el Estado, pero trasciende al Estado incluyendo el sector privado y las organizaciones de la sociedad civil”⁵.

A inicios de esa década cuando cambió el paradigma de desarrollo, concretamente en 1990, la Segunda Conferencia de los Naciones Unidas en Países Desarrollados concluyó que el buen gobierno es básico para el progreso económico y social de todos los países.

En 1991, el Consejo de Ministros de la Unión Europea expuso una breve descripción de los contenidos y la importancia del buen gobierno en una resolución sobre derechos humanos, democracia y desarrollo:

“El Consejo enfatiza en la importancia del buen gobierno. Mientras que la soberanía de los Estados tiene la libertad de instituir sus propias estructuras administrativas y establecer sus propios acuerdos constitucionales, un desarrollo equitativo sólo puede ser efectiva y sosteniblemente ser logrado si un número de principios generales de buen gobierno son cumplidos: sensibles políticas económicas y sociales, procesos de decisión democráticos, adecuada transparencia gubernamental y rendición de cuentas financiera, creación de mercados amigables con el ambiente para el desarrollo, medidas de combate a la corrupción así como respeto a la legalidad, los derechos humanos y libertades de prensa y expresión”⁶.

Existe entonces un cierto consenso internacional en cuanto a que el buen gobierno implica una serie de requisitos tales como la existencia de un Estado transparente, en el cual además existan mecanismos reales de participación popular, respeto al estado de derecho, rendición de cuentas del Estado frente la ciudadanía respecto a la ges-

⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Tomado de: www.dse.de/zg/gg/html/english/4_indepthpaper_1.htmw

⁶ Resolución del Consejo Europeo de Ministros del 28 de noviembre de 1991, en: W.J.M. Genugten, Th. R.G. van Banning, Manual de Referencia de Derechos Humanos, La Haya, 1999, p. 97 y pp. 196-198.

tión de los asuntos públicos, una estructura judicial independiente y objetiva, entre otros.

A nivel interno de cada Estado el buen gobierno presupone la existencia de una serie de condiciones tales como democracia efectiva, respeto y cumplimiento del estado de la legalidad, respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales y acceso de todos a la justicia. En Holanda, por ejemplo, el concepto de buen gobierno presupone que el Estado reúne varias características, tales como ser participativo, transparente, respetuoso de la legalidad y efectivo.

Aunque el debate internacional sobre el buen gobierno continúa y el carácter de esas discusiones podría ser visto de forma más política que jurídica, esta investigación estará centrada en el carácter jurídico, es decir, en los principios legales de buena administración que se derivan como uno de los componentes del buen gobierno y que debe cumplir el Estado en el ejercicio de poderes públicos.

En el contexto legal, los Principios de Buen Gobierno o administración adecuada refieren a una serie de principios escritos contenidos en normas de diversa jerarquía o, incluso, principios no escritos derivados de la jurisprudencia o de prácticas administrativas, que tienen carácter legal vinculante y que constituyen parámetros objetivos que guían y orientan el desarrollo de la actividad administrativa del Estado, con el fin último de proteger los derechos de los ciudadanos en el sentido más amplio y promover su incorporación en la gestión pública a través de una participación real.

De conformidad con la doctrina que sirvió como base del curso tomado en Holanda, los Principios de Buen Gobierno fueron analizados bajo una clasificación que incluye cuatro categorías⁷:

⁷ Addink, G. H. Principios de Buen Gobierno. Literatura base del año universitario, Universidad de Utrecht 2002/2003, p. 22.

- a) Principios de administración adecuada, que se refieren a normas o valores básicos que debe observar la administración en todo acto, decisión u orden administrativa que adopte y que incida sobre un ciudadano o un grupo de ellos. Incluye los siguientes principios:
 - a.1) prohibición de desviación de poder;
 - a.2) prohibición de arbitrariedad;
 - a.3) principio de certeza legal;
 - a.4) principio del debido cuidado administrativo;
 - a.5) principio de las expectativas legítimas;
 - a.6) principio de igualdad;
 - a.7) principio de proporcionalidad;
 - a.8) principio de motivación del acto.
- b) Principios de participación pública dentro de la administración, cuya idea central es la inserción de los sectores sociales a través de mecanismos de participación efectivos que les permitan ser partícipes de las decisiones y políticas públicas que les conciernen.
- c) Principios de transparencia de la administración como elementos de legitimidad del poder público y que se relacionan principalmente con la obligación de la administración de poner a disposición de la ciudadanía la información pertinente. Estos principios complementan la categoría anterior en el tanto en que sólo el ciudadano informado es capaz de participar e influir en las decisiones. Se incluyen aquí los siguientes principios:
 - c.1) principio de transparencia en la toma de decisiones y órdenes;
 - c.2) principio de transparencia en la celebración de reuniones;

- c.3) principio de transparencia de la información.
- d) Principios de administración de derechos humanos. En esta clasificación se hace referencia a la forma en que la administración puede coadyuvar en el disfrute de derechos fundamentales incluyendo no sólo los derechos humanos clásicos sino también los derechos humanos sociales y económicos o de segunda generación, como se les denominó durante mucho tiempo en la literatura.

En conclusión, los Principios de Buen Gobierno o administración adecuada cumplen múltiples funciones; de un lado, establecen reglas y pautas objetivas que debe cumplir la administración a fin de que su actividad administrativa sea legítima; de otro lado, juegan un rol de especial importancia frente a los ciudadanos como herramientas o guías para contrarrestar la incertidumbre que podría crear en estos el ejercicio de poderes discrecionales por parte de la administración.

1.2. El rol del Ombudsman en el uso, cumplimiento y exigibilidad de los Principios de Buen Gobierno o administración adecuada

Tal y como se indicó en el epígrafe anterior, el buen gobierno dentro de un Estado presupone la existencia de al menos cuatro condiciones básicas: democracia efectiva, existencia de un estado de derecho, respeto a los derechos humanos así como a las libertades fundamentales y acceso efectivo de todos a la justicia. Es claro que ninguna de estas condiciones se cumple totalmente en ningún Estado, lo cual plantea retos importantes para la institución del Ombudsman en su función de control.

Un componente esencial del buen gobierno se manifiesta en dos direcciones: por la forma en que el Estado cumple sus funciones y presta los servicios públicos, y por el modo en que se relaciona con los individuos. En ambos ámbitos rige una serie de principios objetivos, sea

que estén escritos y consten en normas o que no sean escritos pero tengan carácter vinculante.

Estos principios refieren a transparencia, asociada con el cumplimiento de la administración de su obligación de facilitar información a los ciudadanos en los asuntos de su interés; participación, condición que se verifica con el establecimiento de una estructura legal e institucional que facilite la participación popular y que sea tomada en cuenta en el proceso de toma de decisiones; administración adecuada, entendida en sentido amplio como la sujeción de la actividad administrativa a límites como proporcionalidad, prohibición de desviación de poder, debido cuidado en los actos administrativos, decisiones y órdenes que ejecute.

En este contexto, la tarea de la institución del Ombudsman comprende no sólo la defensa de los derechos de los ciudadanos cuando el Estado irrespete tales principios sino también, desde una perspectiva más preventiva, le corresponde promover lo que se ha denominado recientemente como el “derecho a una administración apropiada” cuyo disfrute sólo es posible en un Estado que reúna las condiciones antes dichas.

El Ombudsman de Irlanda se refirió a este tema en los siguientes términos:

“El buen gobierno requiere que los ciudadanos sean tratados apropiadamente, con justicia, imparcialidad y en respeto a sus derechos humanos en sus relaciones con el Gobierno en el más amplio sentido y que existan mecanismos de reparación apropiados cuando ocurra lo contrario. Yo consideraría la responsabilidad como una condición esencial de una buena y legítima Administración y la creación de un sentido de justicia es tan importante en el largo plazo como la responsabilidad y la eficiencia”⁸.

⁸ Murphy, Kevin. Responsabilidad, Corrupción y Buen Gobierno. Los límites de Gobierno en la Irlanda moderna. Presentación del Defensor del Pueblo de Irlanda, 28 de abril, 2003, p. 1. Tomado de: www.ombudsman.gov.ie/246a_156.htm

El interés que despertó el concepto del buen gobierno en el ámbito internacional en la década de los ochenta con una connotación más política asociada con el Estado y sus deberes para asegurar una gestión pública eficiente tendiente a impulsar el desarrollo económico, evolucionó hasta alcanzar hoy en día una dimensión más jurídica que involucra al ciudadano y lo coloca en una posición de exigibilidad frente al Estado para que proteja, tutele y garantice su derecho a un buen gobierno. Estos elementos se aprecian claramente en la reciente definición de buen gobierno adoptada por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo cuando señaló en 1997:

“...participación, transparencia y rendición de cuentas. Es también efectividad y equidad. Es promoción de la legalidad. El buen gobierno asegura que las prioridades económicas y sociales y los políticos se basan en un amplio consentimiento social y que las voces de los más pobres y vulnerables son escuchadas en el proceso de la toma de decisiones sobre la distribución de recursos para el desarrollo”⁹.

Este cambio plantea un reto importante en la función de protección de las instituciones del Ombudsman para abarcar su responsabilidad de expandir y fortalecer una conciencia colectiva de exigibilidad frente al Estado de condiciones que hagan posible el disfrute del derecho a una administración adecuada. En este contexto, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica destinó un capítulo especial de su Informe Anual de Labores 2002-2003 para desarrollar el tema del derecho a un buen gobierno destacando esta nueva corriente internacional. En el capítulo siguiente se desarrollará qué entiende la Defensoría de los Habitantes por el derecho a una buena administración de acuerdo con el contexto costarricense.

⁹ Consejo del Parlamento Europeo. Gobierno y Desarrollo Sostenible. 1997. Citado en el Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica 2002-2003, p. 70.

La ONU aprobó en el año 2000 la Declaración del Milenio, mediante la cual los países asumieron tareas en el ámbito nacional y mundial a fin de generar un entorno propicio para fortalecer el régimen democrático, mejorar los niveles de calidad de vida de los habitantes y obtener un desarrollo sostenible en armonía con la naturaleza.

En esa declaración se reconoce expresamente que la buena gestión de los asuntos públicos de cada país es una estrategia fundamental para el cumplimiento de esos objetivos. Las prácticas de buen gobierno implican la aplicación de una serie de principios a los cuales el Consejo del Parlamento Europeo se refiere como:

“...la transparente y responsable aserción de la autoridad y el uso de los recursos por parte de los gobernantes”¹⁰.

Los principios de administración adecuada amplían criterios que tradicionalmente han orientado la actividad administrativa –como el de legalidad por ejemplo- para abarcar otros parámetros cuya observancia también es obligatoria por parte del Estado. El Ombudsman no puede permanecer ajeno a las necesidades de protección que plantea una realidad sociopolítica dinámica.

En la relación de los Principios de Buen Gobierno con la función de defensa de los ciudadanos y de control de los actos del Estado, el reto del Ombudsman consiste en no limitarse a evaluar si la administración violó o no una norma escrita. No significa que el criterio de legalidad haya perdido importancia pues es innegable que constituye un pilar del estado de derecho en Costa Rica y en los sistemas jurídicos de la región centroamericana.

Se trata más bien de que en la valoración de si una conducta administrativa es propia o impropia, la institución

¹⁰ Consejo del Parlamento Europeo. Derechos Humanos, Libro de referencia, p. 97. Citado en el Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica 2002-2002, p. 70.

del Ombudsman fortalece la función tutelar y de protección complementando con otros parámetros para la búsqueda de un modelo de Estado respetuoso de la legalidad pero también de principios que configuran el derecho de todo habitante a una administración adecuada.

La doctrina más reciente apunta que los criterios utilizados por el Ombudsman caen en dos grupos. El primer grupo comprende la noción de legalidad o el requerimiento de que los actos de la administración estén acordes con estatutos escritos, los cuales expresan la intención del Parlamento, y principios legales no escritos. Si un acto de la administración entra en conflicto con esos estatutos o principios, en principio no será justificado y tampoco puede ser considerado como una conducta apropiada.

De acuerdo con esto, las instituciones del Ombudsman revisan los actos u omisiones bajo una investigación a la luz de las provisiones del derecho escrito, tales como aquellas relacionadas con derechos humanos y derechos constitucionales, definiciones de competencia administrativa y provisiones que gobiernan la forma, el procedimiento y los aspectos sustanciales del acto.

En este mismo sentido, el Ombudsman revisa el acto a la luz de principios legales no escritos desarrollados en la jurisprudencia y en la doctrina, los cuales son igualmente relevantes en la decisión respecto de si una conducta es justa o no.

Ejemplos de los estándares que podrían ser relevantes en tales decisiones incluyen los principios de igual trato para casos iguales, razonabilidad, proporcionalidad entre medios y fines, certeza legal, expectativas legítimas (principio aplicable en algunos países europeos), el requisito de proporcionar razones que fundamenten las decisiones y ciertos deberes de cuidado en el ámbito administrativo.

Hay otro grupo de criterios que puede y debe utilizar el Ombudsman en sus valoraciones. Este segundo grupo es importante porque no todo acto administrativo que está conforme con el requisito de legalidad -en un concepto amplio de legalidad- es necesariamente adecuado en otros aspectos. En este contexto, la institución del Ombudsman usa estándares o normas que pueden ser vistas como pautas de buen gobierno o buena administración que contribuyen a que la forma en que las autoridades actúan, aparte de ser legal, sea también conveniente.

En varios países, principalmente europeos, los Ombudsmen han plasmado estos criterios en guías que son más o menos uniformes. Así, por ejemplo, el Ombudsman irlandés se ha referido a estos parámetros indicando:

“Éstos pueden resumirse como un deber amplio de cuidado que se manifiesta respecto a ciertas normas aceptadas dentro del proceso administrativo y en la conducta de servidores públicos con los individuos. Éstos incluyen el requisito de actuar sin retraso indebido, proporcionar al individuo información pertinente y escuchar su punto de vista, tratar a las personas justamente, respetar la dignidad humana y ser útil e imparcial”¹¹.

Otro ejemplo es el Ombudsman europeo, quien en su Informe Anual 1997 definió “maladministración” de la siguiente manera:

“Maladministración ocurre cuando un cuerpo público no actúa de acuerdo con una regla o principio que es vinculante”¹².

En ese mismo informe anual el Ombudsman sintetizó una serie de criterios que integran el derecho a una buena administración en un documento denominado “Código de

11 Kevin Murphy, Defensor del Pueblo de Irlanda. Tomado de: www.ombudsman.nl/brochure_uk/judgement_criteria.html.

12 Informe Anual 1997. Ombudsman Europeo. Tomado de: www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art41/default_en.htm, p. 7.

Buena Conducta Administrativa” que comprende 27 artículos. Los criterios del Código son acordes con las reglas establecidas en el artículo 41 del Capítulo de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y comprenden parámetros que deben respetar las instituciones de la Unión en sus relaciones con los ciudadanos, tales como ausencia de discriminación, imparcialidad e independencia, objetividad, justicia, derecho del ciudadano a ser oído y a que sus observaciones sean tomadas en cuenta, obligación administrativa de tomar una decisión dentro de un plazo razonable y obligación de exponer las razones en la que se fundamenta la decisión.

Adicionalmente, el Ombudsman europeo incluyó criterios que corresponden al segundo grupo al que se hizo referencia anteriormente; estos son parámetros que le dan legitimidad o conveniencia a la actuación administrativa y que igualmente deben ser respetados por los servidores públicos en sus relaciones con los ciudadanos tales como proporcionalidad, ausencia de abuso de poder, consistencia, cortesía, obligación de transferir el asunto a la institución competente, indicación de las posibilidades de apelación y obligación de dar respuesta a cada solicitud de información planteada por un ciudadano, entre otros.

El 6 de diciembre del 2001, el Parlamento Europeo adoptó la resolución No. A5-0245/2001 mediante la cual aprobó el Código de Buena Conducta Administrativa e invitó al Ombudsman europeo a aplicar este instrumento en su propia oficina cuando examina denuncias que refieren a “maladministración”, a fin de dar sentido práctico al derecho a una buena administración contenido en el artículo 41 del Capítulo de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este capítulo ya había sido proclamado en Niza en diciembre del año 2000 e incluyó expresamente dentro de la categoría de derechos fundamentales –concretamente en el artículo 41- el derecho a una buena administración y en

el artículo 43 el derecho de queja ante el Ombudsman europeo contra la “maladministración”¹³.

La importancia del artículo 41 radica en que están implícitos ciertos principios básicos a los que deben sujetarse las instituciones y servidores en el ámbito europeo en sus relaciones con los ciudadanos, tales como el principio del debido proceso, el principio de transparencia, el principio de motivación del acto, el principio de la responsabilidad administrativa en caso de daño o perjuicio y el derecho de petición y respuesta, tal y como se evidencia claramente de su lectura:

“Artículo 41.- Derecho a una buena administración.

1. Cada persona tiene el derecho de que sus asuntos sean manejados con imparcialidad, justicia y dentro de un plazo razonable por las instituciones y órganos de la Unión.
2. Este derecho incluye:
 - el derecho de cada persona a ser oído, antes de que sea tomada cualquier medida individual que podría afectarlo adversamente;
 - el derecho de cada persona de tener acceso a su expediente, al mismo tiempo en que se respetan

¹³ El artículo 43 tutela como derecho fundamental el derecho del ciudadano de interponer quejas ante el Ombudsman por fallas de la administración que impliquen una lesión a su derecho a disfrutar de una buena administración. Literalmente dispone: “Artículo 43.- Defensor del Pueblo. Cualquier ciudadano de la Unión o cualquier persona natural o legal que resida o tenga su oficina registrada dentro de un Estado Miembro, tiene el derecho de referir al Defensor del Pueblo de la Unión casos de maladministración en las actividades de las instituciones u órganos de la Comunidad, con la excepción de que la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia actúen en su rol judicial”. Artículo 43 del Capítulo de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En Manual de Referencia. G. H. Addink. Principios de Buen Gobierno. Universidad de Utrecht. Año académico 2002-2003, p. 276.

- sus intereses legítimos de confidencialidad y de secreto profesional y empresarial;
- la obligación de la Administración de dar razones de sus decisiones.
3. Cada persona tiene el derecho de que la Comunidad resarza cualquier daño causado por sus instituciones o por sus servidores en el cumplimiento de sus deberes, de conformidad con los principios comunes de las leyes de los Estados miembros.
 4. Cada persona puede escribir a las instituciones de la Unión en uno de los idiomas de los Tratados y deberá obtener respuesta en el mismo idioma”¹⁴.

Desde una perspectiva general, las instituciones del Ombudsman pueden exigir el cumplimiento del derecho a una buena administración analizando cada denuncia concreta bajo la luz de los Principios de Buen Gobierno y emitiendo recomendaciones tendientes a su reivindicación. En la evaluación de cada caso concreto, el Ombudsman debe trascender a criterios o principios tradicionalmente utilizados y valorar la actuación administrativa denunciada bajo el más amplio espectro, incluyendo no sólo el ámbito de la legalidad sino también los principios que hacen que el acto administrativo sea además adecuado, conveniente, oportuno y respetuoso de los derechos de los ciudadanos, comprendiendo criterios como la cortesía.

A través de la casuística el Ombudsman puede ir detectando debilidades o insuficiencias administrativas que lesionan los Principios de Buen Gobierno y, consecuentemente, el derecho a una buena administración. Al mismo tiempo, la casuística le provee un diagnóstico objetivo a partir del cual puede promover una cultura de respeto en

¹⁴ Artículo 41 del Capítulo de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tomado de: www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art41/default_en.htm

el Estado hacia esos principios en sus relaciones con los ciudadanos, y también en asuntos de su organización interna con miras a lograr una gestión pública más eficiente y efectiva.

La Defensoría puede influir positivamente en la exigibilidad de los Principios de Buen Gobierno mediante la promoción de una cultura de respeto hacia el derecho a una buena administración. Esta labor de conciencia puede lograrse a través del informe final que emite en cada caso concreto; otro medio es a través de la presentación del informe anual de labores ante el Parlamento, supuesto en el cual sería de mucha utilidad que el Ombudsman presentara una sistematización de las quejas más frecuentemente interpuestas, de los principios más violados y de cuáles áreas del Estado presentan mayores problemas para reforzar la vigilancia sobre una autoridad particular durante cierto período. De este modo, una sistematización de criterios es una importante herramienta analítica en la revisión anual del Ombudsman sobre los asuntos que ha investigado.

El impacto que puede tener el Ombudsman en la exigibilidad de los principios que dan sustento al derecho a una buena administración ya ha sido reconocida:

“El Defensor del Pueblo también puede contribuir a la calidad del gobierno, proporcionando información acerca de cómo la Administración está realizando sus tareas (...) Las quejas son signos, constituyendo una valiosa fuente de información para alcanzar metas de calidad (...) Observando el criterio de conducta apropiada se puede contribuir a la racionalidad y legitimidad de la Administración Pública (...) Para que el Defensor del Pueblo Nacional cumpla con este papel, debe ser visible al público, el cual confía en su imparcialidad y en su método de intervención (...) Su autoridad está determinada en primera instancia por la calidad del trabajo en sí mismo: una investigación rápida y completa, decisiones bien razonadas. El trabajo de calidad es un requisito sine qua non pero no es suficiente en sí mismo. Es el soporte interior principal, pero el externo también es vital: el

apoyo político para el Defensor del Pueblo Nacional y el conocimiento público de su trabajo, particularmente vía los medios de comunicación”¹⁵.

Las instituciones del Ombudsman no pueden por sí solas exigir el derecho a una buena administración; para que los componentes del buen gobierno sean una realidad, es fundamental que el Estado provea una estructura institucional y legal propicia mediante la cual se facilite la tutela de los Principios de Buen Gobierno y la protección de los derechos ciudadanos implícitos en estos.

No obstante, debe tenerse presente que aún en aquellos sistemas jurídicos en los cuales estos principios no se han insertado explícitamente en el ordenamiento jurídico, tienen fuerza vinculante. En estos supuestos la labor del Ombudsman es buscar soporte en la jurisprudencia de las cortes constitucionales o administrativas y destacar la importancia de los principios generales de derecho -aún siendo principios no escritos- dentro de la jerarquía normativa y como fuente de derecho.

1.3. Uso, cumplimiento y exigibilidad de los principios de administración adecuada por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. Casos ilustrativos: principio de transparencia y principio de rendición de cuentas

1.3.1. Aspectos legales generales de competencia

En Costa Rica, el contexto legal permite a la Defensoría de los Habitantes la protección de derechos a través de los principios de administración adecuada o buen gobierno, aunque es preciso aclarar que la denominación genérica con la que se les conoce jurídicamente es la de principios generales de derecho. Un análisis minucioso de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública –base fundamental del derecho adminis-

¹⁵ Tomado de: www.ombudsman.nl/brochure_uk/judgement_criteria.html.

trativo costarricense- evidencia que prácticamente todos los principios incluidos en la categoría expuesta en el primer epígrafe de este capítulo están reconocidos en ambos cuerpos normativos¹⁶.

Adicionalmente, el derecho administrativo costarricense reconoce el valor legal de los principios generales del derecho aún cuando sean principios no escritos dentro de la jerarquía normativa y como fuente de interpretación, integración y delimitación del sistema legal administrativo. En este sentido, es ilustrativo el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública que claramente establece:

“Artículo 7.- 1. Las normas no escritas –como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior”¹⁷.

16 Aunque esta investigación desarrolla únicamente el principio de transparencia y el de rendición de cuentas, vale señalar a nivel general que la Constitución Política reconoce por ejemplo el principio de transparencia en los artículos 27 y 30 a través del derecho de petición de todo habitante y del deber de respuesta de la autoridad administrativa; el principio de igualdad en el artículo 33; el principio de certeza legal en los artículos 34, 39 y 129; el principio de legalidad y la prohibición de desviación de poder en el artículo 49; los principios de legalidad y rendición de cuentas en el artículo 11.

La Ley General de la Administración Pública tutela en el artículo 4 el principio de eficiencia y el principio de igualdad; el principio de certeza legal se deduce claramente del artículo 5; el principio de legalidad se tutela en el artículo 11 y 131; la prohibición de desviación de poder en el artículo 131, inciso 3; la prohibición de arbitrariedad en el artículo 17; el principio de motivación del acto en el artículo 16; el principio de proporcionalidad en los artículos 8 y 10; el principio del debido cuidado administrativo lo tutelan los artículos 4 y 214.

17 Artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. Ley No. 6227.

Se concluye de esta cita que el ordenamiento jurídico administrativo costarricense no sólo le da un valor jurídico a los principios generales del derecho –escritos o no escritos- como herramientas para interpretar y evaluar los actos de la administración, sino que además les confiere un valor legal dentro de la jerarquía normativa atribuyéndoles el rango de la norma que interpretan.

Aunque los principios a que se refiere esta ley y la Constitución Política son denominados “principios generales de derecho”, ya se ha demostrado que corresponden en contenido a los principios de administración adecuada; se trata simplemente de un nombre genérico distinto que en nada obstaculiza su utilización por parte de las autoridades públicas, incluida la Defensoría de los Habitantes.

Es válido cuestionarse ¿cuál fue el interés del legislador de reconocer el valor legal de los principios dentro del ordenamiento administrativo?

No hay duda que tal acción respondió a la intención de incrementar el poder normativo, incluso de los principios no escritos, y de atribuirles un efecto legal vinculante sobre los actos del sector público con el propósito de que este no se limitara a seguir el criterio de legalidad, sino complementar su actividad administrativa para cumplir valores superiores como la justicia, la libertad y la dignidad del ciudadano. Este vínculo entre los principios y los fines que se pretenden alcanzar se evidencia claramente en el artículo 8 de la Ley General de la Administración Pública:

“Artículo 8.- El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”¹⁸.

¹⁸ Artículo 8 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. Ley No. 6227.

En este contexto legal, el reto de la Defensoría de los Habitantes debe ser estimular internamente la utilización de los principios generales de derecho que coinciden con los principios de administración adecuada en la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos y, externamente, promocionar una cultura de respeto de la administración pública hacia el bloque de legalidad, entendido bajo una amplia perspectiva, que incluye no sólo el principio de legalidad sino todos los criterios y parámetros a que se ha hecho referencia y que coadyuvan para mejorar integralmente la actividad administrativa.

Aunado al criterio de validez administrativa de los actos de la administración pública, la Sala Constitucional ha fortalecido ese criterio al referirse también a la validez constitucional. En este sentido, ha desarrollado una cantidad importante de principios que han sido incorporados como parámetros de constitucionalidad para las actuaciones administrativas. La jurisprudencia de la Sala Constitucional al respecto se resume en la siguiente resolución:

“...las actuaciones administrativas siempre deben considerar ciertos principios como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, lo cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución”¹⁹.

En lo que respecta a la ley de creación de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, el legislador definió la competencia institucional en función de la protección de derechos con base en un criterio de legalidad pero, también, otorgándole expresamente un lugar especial a los

¹⁹ Resolución N° 1739-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

principios generales de derecho así como a valores social y jurídicamente aceptados –como la moral y la justicia–, como parámetros que el Ombudsman puede utilizar legítimamente al evaluar un acto u omisión de la administración pública²⁰.

La introducción de la moral -al momento de aprobarse la ley de la Defensoría- como parámetro de control de las actuaciones de la administración pública y sus funcionarios fue un criterio novedoso en el desarrollo de la institución del Ombudsman en América Latina. El propósito era llenar un vacío existente en la lucha contra la corrupción, fenómeno que se manifestaba en aquel momento como un peligro inminente para los derechos e intereses de los habitantes con la consiguiente pérdida de credibilidad de la población en el régimen institucional.

El control de moralidad que la ley le atribuye a la Defensoría apunta a un segmento particular de la conducta humana: al control de la moral en el ejercicio de la función pública por parte de los funcionarios públicos y los responsables políticos de las instituciones, cuyo contenido se encuentra explícita y objetivamente definido por el marco normativo aplicable a la materia.

La defensa de la moralidad remite al tema de la ética de la función pública y a la delimitación de los parámetros que califican si un acto es moral o no. Al respecto, la institución ha señalado:

20 Artículo 1.- Atribución general. La Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos e intereses de los habitantes. Este órgano velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los Principios Generales del Derecho. Además, deberá promocionar y divulgar los derechos de los habitantes. Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. Ley No. 7319.

“La labor de control sobre la moralidad en la función pública se establece como una misión que prevalece sobre el simple control de legalidad de la actividad de la Administración. Es decir, es labor ineludible y prioritaria de la Defensoría de los Habitantes -como complemento de los controles clásicos de la actividad administrativa del Estado- cumplir e intervenir para señalar y cuestionar aquellas decisiones administrativas que no correspondan a los intereses de los administrados”²¹.

Se infiere de esta cita *a contrario sensu* que la legitimidad de un acto está en relación directa con los fines que este pretende alcanzar, los cuales para ser éticos deben estar identificados con la consecución del bien común.

Esta postura es coincidente con la posición que la doctrina ética desarrolla en el ámbito del Estado al señalar que es en los fines de la actividad administrativa donde se encuentran los parámetros de obligado examen al evaluar la ética de un acto. En este sentido se ha señalado:

“En este sentido, el principio ético fundamental de la acción pública es la búsqueda del bien común, como propósito de lograr una mejor calidad de vida en todo sentido para todos o para la mayor cantidad de personas que sea posible. Es la “buena acción” por excelencia en el camino hacia la meta del perfeccionamiento del hombre en el ámbito social. Este valor social subyace en todo sistema político... En un régimen democrático ese fin último o valor fundamental origina los valores instrumentales de solidaridad y justicia. Junto a ellos, los valores de seguridad, paz y libertad, vienen a conformar el marco ideológico-ético, sobre el cual se levanta todo el sistema, cuya legitimidad se funda necesariamente en la actualización de esos valores, en especial el primario y fundamental del bien común”²².

El control de la moral en la función pública a cargo de la Defensoría de Costa Rica responde a la necesidad de se-

21 Informe Anual de la Defensoría de los Habitantes 1995-1996, p. 365.

22 Ramírez Altamirano, Marina. Ética en la Función Pública. Programa para el Desarrollo Legislativo, Asamblea Legislativa de Costa Rica. 1997, p. 46.

ñar y denunciar aquellas faltas a la moral social que afectan los índices de desarrollo del país, así como el disfrute de los derechos individuales y colectivos en una comunidad. La defensa de este valor ha implicado un esfuerzo institucional importante, principalmente en aquellos casos en los cuales la administración alega la existencia de una norma que ampara el acto denunciado por la Defensoría pues, tal y como se ha indicado a lo largo de esta investigación, en el sistema jurídico costarricense tradicionalmente el elemento de legitimidad de un acto público ha sido el criterio de legalidad por sí solo. En estos casos, la Defensoría ha recurrido paralelamente a la interposición de acciones de inconstitucionalidad impugnando la ley o la norma ante la Sala Constitucional con un gran porcentaje de éxito pues, en la gran mayoría de los casos, esa instancia ha declarado la nulidad de esta.

La Defensoría ha sostenido reiteradamente que en el ejercicio de la función pública deben dejarse atrás los criterios tradicionales que sostenían una brecha entre moralidad y legalidad en la función pública y empezar a comprender que ambos conceptos se complementan y conjugan para establecer parámetros de control más efectivos de la actividad administrativa.

En Costa Rica, la Sala Constitucional también se ha referido a lo que debe entenderse como socialmente moral indicando que:

“... la moral no puede concebirse más que como el conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en una sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad...”²³

En el ejercicio de su competencia de velar por el respeto a estos valores superiores en el sector público, la De-

²³ Voto No. 3550-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1992.

fensoría anunció al país en 1996 su decisión de iniciar una lucha contra la corrupción y, en 1999, estableció como una prioridad de trabajo la lucha por la erradicación de privilegios en el ejercicio de la función pública.

La Defensoría ha utilizado la denuncia pública así como la impugnación jurisdiccional de actos administrativos, normativos o decisiones que lesionan los valores de la moral y la justicia. Paralelamente ha promocionado los principios de transparencia y rendición de cuentas de los funcionarios públicos y responsables políticos de las instituciones, así como la participación activa de la sociedad en los asuntos públicos como herramientas fundamentales de prevención de vicios que, como la corrupción y los privilegios, lesionan seriamente la credibilidad de la población en el sistema jurídico e institucional costarricense.

1.3.2. Cumplimiento y exigibilidad de los principios de transparencia y rendición de cuentas por parte de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica

Hoy en día está ampliamente aceptado que una condición esencial del buen gobierno es una gestión pública transparente en la que además los funcionarios públicos y responsables políticos rindan cuentas de sus funciones. Ambos principios se apoyan el uno al otro; a través de ambos se materializa el derecho de los ciudadanos a una buena administración y se democratizan los procesos de toma de decisiones.

“Cuando la gente tiene acceso a la información acerca de las actividades del gobierno, particularmente acerca de actividades que pueden afectarlos, se apoya y fortalece el proceso de rendición de cuentas. La información también fortalece el proceso democrático. Ciudadanos mejor informados pueden más claramente articular sus intereses y puntos de vista acerca de aspectos importantes y cambiar efectivamente decisiones que podrían afectarlos. Yo creo firmemente que la libertad de información mejorará grandemente los procesos de toma de decisiones en los órganos públicos no

sólo en relación con las decisiones que afectan a los individuos sino también en relación con las políticas”²⁴.

Un elemento fundamental de la *transparencia* es la disponibilidad y el libre acceso a la información, es decir, supone el deber del Estado de establecer los mecanismos que garanticen la divulgación de la información y el derecho de los ciudadanos de que esta les sea suministrada cuando la soliciten.

La transparencia también está asociada con una administración eficiente y transparente de los recursos públicos a través de buenas prácticas en administración pública, manejo financiero y evaluación de resultados. La participación ciudadana en asuntos de interés público es una condición indispensable en la promoción de la transparencia y de la rendición de cuentas.

Con fundamento en la amplitud de la competencia atribuida a la Defensoría de Costa Rica, explicada en el epígrafe anterior, y al contexto legal administrativo costarricense, la institución planteó como una prioridad de trabajo desarrollar una estrategia integral para combatir la corrupción y la falta de transparencia en el ejercicio de la función pública considerando tres razones. En primer lugar, afecta negativamente los derechos e intereses de la población; en segundo lugar, perjudica la prestación eficiente de los servicios públicos y, finalmente, le resta credibilidad al régimen institucional y jurídico en general.

En Costa Rica, el principio de transparencia encuentra su fundamento normativo en los artículos 9, 11 y 30 de la Constitución Política y está formado por tres componentes fundamentales. Esto significa que el principio de transparencia tiene un contenido mucho más amplio que la concepción holandesa y europea, en las cuales aquel se

²⁴ Murphy, Kevin. Rendición de Cuentas, Corrupción y Buen Gobierno. Los límites en la moderna Irlanda (28 de abril, 2003). Tomado de: www.ombudsman.gov.ie/246a_156.htm

asocia fundamentalmente con el derecho de acceso a la información.

El primer componente del principio de transparencia en Costa Rica es el respeto a la legalidad entendida en un sentido amplio, protegido en el artículo 11 de la Constitución Política²⁵.

La Defensoría ha sostenido que la obligación de los órganos públicos de subordinarse al ordenamiento jurídico tiene varias implicaciones: incluye un deber de diligencia en los procedimientos que regulan su actividad, el respeto a reglas de la ciencia, la técnica, a principios de justicia, lógica y conveniencia, la administración eficiente de los fondos públicos y la sujeción de la actividad administrativa a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad.

El segundo componente coincide con el contenido que Holanda y Europa en general atribuyen al principio de transparencia, vinculado esencialmente con la posibilidad de acceder a la información. En Costa Rica este es tan sólo uno de los elementos e, igualmente, ostenta protección constitucional al establecer en el artículo 30 una garantía constitucional de acceso a la información en condiciones de igualdad para todos los habitantes²⁶.

La Corte Constitucional de Costa Rica ha establecido jurisprudencia desarrollando el contenido de este principio:

“... esta normativa tiene como propósito el interés de la comunidad de conocer la actividad del funcionario público,

25 El artículo 11 establece: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública”.

26 Artículo 30.- Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado.

así como su buen o mal desempeño en el ejercicio del cargo y las informaciones que siendo de interés público se hallen en oficinas o departamentos administrativos”²⁷.

El acceso a la información es un requisito fundamental para hacer posible la participación de los habitantes en los asuntos de interés público e intervenir en los procesos de toma de decisiones. Aquí se pone de manifiesto la interrelación existente entre la segunda categoría de principios expuesta en el primer punto de esta investigación –principios de transparencia en la administración- y la tercera, principios de participación pública de la administración.

La Defensoría ha insistido en que el respeto al principio de transparencia involucra no solamente el establecimiento de mecanismos de control sino que está vinculado estrechamente con el fortalecimiento de una cultura de rendición de cuentas, pues en la medida en que los ciudadanos exijan a sus representantes explicaciones respecto a las responsabilidades inherentes a su función pública, se estará promoviendo la transparencia dentro del Estado.

La institución ha asociado el tercer componente de la transparencia con este ejercicio democrático, es decir, con la obligación de rendir cuentas la cual presupone la sujeción de los órganos públicos a los mecanismos de control de sus actos, establecidos por el ordenamiento jurídico y que incluyen instancias como la Defensoría de los Habitantes, la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional y la Procuraduría General de la República. Este tercer elemento se deduce claramente de los artículos 9, 10, 121, 140 y 152 de la Constitución Política²⁸.

27 Resolución No. 561-94 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

28 Todos esos artículos en su conjunto establecen un sistema de frenos y contrapesos en la función pública pues se refieren al principio de división de poderes, la creación de la Sala Constitucional, las atribuciones de la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo y el Judicial.

Todos estos elementos están claramente expuestos en la declaración hecha por la Defensoría al presentar al Parlamento su Informe Anual de Labores del período 1998-1999, cuando indicó:

“En síntesis, la transparencia en el ejercicio de la función pública exige una actitud responsable en el cumplimiento de los deberes legales y el respeto a los mecanismos previstos para garantizar los derechos e intereses de los habitantes, además de un compromiso ineludible con la participación de la población en los procesos de toma de decisiones y formulación de políticas públicas”²⁹.

La transparencia, así como el elemento de la rendición de cuentas en la función pública, han sido principios instrumentales de buen gobierno de enorme utilidad para la Defensoría en la lucha contra dos factores que están incidiendo negativamente en el funcionamiento del sector público en muchos países de América Latina en general: la corrupción y el establecimiento de privilegios.

Al mismo tiempo en que los principios de transparencia y rendición de cuentas son parámetros de control útiles en la lucha contra estos vicios, constituyen también mecanismos de prevención para la erradicación de prácticas ilegales o inmorales que atentan no sólo contra ambos principios sino que tienen implicaciones más serias en la legitimidad del poder público.

La Defensoría se ha referido a la corrupción en el siguiente sentido:

“Los actos de corrupción aluden a la existencia de conductas que se desvían de los deberes inherentes del ejercicio de la función pública, con la intención de perseguir intereses o beneficios personales... el ámbito en el que se desarrollan está ligado al ejercicio arbitrario e ilimitado de potestades discrecionales dando lugar a diversas manifestaciones de

²⁹ Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica 1998-1999, p. viii.

desviación o abuso de poder que perjudican el funcionamiento normal de la administración”³⁰.

La lucha contra la corrupción se inició no sólo por un imperativo de la ley de la Defensoría que le encomienda velar por la legalidad, la moralidad y los principios generales de derecho en el sector público, sino también por el perjuicio que la corrupción produce en los derechos de los ciudadanos así como en la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

En lo concerniente al establecimiento de privilegios en el sector público, la Defensoría ha aclarado que:

“Un privilegio podría conceptualizarse desde varios puntos de vista: como la dispensa en el cumplimiento de una obligación en favor de determinada persona o grupo de personas en detrimento de otras; como la concesión de una ventaja especial otorgada a determinada persona o grupo de personas en circunstancias subjetivas; o la utilización de recursos de carácter público derivados de la prestación de un servicio público o del cobro de tarifas o precios –por ejemplo- para el pago de beneficios desproporcionados e irrazonables a favor de un grupo reducido de personas. Es decir, el fenómeno puede tener connotaciones de carácter económico como también variables de otro tipo que deben ser consideradas”³¹.

La exigibilidad en el cumplimiento de los principios de transparencia y rendición de cuentas cuando han sido violados por la administración pública es muy compleja y, en estos casos, la Defensoría ha acudido a la vía jurisdiccional para reivindicar su respeto pues, por lo general, se trata de actos de corrupción o privilegios que suelen estar amparados en leyes creadas precisamente para “legitimar” esas irregularidades. En este sentido, la interposición de

30 Informe Anual de Labores 1999-2000 de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, p. 214.

31 Informe Anual de Labores 1999-2000 de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, p. 40.

acciones constitucionales es imprescindible pues la Defensoría no puede por autoridad propia anular una ley o forzar el cumplimiento de recomendaciones que vayan contra lo dispuesto en un cuerpo normativo.

El *principio de rendición de cuentas*, como se explicó anteriormente, constituye el complemento esencial hacia una gestión pública transparente pues empodera a los habitantes para exigir a los funcionarios públicos explicaciones por el cumplimiento de sus responsabilidades. En Costa Rica tiene base constitucional en el artículo 11 ya transcrito, que establece que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y sólo tienen aquellas facultades que la ley les concede; al mismo tiempo la propia Constitución establece que la acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública. Los alcances de este artículo constitucional han sido desarrollados por la Sala Constitucional al señalar que:

“...todo el que desempeña una función pública se encuentra sujeto a la vigilancia constante del conglomerado social”³².

Adicionalmente a la tutela constitucional, el principio de rendición de cuentas también está contemplado a nivel legal; el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública en el primer inciso establece claramente que:

“El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados”³³.

La práctica de rendir cuentas no sólo es un principio de sana administración pública sino un elemento indispensa-

32 Resolución No. 5061-94 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

33 Artículo 113. Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. Ley No. 6227. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

ble para el establecimiento de relaciones adecuadas entre gobernantes y gobernados.

Sin embargo, el contenido de este principio trasciende a la posibilidad procesal de pedir explicaciones a los órganos públicos por su gestión, sino que va más allá:

“Adecuados mecanismos de responsabilidad deben tener un lugar dentro del servicio público. Los servidores públicos deben ser responsables de sus acciones frente a sus superiores y, más ampliamente, al público en general. La rendición de cuentas abarca no sólo el cumplimiento de reglas y principios éticos sino también el logro de resultados. Los mecanismos de rendición de cuentas pueden provenir del mismo gobierno, o pueden ser proporcionados por la sociedad civil. Pueden diseñarse mecanismos para promover la rendición de cuentas a través de controles adecuados que permitan al mismo tiempo una dirección flexible apropiada”³⁴.

Desde una perspectiva cualitativa, el principio de rendición de cuentas abarca entonces además la responsabilidad de cumplir con las metas propuestas por la autoridad pública en beneficio de la comunidad, a través de la utilización racional de los recursos públicos y la fijación de prioridades de acuerdo a las necesidades de la población.

En este sentido, cuando la Defensoría decidió que el fortalecimiento de la transparencia en el sector público sería un tema prioritario dentro de sus funciones, al mismo tiempo anunció al país la necesidad de promover una cultura de rendición de cuentas como una estrategia para contrarrestar los problemas expuestos cada vez más frecuentemente en las denuncias, relacionados con la incapacidad del sistema para relacionarse con los habitantes y articular sus necesidades.

³⁴ Murphy, Kevin. Rendición de Cuentas, Corrupción y Buen Gobierno. Los límites en la moderna Irlanda (28 de abril, 2003). Tomado de: www.ombudsman.gov.ie/246a_156.htm

En el Informe Anual de Labores 1997-1998, la Defensoría denunció que la casuística mostraba en los órganos públicos una actitud de suficiencia en la que la participación pública era residual y no incorporaba a la sociedad en la evaluación de la calidad y la eficacia de los servicios públicos, razón por la cual era necesario replantearse nuevas reglas y formas de relación. En esa oportunidad planteó que el principio de rendición de cuentas funciona en una doble dimensión: la de las autoridades públicas y la de la sociedad civil.

Desde el punto de vista de las instituciones públicas, el principio de rendición de cuentas exige el cumplimiento legal así como moral de las responsabilidades derivadas de la función pública y la obligación de rendir cuentas sobre resultados en su gestión; en este aspecto la Defensoría destacó que este principio es un mecanismo preventivo de primer orden en la erradicación de la corrupción al lado de otras estrategias que incluyen: la participación activa de los habitantes, acciones de educación y capacitación a la población y a los funcionarios en materia de deberes y responsabilidades de la función pública.

Desde el punto de vista de la sociedad civil, el desarrollo de una cultura de rendición de cuentas implica que los habitantes asuman que tienen el derecho e incluso la obligación de exigir cuentas a las autoridades públicas sobre los resultados de su gestión y el respeto a sus derechos.

Una reforma aprobada recientemente por la Asamblea Legislativa (ley No. 7646) estableció la obligación de los jefes del sector público de comparecer ante el Parlamento para dar cuentas sobre la forma en que se administra el presupuesto asignado anualmente a la institución que dirigen. Esta disposición constituye un avance muy importante hacia la conformación de una cultura de rendición de cuentas en el país. Por otro lado, también debe mencionarse la Ley de Enriquecimiento Ilícito que esta-

blece la obligación de los responsables políticos de las instituciones y algunos funcionarios públicos de presentar una declaración jurada de bienes al iniciar y concluir su mandato.

Ambas leyes son un aporte importante en el cumplimiento del principio de rendición de cuentas el cual no sólo es fundamental dentro de la categoría de los principios de administración adecuada, sino que además es un principio democrático de legitimidad del sistema político.

Otros preceptos legales que se complementan en el tema de las responsabilidades de la función pública están contenidos en la Ley de Administración Financiera de la República, la Ley de Contratación Administrativa y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, las cuales establecen en conjunto los principios que rigen la administración de los recursos públicos y las incompatibilidades de los funcionarios responsables.

Sin embargo, aunque la Defensoría reconoce la importancia de esas leyes, ha señalado que el respeto al principio de rendición de cuentas no tiene por qué depender de la existencia de un detallado marco normativo que lo regule, pues la obligación de los funcionarios públicos de responder a las preguntas, críticas o cuestionamientos de los habitantes es consustancial al régimen democrático y ya está tutelado a través del derecho de petición y pronta respuesta establecido en el artículo 27 de la Constitución Política³⁵.

Otras normas igualmente importantes son aquellas contenidas en pactos y convenciones internacionales suscritos por el gobierno y que complementan la normativa interna en esta materia; tal es el caso de la Convención

³⁵ “Artículo 27.- Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”. Constitución Política de la República de Costa Rica.

Americana contra la Corrupción ratificada por la Asamblea Legislativa por medio de la ley No. 7670 del 17 de abril de 1997. En este instrumento internacional los Estados partes se comprometieron a crear y fortalecer mecanismos para estimular la participación de la sociedad en la prevención de la corrupción.

Más allá del ámbito administrativo, la legislación penal costarricense tipifica como delito una gran cantidad de conductas vinculadas al incumplimiento de los deberes y responsabilidades propias del ejercicio de la función pública. En este sentido, es necesario destacar que la ley de creación de la Defensoría establece que en materia penal la institución tiene, más que una potestad, la obligación de interponer las denuncias correspondientes, sin perjuicio de que, al evidenciar una infracción a los deberes de la relación de servicio, también gire recomendaciones³⁶.

Esto significa que cuando la administración incurra en actos que aparte de violar Principios de Buen Gobierno - como los analizados en este epígrafe- constituyan delito, la Defensoría puede exigir su cumplimiento desde su posición como magistratura de influencia pero también indirectamente, a través de la interposición de denuncias penales pues se trata de irregularidades en donde se lesiona un bien jurídico de interés público.

Sin embargo, es necesario aclarar que desde el punto de vista jurídico la propuesta que plantea la Defensoría de los Habitantes trasciende la visión estrictamente penal,

³⁶ “Artículo 27.- Hechos delictivos. Cuando la Defensoría de los Habitantes de la República, tenga noticia de una conducta o de hechos presuntamente delictivos, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público”. Este artículo se complementa con el 28 que señala: “Artículo 28.- Infracción a la relación de servicio. La violación de los derechos constitucionales, configure o no delito, constituirá también una infracción a los deberes de la relación de servicio del funcionario que en ella incurriere. En ese caso, la Defensoría recomendará las acciones correspondientes”. Ley de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.

pues no es la única forma —ni la más efectiva— de investigar y sancionar actos que violen la transparencia y rendición de cuentas. En algunos casos las conductas no están tipificadas como delitos, en otros los despachos judiciales no cuentan con la capacidad suficiente para enfrentar este tipo de delitos con el sentido de oportunidad y celeridad que se requiere.

La propuesta jurídica que plantea la Defensoría es la que se ha desarrollado en el epígrafe anterior. Consiste en superar una concepción eminentemente legalista para abordar el análisis de estos casos bajo una perspectiva doble de legalidad y moralidad, sensibilizando a la población y a los funcionarios públicos a través de la denuncia pública.

“No cabe insistir en la aparente contradicción entre derecho y moralidad, entre legalidad y moralidad: cualquier actuación administrativa que roce con los principios de la moral en el ejercicio de la función pública resulta susceptible de ser analizada bajo el prisma de los criterios de legalidad y constitucionalidad... Esta es, precisamente, la posición que adopta y exige la Defensoría de los Habitantes al asumir el reto y la responsabilidad de combatir la corrupción en el ejercicio de la función pública”³⁷.

Paralelamente, otra acción necesaria que se debe realizar es la de iniciar investigaciones de oficio en distintos sectores de la administración pública para evaluar constantemente si está respetando los límites jurídicos que rigen en el ejercicio de sus potestades discrecionales, pues es ahí donde se generan los actos de corrupción. Otros parámetros de control que pueden ayudar a las instituciones del Ombudsman son verificar la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros de constitucionalidad en los actos administrativos y la satisfacción del fin público bajo una perspectiva integradora.

37 Informe Anual de Labores 1997 de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, p. 17.

Entre algunas acciones concretas emprendidas por la Defensoría por violaciones a los principios de transparencia y rendición de cuentas está la interposición de dos acciones de inconstitucionalidad contra múltiples artículos de dos convenciones colectivas de la Refinadora Costarricense de Petróleo que otorgaban privilegios a los servidores y al sector gerencial de la institución. Estos beneficios eran de carácter económico e implicaban la erogación de altas sumas de dinero sufragadas con recursos públicos. La Sala Constitucional acogió las acciones y declaró nulas múltiples normas de ambas convenciones. En este caso, por tratarse de actos amparados en un instrumento con rango de ley, la Defensoría tuvo que recurrir a una exigibilidad indirecta, a través de la vía judicial.

Otro ejemplo es la lucha contra privilegios de los miembros de la Junta Directiva del Banco Popular relacionados con el uso de vehículos discrecionales, teléfonos celulares y pago de aguinaldos. En estos casos la Defensoría inició por sí misma un extenso proceso de seguimiento en el cual sus recomendaciones fueron acatadas y se ordenó a los directivos la devolución del dinero que por esos conceptos habían recibido indebidamente.

Asimismo, la Defensoría desarrolló una investigación realizada en relación con el pago de aguinaldos a miembros de los concejos en municipalidades y en juntas directivas de instituciones autónomas, pues el parámetro para calcular su monto son los salarios percibidos y no las dietas de una persona que no es propiamente un trabajador.

Según este mismo razonamiento, la Defensoría inició una investigación de oficio para determinar si, al finalizar el período presidencial previo al actual, se habían pagado prestaciones laborales a los presidentes ejecutivos de instituciones autónomas y ministerios ya que estos son funcionarios de confianza y no procede la cancelación de este tipo de extremos laborales. No obstante, la investigación demostró que el Estado costarricense había pagado

millones de colones justo antes de que finalizara el período presidencial sin que existiera una base legal para que estos pagos fueran legítimos. La mayoría de estos jefes devolvieron el dinero al Estado.

En esta lucha contra privilegios infundados, la Defensoría también cuestionó algunos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante los cuales se establecían mecanismos de capitalización del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial que no eran equitativos ni jurídicamente justificables. De acuerdo con esta ley, el 50% de los intereses que generaban los depósitos de dinero en juicios activos y el total de los depósitos hechos en juicios abandonados se destinaban a este fondo.

En este caso la Defensoría señaló que no obstante encontrarse el Fondo de Pensiones y Jubilaciones adscrito al Poder Judicial, el interés que se satisface no es público sino de carácter gremial pues se dirige a beneficiar a un sector reducido de la sociedad, los funcionarios judiciales. También en este caso, por tratarse de actos amparados en una ley, la Defensoría interpuso una acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional que fue aceptada, declarándose la nulidad de las normas impugnadas.

En la lucha por la promoción de la transparencia y la rendición de cuentas, la Defensoría promovió la publicidad de la lista de personas y entes morosos de la Caja Costarricense de Seguro Social –institución pública prestataria de los servicios médicos en el país- como una garantía de transparencia para que los usuarios conozcan sobre el manejo de recursos en sus instituciones y, en el caso concreto, para incrementar la eficiencia en el cobro de cuentas pendientes.

Finalmente, otra acción que la Defensoría ha emprendido refiere al tema de la inmunidad que gozan los miembros de los supremos poderes, al considerarla como un privilegio injustificado e irrazonable que debe ser elimi-

nado. La posición de la Defensoría se explica porque, bajo la inmunidad, los funcionarios pueden excusarse para evadir la acción de la justicia por la comisión de delitos comunes, es decir, aquellos no cometidos propiamente en el ejercicio de su función, incluso delitos cometidos antes del momento en que ocuparan el cargo.

La posición de la Defensoría es que el fuero de inmunidad penal debería extenderse única y exclusivamente a la comisión de delitos propios de la función pública, pues la salud ética y moral de Costa Rica requiere que el sistema de inmunidades de los miembros de los supremos poderes y funcionarios equiparados respete el principio de igualdad de trato ante la comisión de delitos comunes, eliminando discriminaciones odiosas frente a la administración de justicia.

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LAS NORMAS Y RECOMENDACIONES EMPLEADOS POR LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. Diferencias entre cumplimiento y exigibilidad

La labor de defensa que desarrolla la institución del Ombudsman no se agota con el análisis jurídico para determinar si el acto, decisión administrativa u omisión ha quebrantado u obviado o no una norma de rango legal o un principio de derecho escrito o no escrito. El análisis jurídico que realiza el Ombudsman en el informe final de cada caso concreto no sólo es importante porque identifica si hay un derecho que ha sido violado y la norma que lo tutela, sino que además fundamenta la emisión de recomendaciones específicas que tienen por objetivo la restitución de la situación jurídica vulnerada del ciudadano afectado y la corrección de situaciones anómalas de impacto general a fin de prevenir que tales actos continúen realizándose.

En la región centroamericana y en el contexto costarricense particularmente, la experiencia de las instituciones del Ombudsman revela que con la emisión del informe final de cada caso concreto o investigación de oficio tan sólo concluye una primera fase en la labor de defensa. Se inicia inmediatamente otra etapa esencial de defensa en la cual, incluso, cobra sentido frente al habitante la existencia misma del Ombudsman, pues es la fase en la que se resuelve en definitiva el problema que motivó la denuncia a través del acatamiento de la administración a las recomendaciones emitidas por la Defensoría.

Antes de analizar los mecanismos legales y extrajurídicos de que dispone la Defensoría para exigir a la administración pública el cumplimiento de sus recomendaciones y de las normas que le han servido de fundamento, es necesaria una diferenciación teórica mediante una aclaración conceptual de los términos “cumplimiento” y “exigibilidad”.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *cumplimiento* significa observancia, obediencia, conformidad. La administración pública cumplirá una recomendación de la Defensoría no sólo en virtud de la autoridad moral que esta ostenta sino también en virtud de que se ha producido una violación al ordenamiento jurídico, entendido en su sentido más amplio e integrado por las normas escritas y principios no escritos.

Por otro lado Cabanellas, en un contexto jurídico general, se refiere a la *exigibilidad* como el acto de hacer cumplir a otro una disposición, una orden o una norma. Este concepto alude a la ejecución de un acto por la autoridad de imperio de ley de que es titular la administración pública y mediante la cual puede compeler a un habitante -independientemente de su voluntad- a cumplir con una norma. Este principio encuentra una excepción en la institución del Ombudsman pues, tal y como será analizado mi-

nuciosamente en el punto siguiente, una de sus características tiene relación con la naturaleza jurídica de sus recomendaciones las cuales, aunque son actos jurídicos, no tienen un efecto vinculante directo y, consecuentemente, no tienen el poder de afectar directamente los derechos subjetivos de los habitantes.

La exigibilidad de las recomendaciones del Ombudsman derivan entonces de la constatación de que se ha violado una norma o un principio que integra el ordenamiento jurídico del país y que la administración pública está obligada a respetar.

2.2. La función de seguimiento desarrollada por la Defensoría de los Habitantes

El establecimiento de mecanismos de control del poder público es la respuesta a una creciente necesidad de la sociedad civil de contar con mecanismos que la involucren en los procesos de toma de decisiones y ejercer control sobre las acciones del Estado que podrían afectarle.

Con la creación de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se estableció una forma de control del poder no coercitiva que no se fundamenta en el poder sancionatorio sino en el ejercicio de una magistratura de influencia, que la Defensoría entiende como una posición social y jurídicamente legitimada la cual le otorga peso a sus recomendaciones y le obliga –si quiere tener éxito en sus funciones- a desarrollar una capacidad para relacionarse e incidir en el entorno a fin de canalizar las demandas de la población y para establecer vínculos de coordinación y trabajo con el resto del régimen institucional.

Estos elementos unidos a la confianza que la población deposita por la certeza de que las investigaciones se realizan en forma responsable y objetiva, impregna a las resoluciones de una autoridad difícil de evadir, especialmente cuando el incumplimiento puede ser objeto de reproche moral, social o político.

Existen otras situaciones en que las resoluciones contienen más bien recordatorios de deberes legales, es decir, una mención expresa de la normativa que ha sido violada por el acto u omisión denunciada y la medida administrativa que corresponde a la luz de la disposición legal. En estos casos está fuera de discusión si las recomendaciones son vinculantes o no en virtud de que la ley es vinculante para todas las personas y nada justifica el incumplimiento de los deberes legales señalados.

2.2.1. Concepto de seguimiento

La fase de seguimiento es trascendental en la función de defensa y protección que realiza la Defensoría pues es ahí cuando invierte todo su esfuerzo por lograr el cumplimiento de sus recomendaciones, resultado que tiene dos implicaciones importantísimas: fortalece el respeto de los órganos públicos hacia la institución y la confianza de la sociedad en la Defensoría, que mide la efectividad de su servicio en función de la resolución del problema que motivó la interposición de una queja.

El objetivo general que se persigue en la fase de seguimiento es que los órganos públicos, funcionarios y jerarcas asuman que, en sus actuaciones como funcionarios públicos, siempre deben perseguir la satisfacción de los derechos e intereses de los habitantes.

En virtud de la importancia que tiene la verificación del cumplimiento de las recomendaciones, se han establecido diversas metodologías e instrumentos destinados a dicha tarea. Desde el punto de vista de procedimiento, una vez que la Defensoría de los Habitantes finaliza el proceso de investigación, emite el respectivo informe final en el que formula las recomendaciones pertinentes con respecto al caso planteado. El artículo 22 de la ley de creación de la Defensoría establece un plazo de ocho días hábiles para que cualquiera de las partes presente un recurso de reconsideración en caso de que exista disconformidad con

los términos de la resolución. Transcurrido este plazo se inicia la etapa de seguimiento.

A este respecto, el Reglamento de la Ley de la Defensoría de los Habitantes establece en su artículo 32 un plazo de quince días hábiles después de notificada la resolución final para que el órgano o funcionario recomendado remita un informe de cumplimiento sobre las recomendaciones emitidas. Esta disposición debe interpretarse a la luz de los artículos 14, inciso 3 de la ley N° 7319 y 59 de su reglamento ejecutivo de los cuales se deriva una consecuencia para el funcionario que se niegue a acatar injustificadamente las recomendaciones y que consiste en la posibilidad de una amonestación o, en caso de incumplimiento reiterado, de una recomendación de suspensión e incluso el despido³⁸. Esta disposición confiere a la institución una autoridad más allá de la simple magistratura de influencia pues crea una obligación hacia la administración de referirse al cumplimiento de las recomendaciones sin que pueda simplemente obviar la intervención de la Defensoría.

Sin embargo, es preciso aclarar que la etapa de seguimiento no se lleva a cabo simplemente a través del intercambio de correspondencia; en esta fase la institución ejecuta todas las acciones necesarias hasta verificar el cumplimiento de las recomendaciones para resolver el caso concreto y lograr un verdadero respeto a los derechos e intereses del habitante afectado. Algunas veces la resolución del caso implica la conciliación de los intereses de los ciudadanos con la administración pública.

Para que la función de seguimiento sea efectiva se requieren al menos tres condiciones esenciales:

38 El artículo 59 del Reglamento de la Ley de la Defensoría establece: "No acatamiento de las recomendaciones. El Defensor de los Habitantes de la República podrá solicitar la amonestación del funcionario que incumpla, de manera injustificada, con sus recomendaciones. En caso de incumplimiento reiterado, el Defensor de los Habitantes de la República podrá recomendar la suspensión o el despido del funcionario." Decreto Ejecutivo No. 22266.

- 1.- Las recomendaciones deben coincidir con las necesidades reales y actuales de las personas interesadas y de su entorno.
- 2.- Deben considerar las condiciones materiales y legales de las instituciones públicas de las que depende su cumplimiento.
- 3.- Deben ser precisas y susceptibles de ser ubicadas en tiempo y espacio.

Tal y como se indicó anteriormente, la función de seguimiento no se circunscribe únicamente a la realización de gestiones formales para lograr el cumplimiento. En esta fase las gestiones informales también suelen ser muy efectivas, llamadas telefónicas, concertación de entrevistas o reuniones de trabajo, labores de mediación, visitas a los funcionarios públicos e inspecciones en el lugar de los hechos. También se efectúan reuniones de consulta con las personas interesadas y se cita a los funcionarios responsables del cumplimiento.

La política de la institución es finalizar la labor de seguimiento cuando se soluciona definitivamente el problema planteado y se satisface el interés de la persona interesada.

Otra política de la Defensoría es que el expediente no debe ser cerrado únicamente con la información aportada por la administración; en todos los casos subsiste un deber institucional de verificación con el habitante, quien señalará en última instancia si el problema fue resuelto y si se encuentra satisfecho. En casos en los que la resolución no se puede verificar simplemente con la observación, la Defensoría está obligada a recopilar los análisis técnicos que descarten la persistencia del problema³⁹.

³⁹ Esta obligación se originó a partir de la resolución No. 1322-2001 de la Sala Constitucional en un recurso de amparo que examinó la actuación de la Defensoría en un caso concreto de contaminación ambiental.

2.2.2. Mecanismos normativos de seguimiento

La ley de creación de la Defensoría, el reglamento ejecutivo y otras normas del ordenamiento jurídico establecen una serie de mecanismos que contribuyen a la efectividad en el cumplimiento de las recomendaciones. Para la ejecución de estos mecanismos normativos de seguimiento, la ley le otorga a la institución otros instrumentos procesales de apoyo que se exponen a continuación.

a.- Citación. La potestad de citar al funcionario está establecida en el artículo 12 de Ley de la Defensoría de los Habitantes y en el 27 del reglamento; este último establece:

“...el Defensor de los Habitantes de la República podrá citar a los funcionarios públicos para que comparezcan personalmente a referirse sobre cualquier cuestión de interés para la investigación de asuntos sometidos a su conocimiento. También están obligados a comparecer aquellas personas que participen en la explotación de concesiones o en la prestación de servicios públicos. Si habiendo sido debidamente notificado no se presentara el día y la hora señalados, el funcionario o la persona citada podrá ser obligada a comparecer por medio de la Fuerza Pública. Se exceptúan los casos de legítimo impedimento y los de funcionarios que gozan de inmunidad.”

b.- Inspección. El artículo 12 de la Ley de la Defensoría de los Habitantes y el artículo 26 del reglamento establecen que:

“...en cualquier momento, el Defensor de los Habitantes de la República, el Defensor Adjunto o sus delegados podrán inspeccionar las oficinas públicas sin previo aviso y requerir de ellas toda la información y documentación necesarias para cumplir con sus atribuciones. Se incluyen en esta disposición todas aquellas oficinas, estructuras o instalaciones que se destinen a la explotación de concesiones, a la prestación de servicios públicos o al ejercicio de alguna función pública. No podrá negarse el acceso del Defensor de los Habitantes de la República o sus colaboradores a documentos públicos que se encuentren en manos de particulares.”

c.- Sanciones. A diferencia de otras instituciones del Ombudsman, la ley de creación de la Defensoría en Costa Rica establece un régimen de sanciones cuando sus recomendaciones no son acatadas sin ninguna justificación. A este respecto el artículo 59 del Reglamento a la Ley de la Defensoría de los Habitantes establece:

“El Defensor de los Habitantes de la República podrá solicitar la amonestación del funcionario que incumpla, de manera injustificada, con sus recomendaciones. En caso de incumplimiento reiterado, el Defensor de los Habitantes de la República podrá recomendar la suspensión o el despido del funcionario.”

d.- Obligación de rendir un informe de cumplimiento. Este mecanismo de exigibilidad está dispuesto en el artículo 32 del Reglamento de la Ley de la Defensoría que establece:

“Cuando el Defensor de los Habitantes de la República llegue a tener conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de una actuación material, acto u omisión, o de la existencia de amenazas, perturbaciones o restricciones a los derechos e intereses de los habitantes, deberá formular al órgano respectivo, en forma pública o privada, advertencias, recomendaciones o recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la rectificación correspondiente o la adopción de nuevas medidas... En todos los casos, el órgano o funcionario estará obligado a responder por escrito en el término de quince días hábiles.”

Esta obligación se refuerza con las disposiciones de los artículos 26 de la ley y 58 del reglamento que establecen que la negativa de un funcionario o de sus superiores para contestar o enviar la documentación requerida por la Defensoría, la existencia de algún acto material o de alguna actuación y omisión que entorpezcan las funciones de este, harán que el funcionario o funcionarios incurran en el *delito de desobediencia*. En esos supuestos, la Defensoría de los Habitantes tiene la potestad de informar al superior jerárquico de ese funcionario y al Ministerio Público.

Es importante destacar que los artículos 28 de la ley y 60 del reglamento establecen que la violación de los derechos constitucionales por parte de un funcionario público, configure o no delito, constituirá también una infracción a los deberes de la relación de servicio del funcionario que en ella incurre.

Del conjunto de todas estas normas, la Defensoría ha arribado a tres conclusiones fundamentales:

- La presentación del informe de cumplimiento, en el cual la institución informa cómo ejecutará las recomendaciones de la Defensoría, es conminatorio. Esto significa que su presentación es obligatoria y no potestativa para el funcionario o institución recomendada. El incumplimiento de esta obligación constituye delito.

- La ley establece un régimen disciplinario en contra del funcionario que no acate las recomendaciones sin haber justificado legalmente su negativa. Puede ser objeto de amonestación y en caso de incumplimiento reiterado, de una recomendación de suspensión o despido.

- Si la Defensoría constata en la investigación de la denuncia la violación de derechos constitucionales, se configura una infracción a los deberes de la relación de servicio y, consecuentemente, el funcionario responsable deberá enfrentar un procedimiento disciplinario.

e.- Legitimación para presentar acciones jurisdiccionales y administrativas. Este constituye un mecanismo de exigibilidad que, a los efectos de esta investigación, ha sido denominado como “indirecto”, razón por la cual las consideraciones referidas a esta facultad se desarrollan ampliamente en el segundo capítulo, epígrafe 2.4.2. Valga apuntar aquí únicamente que esa amplia legitimación es una importante herramienta para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones que emite la institución.

2.2.3. Otros mecanismos de exigibilidad

Además de los mecanismos normativos, la Defensoría de los Habitantes cuenta con otros mecanismos que pueden ser igualmente eficaces para lograr el cumplimiento de sus recomendaciones. Entre estos se encuentran los siguientes:

- *Censura pública*

La censura pública es una potestad atribuida a la institución mediante el artículo 32 del Reglamento a la Ley de la Defensoría de los Habitantes, que permite al Defensor emitir censura pública por actos o comportamientos lesivos a los derechos e intereses de los habitantes.

La denuncia pública puede derivar en un reproche moral, social o político generalizado cuyo peso incluso puede ser más fuerte que una sentencia judicial para el cumplimiento de las recomendaciones. La Defensoría en Costa Rica ha recurrido en varios casos a la censura pública de funcionarios que han recibido privilegios sin fundamento jurídico en perjuicio de los recursos públicos. En esos casos, la denuncia pública fue determinante para lograr resultados inmediatos en el acatamiento de las recomendaciones emitidas por la Defensoría.

La potestad de censurar públicamente no sólo constituye un mecanismo de cumplimiento altamente eficaz sino que, más allá del resultado, su ejercicio posibilita el goce del derecho ciudadano de información respecto a la gestión de los asuntos públicos, presupuesto básico en la promoción de la transparencia en el sector público.

En este contexto, el papel de la prensa es fundamental así como el establecimiento de una alianza con las instituciones del Ombudsman en virtud de que ambos, como medios de control, fomentan el derecho a la información y a la publicidad de los actos públicos desde una perspectiva de legalidad y moralidad. Mayores consideraciones res-

pecto al papel de la prensa son desarrolladas en 2.4.3 del segundo capítulo de esta investigación.

- *Comisión Especial de la Asamblea Legislativa*

Este mecanismo, utilizado principalmente en países de Europa, tiene como fin el cumplimiento de las recomendaciones que emiten instituciones con potestades y funciones similares a las de la Defensoría de los Habitantes a través de una comisión del Parlamento que tiene por función llamar a comparecer ante su seno a todos aquellos funcionarios o funcionarias que no acatan las recomendaciones emitidas por el Ombudsman o que se resisten a entregar la información que requiere la institución para llevar a cabo sus investigaciones. El mecanismo ha sido altamente eficaz.

En el caso de Costa Rica, a diferencia del resto de los países de Centroamérica, no existe una comisión análoga; sin embargo, en la actualidad existe una propuesta para que la Asamblea Legislativa apruebe la conformación de una Comisión Especial Permanente de Derechos Humanos.

- *Participación de las contralorías de servicio*

Las contralorías son órganos internos de las instituciones de la administración pública que procuran la defensa de los derechos e intereses de los usuarios de los servicios y una mayor eficiencia y eficacia del Estado en la prestación de los servicios públicos.

El establecimiento de una alianza estratégica entre la Defensoría y estos órganos es un instrumento adicional que puede coadyuvar a lo interno de cada institución en el cumplimiento de las recomendaciones específicas que gira la Defensoría. Por la importancia en la labor que desempeñan las contralorías de servicio es necesario dotarlas de rango legal y asegurar su independencia.

• *Participación de la persona interesada y de las comunidades*

La participación de la persona interesada o de la comunidad involucrada en el proceso de seguimiento puede facilitar enormemente el cumplimiento de las recomendaciones al mismo tiempo que crea conciencia en los habitantes acerca de sus derechos y cómo ejercer su defensa. Esto significa que, aparte de que el habitante se involucra directamente en la ejecución de las recomendaciones que le beneficiarán, este se constituye en un espacio de capacitación y educación en derechos humanos.

• *Elaboración de una lista de funcionarios y funcionarias que incumplen las recomendaciones de la Defensoría de los Habitantes*

En el año 2003 la Defensoría tomó la decisión de incluir en el Informe Anual de Labores que presenta a la Asamblea Legislativa una lista con el nombre de los funcionarios de la administración pública que han incumplido de manera injustificada con las recomendaciones emitidas por la Defensoría. El objetivo es presentar al país públicamente en cada caso la magnitud del incumplimiento en el que haya incurrido el funcionario y sus consecuencias sobre los derechos e intereses de los habitantes.

Este mecanismo de presión para el cumplimiento de sus recomendaciones será utilizado como última opción, cuando el funcionario haya mostrado una resistencia al cumplimiento pues, por principio general, para la Defensoría es fundamental asumir una posición de alianza y no enfrentamiento con las instituciones públicas respecto a los problemas o deficiencias que lesionan los derechos de los habitantes.

En una alianza con la administración pública, la Defensoría aporta su diagnóstico sobre el estado de los derechos en el país y las instituciones muestran su disposición para resolver los problemas a través de cambios internos,

el fomento de relaciones personalizadas con el habitante y la adopción de procedimientos que garanticen el respeto a los derechos fundamentales de la población.

2.3. Problemas en el cumplimiento y la exigibilidad de las recomendaciones del Ombudsman

2.3.1. Problemas de tipo jurídico

Cuando la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica inició sus funciones en 1993, los problemas con la administración en el cumplimiento y la exigibilidad estuvieron asociados con la naturaleza jurídica no vinculante de sus recomendaciones. Las instituciones alegaron que al tratarse de informes cuyo cumplimiento no es obligatorio jurídicamente, no cumplirían las recomendaciones anteponiendo además justificaciones tales como criterios de prioridad en el uso del presupuesto público para otros fines e insuficiencia de recursos económicos, sobre todo en aquellas recomendaciones que implicaban una fuerte inversión del Estado por tratarse de soluciones a problemas estructurales.

Este obstáculo en el cumplimiento y ejecución de las recomendaciones se explica por el desconocimiento de la administración pública de Costa Rica respecto a las características y naturaleza jurídica de la Defensoría, lo cual ha justificado a través de los años una fuerte campaña de divulgación y promoción sobre la competencia de la institución y el peso moral de sus recomendaciones.

La Defensoría ha aclarado reiteradamente que sus actos son de naturaleza distinta de los actos administrativos propiamente, entendidos como manifestaciones de voluntad de la administración pública que producen efectos jurídicos directamente. Los actos del Defensor no constituyen actos administrativos bajo esa perspectiva en virtud de que no producen efectos jurídicos que incidan en la esfera de los derechos subjetivos de funcionarios investiga-

dos con motivo de una queja o denuncia. Ya en el segundo Informe Anual del período 1994-1995 la Defensoría había establecido:

“Al no tener esos efectos –aunque obviamente podrían tenerlos de naturaleza política o moral- esos actos escapan a un procedimiento sancionador en general (sea sanciones penales, civiles o laborales) que desemboque en una denegación, restricción o supresión de derechos o libertades de las personas”⁴⁰.

Aún cuando los informes finales no producen efectos jurídicos directamente, la experiencia de trabajo acumulada a lo largo de los años y el conocimiento más profundo de la ley de creación de la Defensoría, ha permitido comprender que ese principio debe ser valorado a la luz del artículo 14.3 que creó a la administración la obligación de justificar a la Defensoría cuando decide no cumplir con sus recomendaciones⁴¹.

Sin embargo, de acuerdo al artículo 32 del Reglamento de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, en todos los casos el órgano o funcionario notificado de un informe final que contiene recomendaciones tiene el deber de referirse al informe en un plazo de 15 días⁴².

40 Informe Anual de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica 1994-1995, p. 310.

41 “El artículo 14.3 de la ley establece claramente: “El no acatamiento injustificado de las recomendaciones de la Defensoría de los Habitantes de la República, puede ser objeto de una amonestación para el funcionario que las incumpla o, en caso de incumplimiento reiterado, de una recomendación de suspensión o despido...”. Ley No. 7319.

42 “Artículo 32. Recomendaciones. Cuando el Defensor de los Habitantes de la República llegue a tener conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de una actuación material, acto u omisión, o de la existencia de amenazas, perturbaciones o restricciones a los derechos e intereses de los habitantes, deberá formular al órgano respectivo, en forma pública o privada, advertencias, recomendaciones o recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la rectificación correspondiente o la adopción de nuevas medidas (...). En todos los casos, el órgano o funcionario estará obligado a responder por escrito en el término de quince días hábiles.”

Las disposiciones de estos artículos le otorgan un poder a las recomendaciones no en un sentido jurídico sino más bien social, pues si estas se han fundamentado en normas legales o en principios que buscan restablecer derechos que han sido violentados, la administración estará obligada a cumplirlas.

Adicional a esta disposición, a dos años de creada la Defensoría, la Sala Constitucional de Costa Rica emitió una resolución en la cual se refirió a este punto señalando expresamente:

“...las recomendaciones que el Defensor de los Habitantes incluya en un informe final... no tienen carácter vinculante, sino que corresponderá a ese superior o jerarca, en ejercicio de sus propias competencias, tomar la decisión que estime apropiada (...) En opinión de la Sala, lo que está de por medio es la naturaleza y esencia del Defensor de los Habitantes... que es magistratura de influencia como lo señala la doctrina. De tal modo, por su seriedad y los fines que le asigna la ley, las decisiones del Defensor (o la Defensoría) no son actos jurídicos de imperio, sino recomendaciones que, como tales, y a riesgo de la reprobación social o política que le quepa, el jerarca o superior del investigado podrá acoger o no, según las reglas de su propia competencia”⁴³.

La situación es aún más clara en los casos en los que la Defensoría identifica la normativa concreta aplicable a la irregularidad o violación cometida por el órgano o funcionario denunciado pues, en ese caso, la Defensoría invoca la norma aplicable y la actuación correcta para el caso concreto y para otros análogos a futuro. En estos casos incluso pierde interés si las recomendaciones son vinculantes o no ya que la ley por sí misma es vinculante, circunstancia que no da lugar a discusión.

⁴³ Resolución No. 4079-95 de la Sala Constitucional de la República de Costa Rica.

Otra limitación jurídica que impide que las recomendaciones de la Defensoría sean directamente vinculantes refiere al principio de división de poderes, pilar básico del régimen político y jurídico del país. A este respecto también se pronunció la Sala Constitucional cuando se le planteó la consulta de constitucionalidad del proyecto de ley que creó la Defensoría de los Habitantes. En 1991, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

“Estima esta Sala como tesis de principio, que la Asamblea Legislativa, con fundamento en el artículo 121 incisos 1º, 20 y 23 de la Constitución Política, puede crear, mediante el procedimiento legislativo ordinario, órganos públicos, adscritos a ella, que ejerzan funciones de tutela de legalidad sobre los demás poderes, entes u organismos públicos, porque las suyas han de ser estrictamente de naturaleza tutelar y no de administración activa (...) En consecuencia, no sería constitucionalmente posible atribuir por ley ordinaria al Defensor de los Habitantes funciones o potestades de jerarquía administrativa o aún de tutela por razones de conveniencia...”⁴⁴.

La posición oficial de la Defensoría a través de los años ha sido consistente en reafirmar la tesis de que sus recomendaciones deben carecer de fuerza vinculante para las instituciones o funcionarios a quienes se dirijan, pues el mismo legislador concibió la figura del Ombudsman como una magistratura de influencia en la que su poder vinculante está en su peso moral y en su capacidad para mover a la opinión pública. Estos elementos unidos a la confianza que la opinión pública deposita en la Defensoría y la certeza de que las investigaciones se realizan en forma responsable y objetiva, hace que sus resoluciones ostenten una autoridad –talvez más efectiva que la de la propia ley- que la administración no está en posibilidad de evadir bajo el riesgo de ser objeto de reproche político en perjuicio del funcionario que así proceda.

44 Resolución No. 502-91 de la Sala Constitucional de la República de Costa Rica.

Aparte de los argumentos jurídicos, hay una razón práctica importante por la que no procede modificar la naturaleza de las recomendaciones que emite la institución. Si estas tuvieran carácter jurídico vinculante no sería posible aplicar un procedimiento ágil e informal en la investigación de las denuncias, sería necesario formalizar el procedimiento y la institución dejaría de ser un medio alternativo de administración de justicia. La institución del Ombudsman realiza sus investigaciones mediante un procedimiento sencillo, sumario, ágil e informal pues los habitantes necesitan que se les defiendan sus derechos e intereses de una manera ágil y muy rápida de modo que se evite el daño o, por lo menos, disminuyan los perjuicios causados hasta el momento de su intervención.

No es necesario modificar la naturaleza de las recomendaciones para fortalecer la institución. Este proceso tomará años hasta que los órganos públicos conozcan los alcances de la intervención de la Defensoría pero, sobre todo, que comprendan que sus objetivos no son opuestos a los de esta pues, en realidad son los mismos, la satisfacción de los derechos e intereses de los habitantes.

Aún con el artículo 14.3 de la ley y algunas otras resoluciones posteriores de la Sala Constitucional que se han referido al asunto, la administración pública alega en algunas ocasiones la ausencia de obligatoriedad de las recomendaciones como excusa para justificar su inercia.

2.3.2. Problemas de tipo económico

A través de los años la reincidencia de muchas de las denuncias llevó a la Defensoría a buscar los orígenes de los problemas y concluyó que la lesión a los derechos de los habitantes no es de carácter singular sino que se origina en problemas estructurales del aparato estatal. Esto provocó un cambio cualitativo sustancial en el tipo de recomendaciones de la Defensoría por cuanto se solicitó a los niveles jerárquicos superiores –presidente de la Repú-

blica, ministros- la evaluación y rectificación de las políticas públicas cuando se demuestra que impactan negativamente los derechos e intereses de los habitantes.

A través de casos concretos que involucran grandes grupos de habitantes, la Defensoría ha emitido recomendaciones que implican cambios en la inversión pública del Estado costarricense con el objeto de que sean atendidas necesidades sociales en las cuales se compromete el reconocimiento y disfrute de derechos humanos.

En estos casos la exigibilidad de las recomendaciones es más difícil pues se enfrenta, antes que a argumentaciones jurídicas, al discurso de la carencia o insuficiencia de recursos económicos. El rol del Ombudsman en Costa Rica ha sido consecuente con la posición asumida por la Sala Constitucional y, así, ambos órganos de control han establecido claramente en múltiples resoluciones e informes que el Estado no otorga ni reconoce derechos fundamentales, pues estos derivan de la intrínseca dignidad del ser humano, sino que está obligado a garantizar su disfrute.

La exigibilidad de este tipo de recomendaciones trajo como consecuencia una labor de defensa sustancial y permanente en términos macroeconómicos y sociales en que la Defensoría evalúa permanentemente la forma en que el Estado organiza las fuerzas económicas, supervisa si el gasto público es razonable y la forma en que define prioridades de inversión a fin de determinar si podría perjudicar la calidad de vida y los derechos fundamentales de los habitantes. La Defensoría ha denunciado públicamente cuando considera que se están realizando cambios en la estructura y funcionamiento del Estado sin hacer del conocimiento de la sociedad el diagnóstico que lo justifique.

En el mismo sentido ha iniciado una labor permanente hacia la eliminación de privilegios infundados en la función pública que implican erogaciones económicas que podrían canalizarse hacia inversión social. En estos casos

estructurales la Defensoría ha exigido sus recomendaciones a través de la interposición de acciones jurisdiccionales, principalmente ante la Sala Constitucional, cuando las autoridades públicas se han negado a acatarlas sin una argumentación adecuada. Los resultados han sido altamente exitosos pues la Sala Constitucional ha declarado contrario a la Constitución el privilegio, el acto o la decisión.

Tratándose de recomendaciones estructurales que requieren grandes cambios del Estado, la Defensoría ha asumido como parte de su defensa un seguimiento constante a los casos esperando por una solución progresiva. Ha denunciado cuando no existe en el Estado un control de gestión que evalúe el impacto social ni la efectividad de sus políticas, la escasez o ausencia no sólo de información clara y oportuna sino también de sistemas que exijan la rendición de cuentas respecto a la forma en que se ejerce el poder público.

La exigibilidad de este tipo de recomendaciones ha implicado un tipo de defensa que requiere un análisis social y económico constante sobre el rol del Estado, un contacto permanente con la administración, la sociedad y la comprensión de que, debido a la complejidad de los asuntos involucrados, los resultados no se alcanzan a corto plazo sino que son progresivos en la medida en que la presencia de la institución sea permanente.

Ya no es suficiente con invocar una norma o un instrumento jurídico internacional de tutela de derechos humanos. La dinámica de hoy demanda de las instituciones del Ombudsman una permanente presencia, una denuncia oportuna cuando advierta irresponsabilidad, desperdicio de recursos, ineficiencia e ineficacia administrativas o indolencia. La atención de los habitantes y de sus derechos e intereses no responde solamente a lo que establece la normativa vigente y los principios de la ética en el servicio público, demanda una actitud beligerante de la institución.

Sin embargo, es necesario destacar que la Defensoría no sólo debe asumir un rol de denuncia, de sus diagnósticos puede derivarse una función propositiva buscando un acercamiento al Estado y planteando posibles soluciones a los niveles jerárquicos superiores, por ejemplo, cuando urjan cambios organizativos y tecnológicos para favorecer la eficiencia y óptimo aprovechamiento de los recursos o mediante el rescate y la revaloración de la ética laboral en la función pública, de manera que toda institución pública desarrolle su tarea con eficacia y alcance los propósitos para los cuales fue concebida en función del bienestar primordial de los habitantes.

2.4. Relación legal entre la Defensoría y otros órganos como medio de exigibilidad de sus recomendaciones y de Principios de Buen Gobierno

2.4.1. Relación con el Parlamento en la exigibilidad de sus recomendaciones y de Principios de Buen Gobierno

De acuerdo con el artículo primero de su ley de creación, la Defensoría realiza una función de control sobre las actuaciones u omisiones de la administración pública de acuerdo con criterios técnicos, tomando como base parámetros tales como valores social y jurídicamente aceptados, entre ellos la moral y la justicia, la legalidad entendida en su sentido amplio, integrada por la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el gobierno y los principios generales del derecho. La función contralora de la Defensoría se complementa con la que realiza desde el ámbito del control de las finanzas públicas la Contraloría General de la República y la del control político por parte del Parlamento.

La vinculación con el Parlamento puede resultar decisiva en la exigibilidad a la administración de recomendaciones o principios de derecho que procuran la corrección de situaciones lesivas a los derechos e intereses de los ha-

bitantes por dos razones. En primer lugar, el Parlamento como órgano de control político por excelencia tiene una alta influencia en el Estado y puede apoyar decididamente a la Defensoría. En segundo lugar, la Defensoría ha determinado que muchas situaciones violatorias de derechos fundamentales o de irrespeto a principios de buen gobierno se producen por vacíos normativos o porque las leyes existentes no son suficientemente claras y precisas; al ser entonces el Parlamento el órgano creador de normas superiores, se comprende fácilmente la importancia de una permanente relación entre la Defensoría y este.

En este contexto, desde el inicio de sus funciones la Defensoría siempre ha procurado mantener una estrecha relación con el Parlamento a través del contacto directo con los diputados y diputadas en relación con temas propios de la función legislativa, de reuniones formales con el Directorio Legislativo y las fracciones, de la presentación de dictámenes sobre proyectos de ley, o bien apoyando la función no legislativa de los diputados cuando estos reciben habitantes que solicitan su apoyo en la solución de problemas particulares.

Más allá de una relación estratégicamente beneficiosa para los habitantes, desde una perspectiva jurídica el legislador vinculó a la Defensoría de Costa Rica con el Parlamento pues, de acuerdo a su ley de creación, esta se encuentra adscrita al Poder Legislativo, con lo cual definió claramente la naturaleza de las funciones de la institución y la relación que tendría con este poder; no obstante, vale aclarar, que se ha garantizado legalmente su independencia funcional, administrativa y de criterio dentro del ámbito de su competencia⁴⁵.

⁴⁵ La independencia está explícitamente dispuesta en el artículo 2 de la ley así como en el artículo 3 del reglamento de la ley. Este último reza literalmente: “Ni la Defensoría de los Habitantes de la República ni su titular están supeeditados a órgano o funcionario alguno en asuntos de su competencia y actuarán con absoluta independencia en el cumplimiento de sus atribuciones.”

Desde una perspectiva legal, la relación formal entre la Defensoría y el Parlamento se produce cuando el Ombudsman presenta al plenario legislativo un informe anual de labores, conforme lo establece el artículo 15 de la ley y el artículo 5 de su reglamento⁴⁶. En el siguiente epígrafe se desarrollará detalladamente la importancia y los objetivos que representa la presentación del informe anual de labores ante la Asamblea Legislativa y su incidencia en la exigibilidad de Principios de Buen Gobierno conforme el diagnóstico sobre el estado de derechos que se recoge en ese documento.

2.4.1.1. La presentación del Informe Anual de Labores ante el Parlamento

Naturalmente la Defensoría de los Habitantes ha sido la primera interesada en estimular la conciencia en la administración pública, el sector político y en la sociedad sobre la importancia que reviste el informe anual de labores y además su presentación ante el Parlamento.

En primer lugar, respecto a la importancia del informe anual de labores en sí mismo, es esencial señalar que este constituye una referencia para el Estado así como un insu- mo de trabajo, en tanto la información recopilada es ve- raz, objetiva y es el producto de un proceso de investiga- ción exhaustivo e imparcial. Bajo estas condiciones, el informe anual puede ser tenido en cuenta por todas aque-

46 El artículo 15 de la ley señala: “Obligación de rendir informe anual. El Defensor de los Habitantes de la República debe rendir, anualmente, a la Asamblea Legislativa, un informe escrito, en la primera semana de junio, sobre el cumplimiento de sus labores. Y en la última semana de junio, deberá comparecer ante la Asamblea Legislativa, para defender oralmente su informe.” El artículo 5 del reglamento complementa esta disposición al establecer: “Relación con otros órganos del Poder Legislativo. En la primera semana de junio de cada año, el Jерarca de la Defensoría de los Habitantes de la República deberá presentar a la Asamblea Legislativa, un informe escrito sobre la labor realizada por la institución en el año inmediato anterior, el cual deberá incluir información sobre la ejecución de su presupuesto. Durante la última semana de ese mes, dicho funcionario será convocado por la Asamblea Legisla- tiva para exponer el contenido del informe.”

llas autoridades públicas responsables de la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas.

Desde una perspectiva jurídica y política el informe anual no es simplemente una lista de los casos atendidos durante el período anterior; a partir de la casuística la Defensoría tiene la responsabilidad de elaborar un diagnóstico representativo de las fallas en las que está incurriendo la administración pública, dónde se focalizan las principales debilidades en la gestión pública pero, sobre todo, cuáles derechos, intereses y Principios de Buen Gobierno están siendo violados. De este modo el informe anual se convierte en un medio indirecto de exigir al Estado que tome las medidas legislativas, administrativas o políticas para reivindicar las situaciones lesivas a los derechos de los habitantes y a principios fundamentales del estado de derecho.

En ese sentido, este documento además es importante porque constituye un elemento de continuidad en virtud de que refleja el grado de cumplimiento -no de lo que señala la Defensoría- sino más bien de la manera en que se tutelan los derechos de los habitantes, haciendo referencia tanto a los progresos como a los retrocesos que se presentan en las acciones del sector público.

Desde una perspectiva social, el informe anual presenta los temas que interesan y preocupan a los habitantes de la República, con lo cual la Defensoría cumple su función como órgano interlocutor de la sociedad civil frente al Estado. No obstante debe aclararse que, para que la Defensoría realice esta función satisfactoriamente, es condición básica establecer una relación intensa y cotidiana con los habitantes a fin de garantizar la interpretación auténtica de sus demandas y expectativas.

En segundo lugar, respecto a la importancia de que el informe anual sea presentado y defendido frente al Parlamento cabe preguntarse ¿cuáles son los objetivos concretos que se persiguen con la defensa de este documento?

Estos fueron detallados claramente desde el Informe Anual de Labores 1994-1995, cuando la Defensoría señaló al inicio del informe:

“En el contexto de una institución que como la Defensoría de los Habitantes tiene como atribución la de velar por los derechos e intereses de los habitantes, el Informe Anual es mucho más que un recuento de casos o una memoria. Es en sí mismo un instrumento de control que unifica, bajo un texto integral y homogéneo, las apreciaciones, constataciones y proyecciones de la institución acerca del estado del respeto y la tutela de esos derechos e intereses.

El Informe Anual presenta, así lo ha dicho la Defensoría, una percepción sobre el Estado de la Población. De ahí, precisamente, la importancia de que el mismo sea presentado al Parlamento, órgano encargado de ejercer el control político y de participar en la formulación de políticas estatales a través de la aprobación de las leyes de la República. (...)

Toda la información y los datos que se incluyen en este documento constituyen un fiel reflejo de lo que el trabajo diario de la institución exhibe sobre la realidad del sector público costarricense”⁴⁷.

El legislador comprendió claramente la importancia de la defensa del informe; es por eso que contempló en la ley un rasgo particular que lo distingue de otros informes de gestión similares preparados por otros órganos contralores del Estado: el informe debe ser defendido ante el plenario legislativo por el Ombudsman. Con ese fin, la ley estableció un plazo específico para la entrega del informe y otro plazo para la defensa. Con esto se pretende que los diputados cuenten con el tiempo suficiente para analizar su contenido y preparar la comparecencia del titular de la institución.

Este trámite excepcional es reflejo de la importancia que la ley le otorga a la presentación del informe, la cual

47 Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de la República 1994-1995.

se convierte al mismo tiempo en un medio de denuncia pública ante la Asamblea Legislativa, los medios de comunicación y los habitantes de la República.

De esta manera se comprende claramente la importancia de que el informe sea presentado al Parlamento. Al ser este el órgano que ejerce el control político y participa en la formulación de las políticas públicas a través de la aprobación de las leyes de la República, debe estar enterado oficialmente del estado de situación en cuanto al disfrute de derechos fundamentales y de los factores que están lesionando los principios que definen el estado de derecho costarricense.

Durante los últimos años los ejes temáticos en torno a los cuales han girado los informes anuales refieren a temas como moral en la función pública, ausencia de transparencia -entendida en su sentido amplio no sólo como la omisión del Estado de su obligación de poner al alcance de la sociedad la información más relevante en la cual basa sus decisiones sino también como el establecimiento de privilegios injustificados en detrimento de los recursos públicos-, la afectación al medio ambiente, a grupos minoritarios que requieren protección especial del Estado y la ausencia de mecanismos que permitan una participación real y efectiva en el proceso de toma de decisiones.

2.4.1.2. La inclusión del tema “derecho a un buen gobierno” en el Informe Anual de Labores 2002-2003

El tema del buen gobierno o la buena administración fue incluido por primera vez en el Informe Anual de Labores 2002-2003 desde la perspectiva del derecho humano al desarrollo, en virtud de la estrecha vinculación que existe entre la buena gestión de los asuntos públicos con la promoción de los derechos humanos y que ya ha sido reconocida por organismos internacionales como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas cuan-

do emitió la resolución 2001/72, denominada “El rol del Buen Gobierno en la promoción de los Derechos Humanos”.

La Defensoría destacó en su informe anual esta resolución en virtud de que expone una serie de características fundamentales asociadas con un buen gobierno tales como transparencia frente a la población en la gestión de los asuntos públicos, responsabilidad política y administrativa por los actos, omisiones y uso de los fondos públicos, rendición de cuentas mediante el establecimiento de criterios para medir las actuaciones de los funcionarios públicos, participación como reconocimiento de que los habitantes son agentes de desarrollo, legalidad como un marco jurídico básico de protección a los derechos de los habitantes, efectividad y eficiencia de modo que se produzcan resultados que satisfagan las necesidades de los habitantes, entre otros.

La inclusión de este tema en su informe anual responde a una estrategia de la Defensoría de promover en el Estado costarricense el derecho a una buena administración como una prerrogativa en sí misma que puede exigir el habitante frente a la administración pero, adicionalmente, como una vía para promover el derecho al desarrollo como un derecho humano.

Asimismo, la inclusión del tema en el Informe Anual es una forma de denuncia pública a partir de la casuística que revela irregularidades como ineficiencia y falta de transparencia que merecen la atención del país en general. Es entonces ante la experiencia, y tomando en cuenta la competencia de la Defensoría, que esta ha ido definiendo, interpretando y aplicando a través de los años muchos de los Principios de Buen Gobierno como parámetros para la administración pública respecto a lo que constituye una gestión pública respetuosa de los derechos de los habitantes y como guías para sí misma en la revisión de sus actos.

Es en este contexto que la Defensoría decidió destinar un capítulo específico de su informe anual para desarrollar el derecho a un buen gobierno y sus amenazas en el Estado costarricense, que sirva no sólo como diagnóstico para la administración y los habitantes sino como un insumo para generar cambios y promover una cultura de rendición de cuentas, tal y como se desprende claramente de la siguiente cita:

“La incorporación del Derecho a una Buena Administración en las resoluciones de la Defensoría pretende evidenciar la necesidad de revisar qué tipo de administración se está propiciando y fortalecer el derecho de los habitantes a que por medio de una Administración que cumpla parámetros de transparencia, legalidad, rendición de cuentas, equidad, inclusividad, responsabilidad, se logre una participación activa y genuina en un desarrollo social respetuoso de los derechos humanos”⁴⁸.

En este informe anual la Defensoría asumió expresamente el compromiso de luchar por la aplicación efectiva de los Principios de Buen Gobierno como un mecanismo de protección de los derechos e intereses de los habitantes y para hacer exigible el derecho humano a la buena administración.

2.4.1.3. Relación de la Defensoría con el Parlamento en la creación de leyes

La relación de la Defensoría con el Parlamento en el ámbito legislativo no es extraña pues, en realidad, a ambos órganos corresponde proteger los derechos de los habitantes; al Parlamento mediante la promulgación de leyes que reconocen y garantizan los derechos y, a la Defensoría, al velar por el buen funcionamiento del sector público y hacer efectivos esos derechos.

⁴⁸ Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica 2002-2003, p. 54.

La institución del Ombudsman, en su función de órgano interlocutor de la sociedad ante el Parlamento, aprovecha las consultas y quejas de los habitantes como un insumo valioso en la función legislativa.

Desde sus inicios la Defensoría ha mantenido un interés constante en el seguimiento de la agenda legislativa a fin de remitir oportunamente opiniones o dictámenes sobre proyectos de ley, tomando como parámetro el respeto a derechos fundamentales de los habitantes y la corrección de deficiencias u omisiones administrativas que impiden un cumplimiento eficiente y efectivo de las funciones públicas que lesionan principios básicos de la actividad administrativa, como los Principios de Buen Gobierno.

La intervención de la Defensoría en el proceso de formación de la ley encuentra sustento en el artículo 7 del Reglamento de la Ley de la Defensoría de los Habitantes que dispone claramente:

“Artículo 7.- Otras atribuciones. Corresponde también a la Defensoría de los Habitantes de la República:

a. Proponer reformas o modificaciones a normas, prácticas o comportamientos lesivos para los derechos e intereses de los habitantes, o bien, recomendar la adopción de regulaciones en caso de algunas normativas.

b. Estudiar los proyectos de ley para determinar si lesionan los derechos e intereses de los habitantes”⁴⁹.

La facultad que confiere esta disposición debe integrarse con el segundo párrafo del artículo 32 del mismo reglamento que establece:

“Artículo 32. Recomendaciones. (...) Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento de una norma, o la ausencia de regulación,

⁴⁹ Artículo 7 del Reglamento de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. Decreto Ejecutivo No. 22266.

puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los habitantes, podrá sugerir al órgano legislativo o al órgano competente la modificación de la misma, o bien, la adopción de las que correspondan”⁵⁰.

En ambas disposiciones el legislador plasmó su interés de que la institución del Ombudsman asuma un rol activo no sólo en el diagnóstico y denuncia de deficiencias del Estado sino también en la propuesta de reforma de normas existentes deficientes o la creación de nuevas leyes en las que se respeten los derechos de los habitantes y principios generales del derecho que tutelan una gestión pública eficiente, participativa y transparente, características que recogen los Principios de Buen Gobierno.

Para que la tutela de la Defensoría desde el ámbito legislativo sea eficaz y oportuna es fundamental que esta intervenga desde las primeras etapas de la tramitación del proyecto de ley a fin de que el criterio institucional en las diversas iniciativas legislativas pueda ser atendido realmente por los diputados. Con el fin de intercambiar criterios sobre los proyectos de ley en una forma fluida y oportuna, se decidió establecer un canal de coordinación entre los dos órganos; fue así como en 1994 se creó la Oficina de Enlace Defensoría de los Habitantes-Asamblea Legislativa.

La Oficina surgió con las siguientes funciones específicas:

- a) Informar a la Defensoría de los Habitantes, mediante la remisión de informes periódicos, sobre el estado de la tramitación de proyectos de ley en la agenda legislativa.
- b) Recopilar información para la elaboración de criterios técnicos y coordinar actividades de mutua colaboración en el análisis de proyectos de ley.

⁵⁰ Artículo 32, *ibid*.

- c) Facilitar reuniones, eventos y otras actividades encaminadas a fortalecer el cumplimiento de las funciones de la Defensoría de los Habitantes en su relación con la Asamblea Legislativa.

La relación entre la Defensoría y la Asamblea Legislativa se ha ido fortaleciendo paulatinamente al punto de que frecuentemente las comisiones permanentes del Parlamento remiten, por iniciativa propia, a la Defensoría, solicitudes de opinión en relación con proyectos de ley que se encuentran en estudio, aún cuando esta consulta no constituye un requisito legal del procedimiento legislativo. Estas solicitudes persiguen un criterio oficial de la Defensoría respecto a cómo las nuevas leyes podrían tomar en cuenta la protección de los derechos de los ciudadanos y mejorar la gestión pública.

La Defensoría ha ido más allá de proponer reformas o verter opiniones y en temas de especial interés en los que urgen reformas legales sustanciales que no reciben apoyo de la administración. Aquella ha redactado en forma completa proyectos de ley ya sea desde la institución o cediendo funcionarios para que trabajen directamente con un diputado o diputada por un cierto plazo. Algunos de estos proyectos han sido apoyados por el Parlamento convirtiéndose en ley de la República; otros se encuentran actualmente en estudio en comisiones especiales del órgano legislativo.

2.4.2. Relación de la Defensoría con el Poder Judicial a través de la interposición de acciones jurisdiccionales

2.4.2.1. Intervención en la jurisdicción constitucional

De conformidad con el artículo 13 de la ley de creación de la Defensoría de los Habitantes, la institución está legitimada para interponer a iniciativa propia o a solicitud del interesado cualquier tipo de acciones jurisdiccionales

o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico⁵¹. El artículo 28 del reglamento de la ley incluso aclara que la presentación de acciones y recursos jurisdiccionales o administrativos tendrá por finalidad el cumplimiento de las atribuciones de la Defensoría y la tutela de los derechos de los habitantes⁵².

Se trata entonces de un mecanismo de exigibilidad indirecto de los principios, normas, valores y recomendaciones giradas para reivindicar su respeto. Sin embargo, como tesis de principio, la Defensoría no busca la confrontación con las instituciones públicas; se visualiza como interlocutora de los habitantes de modo que, desde esa posición, se inclina por lograr la persuasión y el entendimiento con la administración pública. Reiteradamente ha afirmado que “la Defensoría no vence sino que convence”.

Esto significa que desde que la institución inició sus funciones en 1993 siempre ha considerado que la resolución de los asuntos denunciados debe ser resuelto desde el ámbito de su propia competencia, como una magistratura de influencia, y que la presentación de acciones jurisdiccionales debe ser la última alternativa en casos como los siguientes: cuando no haya sido posible obtener una respuesta adecuada por parte del órgano denunciado dentro de un plazo razonable a pesar de la insistencia de la Defensoría por lograr una solución; en casos que por su urgente naturaleza requieren de la intervención definitiva de una autoridad judicial, o cuando el acto denunciado está amparado en una ley o cuerpo normativo que lo ampara

51 “Artículo 13.- Acciones de la Defensoría de los Habitantes de la República. La Defensoría de los Habitantes de la República, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, podrá interponer cualquier tipo de acciones jurisdiccionales o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico.”

52 “Artículo 28.- (...) En todos los casos, la presentación de acciones y recursos jurisdiccionales o administrativos tendrá por finalidad el cumplimiento de las atribuciones del Defensor de los Habitantes de la República, y la tutela de los derechos e intereses de los habitantes.”

pero riñe con valores y principios establecidos en la Constitución Política.

La utilización excepcional de los recursos jurisdiccionales se explica en que la Defensoría debe asumir su papel como órgano alternativo de administración de justicia frente a los habitantes con las ventajas que ello representa: procesos ágiles, métodos informales de resolución de conflictos, sin costos económicos y respuestas rápidas. De este modo, la Defensoría no contribuye innecesariamente al congestionamiento de los tribunales de justicia.

No obstante lo anterior, la Defensoría reconoce la importancia de tener una amplia legitimación activa para interponer todo tipo de acciones jurisdiccionales o administrativas, pues en casos complejos en los cuales la institución pública denunciada se ha mostrado reticente a cumplir con las recomendaciones, es una herramienta muy útil para exigir la reivindicación de los Principios de Buen Gobierno violados y las recomendaciones propuestas.

El artículo 21 de la ley así como los artículos 29 y 30 del reglamento se refieren específicamente a la potestad de la Defensoría de plantear recursos y acciones en la vía constitucional, estableciendo incluso plazos para la interposición de los recursos de hábeas corpus, amparo y las acciones de inconstitucionalidad⁵³.

53 “Artículo 21.- (...) El recurso de Hábeas Corpus deberá interponerlo dentro de las doce horas siguientes al momento en que tuvo conocimiento de los hechos que lo ameritan. Los recursos de inconstitucionalidad deberán interponerse dentro de los quince días siguientes al momento en que tuvo conocimiento de los hechos que los ameritan. El recurso de amparo se interpondrá dentro de los cinco días siguientes al momento en que tuvo conocimiento de los hechos que lo ameritan.” Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. Ley No. 7319.

“Artículo 29.- Acción de inconstitucionalidad. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el Defensor de los Habitantes de la República podrá interponer acciones de inconstitucionalidad sin que sea necesaria la existencia de un asunto pendiente de resolver ante los tribunales.” Reglamento de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, Decreto Ejecutivo No. 22266.

En la resolución de un recurso de amparo interpuesto por un habitante contra la Defensoría, la Sala Constitucional explicó el alcance de estas normas señalando que la legitimación para accionar que le otorga la ley a la Defensoría es puramente potestativa, lo cual significa que la decisión de no interponer acciones judiciales no violenta los derechos constitucionales de los habitantes⁵⁴.

Las resoluciones emitidas por la Sala Constitucional han sido de una enorme importancia pues han ido reforzando la naturaleza jurídica de la institución como órgano de control de legalidad en un sentido amplio y moralidad de los actos de la administración pública, explicando que no cumple una función jurisdiccional sino que constituye una magistratura de influencia.

La legitimidad otorgada legalmente a la Defensoría para interponer recursos de amparo y presentar acciones de inconstitucionalidad ha sido trascendental para esta institución en la exigibilidad indirecta de Principios de Buen Gobierno –como la transparencia y la rendición de cuentas- cuando han sido violados por la administración pública al estar “legitimados” tras el velo de la legalidad. Al respecto son ilustrativos los ejemplos expuestos al final del apartado 1.3 del primer capítulo de esta investigación.

“Artículo 30.- Consultas de constitucionalidad.- Conforme lo establece el inciso ch) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el Defensor de los Habitantes de la República está legitimado para plantear la consulta previa de constitucionalidad ante esa jurisdicción cuando considere que un proyecto legislativo infringe derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.” Reglamento de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, Decreto Ejecutivo No. 22266.

⁵⁴ Resolución No. 423-94 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Citado en el Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes, 1994-1995, p. 422.

2.4.2.2. Intervención en la jurisdicción penal

La Defensoría está legitimada para interponer acciones penales no sólo a la luz del artículo 13 de la ley ya transcrito sino también de otros artículos que se refieren incluso a su obligación de plantear denuncias ante el Ministerio Público cuando considere que el acto o la omisión investigada configura un delito. En este sentido son claros los artículos 14, inciso 2 y 27 de la ley, y el artículo 33 del reglamento⁵⁵.

La intervención de la institución en la jurisdicción penal no ha sido tan frecuente como en la vía constitucional pues, tal y como se indicó anteriormente, la Defensoría concibe que su función es defender los derechos de los habitantes antes que iniciar procesos penales, no busca la confrontación o la acusación de los funcionarios públicos sino la resolución de los problemas denunciados a través de la persuasión.

Sin embargo, la Defensoría ha interpuesto denuncias penales por el delito de desobediencia en casos en que a pesar de haber solicitado insistentemente respuesta del funcionario público o la remisión de documentación importante, este simplemente ignora las peticiones y no colabora con la institución. La posibilidad de denunciar penalmente al funcionario en este supuesto está contemplada en el artículo 26 de la ley que literalmente dispone:

55 El artículo 33 del reglamento por ejemplo establece en forma clara y contundente: “Artículo 33.- Presentación de denuncias al Ministerio Público. Cuando el Defensor de los Habitantes de la República tenga noticia de una conducta o de hechos presuntamente delictivos, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público. Asimismo si como consecuencia de alguna investigación que realice en el ejercicio de sus competencias, el Defensor de los Habitantes de la República establece la posibilidad de que se hubiera cometido algún delito, tendrá la obligación de denunciarlo ante el Ministerio Público y darle cumplido seguimiento a la tramitación de la causa.” Reglamento de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República. Decreto Ejecutivo No. 22266.

“Artículo 26.- Negativa del funcionario. La negativa de un funcionario o de sus superiores para contestar o enviar la documentación requerida por la Defensoría de los Habitantes de la República, la existencia de algún acto material o de alguna actuación u omisión que entorpezcan las funciones de éste, harán que el funcionario o los funcionarios incurran en el delito de desobediencia. En tales casos, la Defensoría de los Habitantes de la República dará cuenta inmediata al superior jerárquico de ese funcionario y al Ministerio Público”⁵⁶.

Este artículo es de enorme importancia pues le atribuye a la Defensoría una autoridad frente a la administración pública y crea una obligación de colaborar con la institución de tal naturaleza que su incumplimiento configura un ilícito penal. En este sentido es importante recordar las consideraciones de una jueza penal en una denuncia interpuesta por la Defensoría contra un funcionario público que se había negado a informar sobre una denuncia. El juez declaró:

“1- El delito de desobediencia requiere que una orden clara, precisa y determinada, notificada personalmente, emanada de un funcionario en el ejercicio de sus funciones sea incumplida y que se le haya prevenido de la respectiva sanción ante tal omisión.

2- El Defensor de los Habitantes, de acuerdo a la Ley de creación de la Defensoría, si bien no tiene un poder coercitivo pleno ni sancionatorio, sí ejerce funciones de control político (sic) y moral importantes; funciones públicas por excelencia.

3- No es posible negarle al Defensor de los Habitantes su condición de funcionario público como pretende el Ministerio Público. La ratio legis del artículo 26 precitado es precisamente dotar a esta entidad de ese carácter público y aunque la Defensoría de los Habitantes no ordena sino que solicita o recomienda, esa solicitud reviste carácter de orden,

56 Artículo 26 de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. Ley No. 7319.

con la autoridad que ello implica, tanto es así que su incumplimiento acarrea responsabilidad penal.”

En esta resolución se estableció claramente que el tipo penal a que se refiere el artículo 26 de la Ley de la Defensoría es posible encausarlo por parte del Defensor de los Habitantes como autoridad pública.

Otras leyes, como por ejemplo el Código Procesal Penal reformado recientemente, introdujeron disposiciones novedosas en los delitos de acción pública que abren a la Defensoría la posibilidad de accionar. Tal es el caso del artículo 75 que establece:

“...en los delitos de acción pública, la víctima, y su representante o guardador, en caso de minoridad o incapacidad podrán provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, en los términos y condiciones establecidas en este Código. El mismo derecho tendrá cualquier persona, contra funcionarios públicos que en el ejercicio de su función o con ocasión de éste haya violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que hayan abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos”⁵⁷.

La Defensoría ha interpretado que esta norma, integrada con el artículo 13 de su ley de creación, le otorga legitimación para actuar como querellante en delitos de acción pública en los cuales la comunidad en su conjunto sea lesionada por un funcionario público. Esta legitimación procesal beneficia directamente a los habitantes pues amplía los mecanismos de exigibilidad que podría utilizar el Ombudsman cuando un funcionario público viola derechos humanos o incurre en irregularidades administrativas, como la desviación o el abuso de poder, como suele ocurrir en los casos de corrupción analizados en el primer capítulo de esta investigación.

⁵⁷ Artículo 75 del Código Procesal Penal de la República de Costa Rica.

A través de este artículo se fortalece además el derecho humano de acceso a la justicia ya que, además de la posibilidad de que la víctima se convierta en querellante, legítima a organizaciones públicas o privadas de defensa de los derechos e intereses de los habitantes para intervenir en el proceso.

Otra ventaja que introdujo esta norma es que la Defensoría podría participar activamente en un proceso penal que decida iniciar en los casos en que acredite incumplimiento de deberes u otro tipo de faltas que tipifiquen como delitos y que hayan sido cometidas por los funcionarios públicos investigados por la Defensoría. Esto incluso permitiría su participación en procesos de conciliación cuya pretensión principal podría estar constituida por el cumplimiento de las recomendaciones emitidas en el informe final correspondiente.

2.4.3. Relación de la Defensoría con la prensa nacional

Un factor esencial en la efectividad de las funciones del Ombudsman es el establecimiento de una relación permanente y fluida con la prensa pues, si la institución ejerce una magistratura de influencia, el acatamiento de sus recomendaciones depende en buena medida del apoyo que la opinión pública le otorgue a su gestión y la prensa es precisamente un medio formador de opinión.

La Defensoría y la prensa tienen un origen y un fin comunes que son los habitantes y sus derechos, los cuales son atendibles desde planos distintos pero complementarios mediante la defensa y la difusión. No obstante, es esencial que la prensa cumpla con varias condiciones: debe ser independiente, imparcial, exacta y responsable.

En Costa Rica la prensa tiene garantías tuteladas en la Constitución Política y las leyes, factor que ha incidido en el poder que tiene como medio de presión social, denuncia pública y fuente de información diagnóstica.

Desde que la Defensoría inició funciones, ha sido una prioridad operativa el establecimiento de relaciones con la prensa pues ha identificado que cumple varias funciones:

- a.- Informa a los habitantes acerca de sus derechos y la forma correcta de reclamarlos.
- b.- Muestra a la opinión pública el acto ilegal o inmoral de la administración pública, ejerciendo una presión social de tal carácter que indirectamente la obliga a tomar las medidas correctivas correspondientes.
- c.- Contribuye a la construcción de una cultura de defensa en el colectivo al sensibilizar a la población respecto a que es titular de derechos que puede exigir.

Para que la relación entre ambas partes se constituya en un medio efectivo de coerción social, cada una debe cumplir con varios requisitos; la Defensoría debe ser accesible, abierta y fluida en el proceso de transmisión de la información hacia la prensa. Esta a su vez debe ser oportuna y eficiente en la publicación y difusión de las recomendaciones de la Defensoría, destacando el rostro humano de la denuncia y mostrando que se trata de violaciones a derechos que están perjudicando a un habitante o a un grupo de ellos.

Básicamente, la Defensoría en Costa Rica ha establecido relaciones con los medios de comunicación en dos supuestos:

- a.- En relación con un asunto concreto derivado de una denuncia.
 - a.1.- En el momento en que se presenta una queja. Este no es el momento más deseable para denunciar públicamente una situación pues la investigación apenas se está iniciando y la Defensoría no puede hacer afirmaciones concluyentes. No obstante, la Defensoría recurre a la prensa en esta fase cuando se cumplen varias condiciones: se trata

de un hecho grave que afecta los derechos de un sector importante de la población y es un acto en el cual la ilegalidad o el abuso es evidente, de modo que se considera más oportuno denunciar públicamente en el mismo momento y no esperar hasta que la investigación concluya.

a.2.- Cuando se está investigando una denuncia y se considera conveniente que la población lo sepa. Esta posición se asume en casos que involucran la afectación de un gran número de habitantes y se considera que informando acerca del desarrollo de la investigación se podría evitar que otros habitantes sean perjudicados.

a.3.- Cuando se emite una resolución final de una queja. El apoyo de la prensa en esta fase del procedimiento es muy importante pues en el contexto costarricense, a diferencia del holandés por ejemplo, el acatamiento de una recomendación del Defensor no sólo depende de la calidad de la investigación y del acierto legal con el que se fundamenten las recomendaciones. La experiencia revela que en Costa Rica una investigación objetiva, independiente y un razonamiento jurídico completo no son elementos que por sí mismos garanticen la ejecución de las medidas correctivas necesarias, sino que en muchas ocasiones se requiere una presión social sobre el funcionario o la oficina correspondiente. En este sentido, la censura de un acto ilegal de la administración no sólo debe manifestarse por medio de un procedimiento de la Defensoría sino también por una acción de la opinión pública.

b.- En relación con la posición de la Defensoría en asuntos de interés que han originado un debate nacional. La intervención de la institución se produce a través de los pronunciamientos de prensa que son declaraciones

públicas institucionales del Defensor de los Habitantes o el Adjunto mediante las cuales se hace del conocimiento de la opinión pública la posición oficial de la institución acerca de un tema o hecho de trascendencia nacional o internacional.

Conforme el artículo 1 de su ley de creación, a la Defensoría de los Habitantes le corresponde no sólo una función de defensa sino también la divulgación y promoción de los derechos de los habitantes. Desde este otro campo de acción se comprende entonces la importancia de una constante relación con la prensa en virtud de que esta puede educar a la población, dar a conocer los derechos de los habitantes y enseñar la forma correcta de reclamarlos.

Para cumplir con esta función de promoción, la Defensoría ha procurado una participación constante en programas de línea abierta en radio y televisión para tratar asuntos relacionados con el estado de los derechos de los habitantes.

La solidez moral de la Defensoría de los Habitantes, como de las instituciones del Ombudsman en general, no es inherente a estas sino que surge de la validación y respaldo otorgado por la sociedad civil a las posiciones y recomendaciones que adopten en defensa de los derechos e intereses de los habitantes. Es por esta razón que el establecimiento de una alianza con la prensa es pieza angular de su labor, pues es el medio más eficaz en la propagación de información y tiene un efectivo impacto como formador de opinión pública.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DEL OMBUDSMAN EN HOLANDA EN EL CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE SUS RECOMENDACIONES

3.1. Los Principios de Buen Gobierno como base para la defensa de derechos desde una perspectiva comparativa con Costa Rica

Después de casi 20 años de debate y discusión en círculos académicos y políticos en la Cámara Baja del Parlamento, se creó la institución del Ombudsman Nacional Holandés con la promulgación de su ley de creación el 1° de enero de 1982.

La creación del Ombudsman Nacional como una institución independiente respondió a la necesidad de investigar las quejas de los ciudadanos en relación con acciones de autoridades administrativas y decidir si son propias o impropias⁵⁸.

El Ombudsman Nacional también tiene la potestad de iniciar investigaciones bajo su propia iniciativa, según se ha dispuesto en la sección 15 de la ley de creación⁵⁹.

El 25 de marzo de 1999, mediante ley del 25 de febrero de 1999, la institución fue incluida dentro de la Constitución Política de Holanda en el artículo 78, capítulo 4, con lo que se reconoció la importancia de la institución en la defensa de los derechos de los ciudadanos y como un elemento de legitimidad del sistema.

⁵⁸ La sección 12, subsección 1 de la Ley del Ombudsman Nacional establece: "Cualquier persona tiene el derecho de solicitar al Ombudsman por escrito la investigación de la forma en la cual una autoridad administrativa ha actuado en relación con una persona natural o entidad legal en un asunto particular, a menos que haya transcurrido más de un año desde el acto cuestionado..."

⁵⁹ "... el Ombudsman estará legitimado para iniciar una investigación de su propia iniciativa respecto a la forma en la cual una autoridad administrativa ha actuado en un asunto particular."

En la sección 26, subsección 1, se establece un criterio básico que el Ombudsman holandés debe seguir al evaluar una denuncia o iniciar una investigación de oficio y es si la autoridad administrativa ha actuado apropiadamente o no.

La institución del Ombudsman holandés se ha referido en múltiples ocasiones a los criterios de valoración que utiliza en su función de defensa, es decir, cuándo una conducta administrativa se considera adecuada o no. En este sentido ha señalado que, primero que todo, debe evaluarse la relación entre el Estado y los ciudadanos desde dos ángulos; el primero es la relación legal, en la cual la ley define los actos y regula la forma en que las decisiones deben ser tomadas. Desde esta perspectiva la función ejecutiva de la autoridad administrativa está en estrecha relación con la aplicación de la ley, la cual provee al Ombudsman los criterios de valoración en cada caso concreto.

En este primer ángulo existe una clara semejanza del sistema holandés con la función de protección de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica en virtud de que ambos Ombudsman utilizan el criterio de la legalidad como un parámetro de referencia obligada en la valoración de los actos u omisiones del sector público.

Para el Ombudsman holandés el segundo ángulo desde el cual debe valorarse la relación de los ciudadanos con el gobierno refiere a aquellos tratos que no están gobernados por la ley o que no tienen consecuencias legales. Se refiere a una relación en la que los roles de ambas partes no están regulados por la ley y a la cual él califica como una “relación social”.

Desde esta segunda perspectiva, el Ombudsman holandés analiza la acción de las autoridades verificando cómo el gobierno trata a los habitantes y cómo dirige las materias gubernamentales.

Sobre la base de la existencia de esta relación dual –legal y social- entre el Estado y los ciudadanos, y con fundamento en el criterio básico que señala la ley de “conducta administrativa apropiada” en la sección 26, subsección 1, el Ombudsman holandés ha desarrollado todo un sistema de criterios de valoración de los actos del Estado que están dentro de su competencia⁶⁰. En este sentido, la institución ha explicado lo siguiente:

“Los criterios de valoración utilizados por el Ombudsman Nacional se clasifican dentro de dos grupos. El primer grupo envuelve la noción de la legalidad o lo que es lo mismo, el requisito de que los actos de la Administración deben estar en conformidad con estatutos escritos, los cuales expresan el deseo del Parlamento y con principios legales no escritos”⁶¹.

El sistema establecido por el Ombudsman clasifica los criterios de valoración de los actos de la administración pública en un primer grupo en el que se encuentra el principio de legalidad integrado por normas sustanciales y de procedimiento, y por principios legales no escritos derivados de la jurisprudencia y la doctrina.

El segundo grupo está compuesto por criterios o principios que el Ombudsman considera son necesarios para mejorar la gestión pública y que pueden coincidir con los Principios de Buen Gobierno o “administración adecuada”.

Este sistema es importante en virtud de que los criterios, parámetros o principios constituyen la base para valorar si un acto administrativo es adecuado o no, así como para fundamentar las recomendaciones pertinentes; en segundo lugar, el establecimiento de un sistema oficial de

⁶⁰ La Sección 26, subsección 1 de la Ley del Ombudsman Nacional holandés establece: “1. El Ombudsman determinará si la autoridad administrativa ha actuado apropiadamente o no en el asunto bajo investigación.”

⁶¹ El Ombudsman Nacional del Reino de los Países Bajos. Una breve introducción. Séptima edición, noviembre de 2000, p. 24.

clasificación da uniformidad a los criterios o principios con que el Ombudsman evalúa a la autoridad administrativa. Si un acto de la administración pública está en conflicto con cualquiera de esos dos grupos de criterios o principios, no puede ser considerado como un acto adecuado.

Lo anterior significa que una vez que se interpone una denuncia, el Ombudsman Nacional revisa la acción u omisión a la luz de las disposiciones del derecho escrito, tales como aquellas relacionadas con los derechos humanos y constitucionales, definiciones de competencia y disposiciones legales que refieren a la forma, procedimiento y elementos sustanciales del acto. Él utiliza un criterio amplio de legalidad, pues aquí ubica también todos aquellos principios legales no escritos cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de las cortes o en la doctrina legal, tales como el principio de igual trato para casos iguales, el principio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad entre medios y fines, el principio de certeza legal, el principio de expectativas legítimas, el principio de motivación del acto y el principio del debido cuidado administrativo, entre otros.

Tal como se indicó anteriormente, los criterios o principios que corresponden al segundo grupo se utilizan para evaluar aquellos actos de la administración que aunque cumplen con el requisito de legalidad, no necesariamente son idóneos o apropiados. En el segundo epígrafe del primer capítulo de esta investigación se indicó que el Ombudsman de cada país puede implementar en este segundo grupo guías o Principios de Buen Gobierno que coadyuvan al disfrute de los ciudadanos del derecho a una administración adecuada. En el caso del Ombudsman holandés, este ha diseñado una lista de requisitos que pueden contribuir a que la forma en que las autoridades actúan sea adecuada y que incluye criterios como el requisito de actuar sin retraso, la obligación de proveer al ciudadano la infor-

mación relevante y escuchar su punto de vista, tratar al público correctamente, respetar la dignidad humana y el deber de colaboración.

Otros criterios de este segundo grupo se refieren más bien a la organización interna de las instituciones públicas como guías de coordinación, protección de la privacidad del ciudadano y accesibilidad de las autoridades públicas, entre otros.

A la luz del análisis efectuado sobre la función que realiza la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica, se desprende una clara similitud pues ambas instituciones utilizan, en su defensa de los derechos de los ciudadanos, una serie de principios que van más allá del criterio de legalidad y pretenden moldear una administración pública más eficiente, articulada con los individuos en relaciones que respeten la dignidad intrínseca de cada uno, más efectiva y colaboradora. En Costa Rica, por ejemplo, la Defensoría ha establecido requisitos que la administración debe cumplir en sus relaciones con los habitantes, tales como buen trato ciudadano, el principio de proporcionalidad en la utilización de recursos públicos y la eliminación de privilegios o beneficios en el sector público que violen el principio de razonabilidad, entre otros.

Es importante destacar que para el Ombudsman Nacional holandés así como para el Defensor en Costa Rica, ambos grupos de criterios son igualmente relevantes al determinar la legitimidad y validez de la conducta administrativa.

Los siguientes constituyen los siete criterios más importantes utilizados por el Ombudsman Nacional holandés en la evaluación de la actividad administrativa:

- 1.- Derechos fundamentales.
- 2.- Cumplimiento a regulaciones generales no discrecionales.

- 3.- Equilibrio de intereses / justicia.
- 4.- Certeza legal.
- 5.- Igualdad.
- 6.- Obligación de dar razones.
- 7.- Debido cuidado administrativo:
 - 7.1. Celeridad o agilidad administrativa.
 - 7.2. Provisión de información por parte de la administración (proveer al ciudadano de la información relevante).
 - 7.3. Acceso a información por parte del ciudadano.
 - 7.4. Exactitud administrativa.
 - 7.5. Adecuada organización administrativa.
 - 7.6. Facilidades adecuadas.
 - 7.7. Trato correcto o adecuado al ciudadano.
 - 7.8. Protección de la privacidad.

Se evidencia claramente que algunos de estos criterios corresponden a los Principios de Buen Gobierno o administración adecuada señalados en el primer capítulo de este análisis.

En el Informe Anual de 2001, por ejemplo, el Ombudsman Nacional presentó estadísticas respecto a las causas más frecuentes de queja de acuerdo con los criterios de valoración que él ha establecido y destacó que, durante los últimos años, la ausencia de agilidad administrativa en la respuesta a cartas y gestiones hechas por los ciudadanos fue el criterio o principio más utilizado en las resoluciones, concretamente en más de la mitad de los casos atendidos. En el año 2001, los siguientes principios o criterios fueron los que el Ombudsman evidenció se habían violado con mayor frecuencia:

- 1.- Problemas de cumplimiento con regulaciones generales no discrecionales (17.2%).
- 2.- Provisión de información por parte de la administración (15.6%).
- 3.- Celeridad o agilidad administrativa (15.2%).
- 4.- Equilibrio de intereses / justicia (10.4%).
- 5.- Acceso a información (8.5%).
- 6.- Trato correcto o adecuado (7.3%).

En el 2002 los criterios más utilizados por el Ombudsman fueron prácticamente los mismos, sólo con alguna variación en el orden:

- 1.- Celeridad o agilidad administrativa (46%).
- 2.- Provisión de información por parte de la administración (15.2%).
- 3.- Incumplimiento a regulaciones generales no discrecionales (7%).
- 4.- Equilibrio de intereses / razonabilidad (6%).
- 5.- Exactitud administrativa (5%).
- 6.- Certeza legal (5%).

Se desprende claramente que la mayoría de los casos refieren a variantes del criterio del debido cuidado administrativo.

Bajo una perspectiva comparativa en relación con la utilización del principio de transparencia como criterio del buen gobierno y del derecho a una buena administración, se concluye que hay diferencias conceptuales entre el sistema holandés y el costarricense.

En el contexto europeo en general, la transparencia está asociada principalmente con la forma en que el Estado

garantiza a los ciudadanos el acceso a información relevante con el propósito de que la sociedad pueda participar activamente en los procesos de toma de decisiones; bajo esta concepción, la transparencia constituye un principio de democracia, tiene un carácter instrumental hacia la legitimación del sistema político no sólo en Holanda sino también en Costa Rica.

En Holanda el principio de transparencia tiene esa connotación y está tutelado constitucionalmente en los artículos 5 y 110⁶².

El listado de los criterios más utilizados por el Ombudsman holandés en los últimos dos años demuestra que él asocia la transparencia con este contenido legal y doctrinal referido a la “provisión de información por parte de la administración”; de hecho, este es el segundo criterio más recurrentemente vulnerado, tal y como se infiere de las estadísticas de sus informes anuales.

Se explicó en el primer capítulo de este trabajo que en Costa Rica el principio de transparencia está asociado con el acceso a la información en un doble sentido. En un sentido activo, se relaciona con la obligación de la administración de proveer activamente a la población la información en la que fundamenta las decisiones que pueden impactar a la sociedad; en un sentido pasivo, se relaciona con el deber de responder a las solicitudes de información que plantean los habitantes en ejercicio de un derecho que

62 El principio de transparencia está asociado en la Constitución Política del Reino de los Países Bajos con el derecho de todo ciudadano de tener acceso a la información que solicite. Concretamente el artículo 5 establece: “Cualquiera tendrá acceso a hacer solicitudes por escrito a las autoridades competentes.” Esta disposición es complementada con el artículo 110 que incluso se refiere a un derecho público cuando dispone: “En el ejercicio de sus deberes, las autoridades de gobierno respetarán el derecho de acceso público a la información, de conformidad con las reglas que establezca la ley del Parlamento.”

también está tutelado constitucionalmente en el artículo 27⁶³.

No obstante, también se analizó en ese capítulo que en el sistema jurídico administrativo de Costa Rica el principio de transparencia tiene un contenido mucho más amplio respecto a Holanda, pues involucra dos componentes más. De un lado, involucra el respeto a la legalidad, interpretado como la subordinación de los órganos públicos y sus funcionarios al ordenamiento jurídico; además tiene relación con un deber de diligencia en los procedimientos administrativos, el respeto a las reglas de la ciencia, a la técnica, a los principios de justicia, lógica y conveniencia y la administración eficiente de los fondos públicos.

El tercer componente del principio de transparencia en Costa Rica se relaciona con la sujeción de la administración a los mecanismos de control; dicho de otro modo, el sometimiento de los órganos de la administración a todas las instancias que tienen por función el control del ejercicio del poder y la protección de los derechos fundamentales de los habitantes.

Los tres componentes del principio de transparencia en Costa Rica, a saber, el acceso a la información, el respeto de los órganos públicos a la legalidad y la sujeción al control del poder que efectúan instituciones como la Contraloría General de la República, la Procuraduría y la Defensoría, pueden ser resumidos como responsabilidad en el ejercicio de la función pública.

Esa amplitud en el contenido del principio de transparencia explica que la Defensoría en Costa Rica lo haya utilizado como una herramienta muy útil en la lucha con-

63 De la lectura del artículo 27 de la Constitución Política de Costa Rica se deduce claramente la similitud con la tutela de la Constitución holandesa. Este artículo señala lo siguiente: “Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.”

tra la corrupción en el sector público y la erradicación de los privilegios a favor de grupos dentro de la administración, irregularidades que usualmente no son denunciadas ante el Ombudsman Nacional holandés.

3.2. Mecanismos de cumplimiento y exigibilidad utilizados por el Ombudsman Nacional en Holanda desde una perspectiva comparativa con los usados por la Defensoría de Costa Rica

Al igual que ocurre en Costa Rica, las recomendaciones del Ombudsman Nacional holandés no son legalmente exigibles en la misma forma que lo son las sentencias judiciales. Esta especial naturaleza jurídica de las recomendaciones es una característica común a todas las instituciones del Ombudsman y plantea un reto muy importante en el cumplimiento y exigibilidad de sus informes desde su posición como magistratura de influencia.

En términos generales, las instituciones del Ombudsman fueron establecidas para dar a los individuos la oportunidad de interponer quejas en relación con actos de la administración ante un cuerpo independiente y experto, como una instancia adicional al Parlamento, al sistema judicial y a los procedimientos internos de queja de cada institución pública.

Esto explica la importancia de que el índice de cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman sea cada vez más alto a fin de cumplir su papel como mecanismo alternativo de prestación de justicia en la resolución de casos particulares, y para contribuir en la calidad del gobierno a través de un diagnóstico acerca de cómo el Estado está desarrollando sus tareas.

Al observar las estadísticas de cumplimiento del Ombudsman holandés se concluye el fuerte impacto que tiene la institución en el país. En el año 2002, se cerraron un total de 10,363 casos de los cuales en un 86% la investigación fue descontinuada después de que la autoridad admi-

nistrativa dio una segunda oportunidad para tratar directamente con el denunciante. 1,385 de esos casos fueron descontinuados porque la administración involucrada atendió satisfactoriamente el problema del ciudadano.

2,485 investigaciones fueron descontinuadas debido a que el 56% de los casos fueron atendidos satisfactoriamente a través del método de intervención. Este método consiste en una intervención del Ombudsman en una fase temprana de la queja a través de gestiones informales en casos en los que el denunciante necesita una pronta acción y donde se espera que tales acciones sean efectivas⁶⁴.

El método de intervención –caracterizado por su agilidad e informalidad- se utiliza en casos en que el denunciante ha estado esperando por algún tiempo una respuesta de la autoridad o un compromiso asumido por esta. El Ombudsman Nacional puede entonces decidir informar a la autoridad involucrada respecto a la queja interpuesta y solicitarle una alternativa de solución para que el problema sea resuelto. En la mayoría de estos casos, el denunciante obtiene una solución a su problema y la investigación no continúa. El Ombudsman informa a todas las partes involucradas su decisión de terminar el procedimiento a menos que considere que aún habiéndose concretado la solución, existen razones que justifican la continuación de la investigación.

En términos generales, durante el curso de la investigación, la autoridad administrativa informa al Ombudsman que piensa tomar medidas. En el 2002, el Ombudsman se-

⁶⁴ La otra vía utilizada por el Ombudsman para investigar un caso es el método de informe. Este es el método principal establecido en la ley del Ombudsman y consiste en una investigación realizada para establecer actos de la autoridad administrativa. Como norma de procedimiento, este método culmina con un informe –referido en la sección 27, subsección 1- en la cual el Ombudsman Nacional determina si la acción investigada es apropiada o no. Este tipo de investigación toma más tiempo en virtud de que se concede audiencia a todas las partes involucradas a quienes, posteriormente, se les notifica las conclusiones del Ombudsman contenidas en el informe, tal y como lo establece la Sección 25 de la ley del Ombudsman.

ñaló en 13 informes que estaba complacido con la medida tomada por la autoridad administrativa.

Las estadísticas muestran que también en ese año, el Ombudsman Nacional usó su poder de emitir recomendaciones en 50 informes (12%). En 22 casos, las recomendaciones involucraron medidas que beneficiaron a los denunciantes y, en 28 casos, estas eran de una naturaleza general. En todos los casos las respuestas a las recomendaciones fueron positivas.

En Holanda, la experiencia revela que el solo hecho de que el Ombudsman Nacional decida iniciar una investigación llama la atención de servidores públicos y políticos, lo cual resulta en la decisión de la administración de tomar medidas para solucionar el caso aún antes de que el Ombudsman publique su informe final. Su informe es publicado cuando la acción investigada es inadecuada y la autoridad de gobierno no ha tomado aún ninguna acción para resolverla; es en esos casos en que el Ombudsman emite recomendaciones específicas o de carácter más general. La experiencia muestra que las recomendaciones virtualmente siempre son seguidas dentro de un plazo razonable.

En ese país coexisten una serie de factores internos y externos que inciden positivamente en esos índices tan satisfactorios y que constituyen un reto para la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica. Es innegable que al tratarse de un país desarrollado con una trayectoria institucional de 20 años -desde su creación en 1982- y con base constitucional, ha fortalecido a la institución y mejorado progresivamente los índices de respuesta de la administración.

Aunque en el sistema costarricense y el holandés la naturaleza jurídica de los informes finales es la misma y finalmente es la autoridad administrativa la que decide qué acción será tomada, en Holanda la calidad del trabajo del

Ombudsman es casi un elemento por sí solo esencial de su autoridad y, consecuentemente, de la efectividad de su trabajo. Esto explica el énfasis del Ombudsman holandés en dos aspectos: la investigación de los hechos debe ser llevada a cabo objetivamente, con conclusiones que no permitan la disputa futura, y la decisión así como las recomendaciones deben ser persuasivas y contener claramente las razones que fundamentan esa decisión.

Costa Rica presenta una realidad muy distinta en la que a pesar de que la calidad de su trabajo ha mejorado sustancialmente desde su creación hace diez años -plazo en el cual ha fortalecido sus relaciones con la sociedad al punto de que en las encuestas de opinión popular los habitantes la colocan en los primeros lugares de credibilidad- estos no han sido elementos suficientes para garantizar por sí mismos la efectividad de sus recomendaciones.

Cada día la Defensoría trabaja fuertemente con el propósito de mejorar los índices de respuesta. Sin embargo, la institución no puede lograrlo sola; es fundamental el apoyo del Estado y, además, deben tenerse en cuenta los problemas jurídicos y económicos que fueron expuestos detalladamente en el tercer epígrafe del segundo capítulo de esta investigación, los cuales impactan negativamente en la exigibilidad de las recomendaciones de la Defensoría.

En términos de exigibilidad la ley de la Defensoría de Costa Rica presenta una diferencia importante respecto a la ley del Ombudsman Nacional holandés, pues la primera establece en el artículo 14.3 y en el artículo 59 del reglamento de la ley que el Defensor puede solicitar la amonestación del funcionario que incumpla de manera injustificada con sus recomendaciones o, en caso de incumplimiento reiterado, recomendar la suspensión o el despido.

Este artículo constituye un mecanismo de exigibilidad directa ya que crea una obligación en el funcionario públi-

co de justificar razonadamente si decide no ejecutar una recomendación de la Defensoría. No existe en la ley del Ombudsman holandés una disposición análoga; no obstante, la experiencia ha demostrado que no es necesaria. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica la diferencia entre ambas leyes es importante.

Tanto en Costa Rica como en Holanda existen mecanismos indirectos de exigibilidad como, por ejemplo, la obligación de los funcionarios de informar al Ombudsman respecto de las conclusiones del informe final. En ambos sistemas, el Ombudsman debe notificar a todas las partes involucradas las razones que justifican sus conclusiones; esta norma de procedimiento está dispuesta en el artículo 23 de la ley de la Defensoría y en la sección 27 de la ley del Ombudsman Nacional holandés.

En Costa Rica, de conformidad con el artículo 32 del reglamento de la ley, la notificación del informe incluye la advertencia a la autoridad administrativa de que deberá presentar un informe de cumplimiento en los 15 días hábiles posteriores a su notificación. En Holanda, de conformidad con la información aportada en las dos entrevistas sostenidas con personal del Ombudsman Nacional holandés, se conceden seis semanas para que la administración se refiera al cumplimiento de las recomendaciones si estas fueron de carácter específico, y tres meses si fueron recomendaciones generales de carácter estructural. Estos plazos son más extensos partiendo de la premisa de que cuando la administración responda al Ombudsman más bien le informará cómo ejecutó sus recomendaciones.

Existen otros mecanismos indirectos de exigibilidad que no son de naturaleza jurídica pero que tienen un impacto incluso mayor que una sentencia judicial. Tanto en Costa Rica como en Holanda, el Ombudsman presenta un informe anual de labores ante el Parlamento en el cual puede denunciar actos u omisiones lesivas de la administración. En el caso de Costa Rica esta obligación está con-

templada en el artículo 15 de la ley y, en el informe, suelen presentarse listas de funcionarios incumplientes o que no colaboran con la Defensoría en el ejercicio de sus funciones.

En el caso de Holanda, el Ombudsman presenta el informe anual a ambas cámaras del Parlamento (sección 28 de la ley); este es publicado y su presentación es cubierta en una conferencia de prensa. Ya se expuso en el capítulo segundo la importancia de la presentación del informe anual como mecanismo de exigibilidad, pues constituye un diagnóstico objetivo y actualizado de las principales deficiencias administrativas que limitan el disfrute de derechos de los habitantes y puede ser el punto de partida para que el Estado emprenda acciones correctivas.

Hay una diferencia importante entre Holanda y Costa Rica en la relación con el Parlamento. El Ombudsman Nacional holandés se relaciona con este a través del Comité Permanente para Relaciones Internas y del Reino, el cual es responsable de los asuntos institucionales relacionados con el Ombudsman en aspectos tales como legislación, asuntos presupuestarios, facultades y entrega del informe anual. El Comité discute el informe anual con el Ombudsman y decide sobre qué secciones este desea discutir con el ministro o secretario de Estado en cuestión. Las discusiones sobre el informe anual finalizan en un debate en una sesión plenaria de la Cámara Baja.

En Costa Rica se ha establecido una relación de coordinación entre la Defensoría y la Oficina de Enlace, sin embargo no es una relación establecida legalmente y tiene más bien otro propósito: informar a la Defensoría sobre la agenda legislativa en la creación de leyes.

Otra diferencia importante de Holanda respecto a Costa Rica radica en que el Ombudsman puede solicitar apoyo al Parlamento cuando la administración se niega a cumplir una recomendación injustificadamente. Cada tres meses el Ombudsman remite un informe al Comité de Pe-

ticiones de la Cámara Baja con un resumen de las resoluciones más relevantes o complejas y de aquellos casos importantes que presentan problemas de cumplimiento.

Esta información periódica le permite al Comité dar seguimiento a los aspectos primordiales de la labor del Ombudsman Nacional y, en los casos problemáticos, dialoga con el ministro o secretario de Estado responsable del cumplimiento. Ambos, el Comité de Peticiones de la Cámara Baja y el Comité Permanente para Relaciones Internas y del Reino, reciben todas las resoluciones del Ombudsman. Una lista de los denunciantes ante el Ombudsman es comparada con la lista del Comité de Peticiones de la Cámara Baja para evitar de esta manera una dualidad de acciones ante la misma queja o denuncia.

Desde la creación del Ombudsman holandés en 1982 hasta el 2003, nunca se ha remitido un informe especial al Comité de Peticiones por problemas de cumplimiento. Este es un procedimiento excepcional que no ha sido necesario pues, según las estadísticas que maneja la institución, el 80% de los casos son resueltos informalmente.

Es importante destacar que un mecanismo de exigibilidad indirecta utilizada por la Defensoría en Costa Rica es la interposición de acciones judiciales, potestad atribuida mediante los artículos 13, 21, 26 y 27. La Defensoría parte de la premisa de que es mejor utilizar el mecanismo de la persuasión y de que debe convencer a la administración antes que obligarla. Tiene claro que su función de defensa debe realizarla por sí misma y construir su autoridad como magistratura de influencia sin necesidad de recurrir a la vía jurisdiccional para exigir sus recomendaciones. Sin embargo, en casos complejos en los cuales el Defensor emite recomendaciones estructurales que la administración no quiere cumplir al mismo tiempo en que derechos fundamentales de los habitantes están siendo violados, aquel ha recurrido ante la Corte Constitucional y ha interpuesto denuncias penales.

En Holanda, la ley no contempla esta potestad; el Ombudsman no puede interponer acciones jurisdiccionales sino que, de acuerdo a las particularidades del caso concreto, puede recomendar al ciudadano que él mismo acuda ante la sede judicial.

Finalmente, la relación del Ombudsman con la prensa es un elemento clave en la efectividad de sus recomendaciones y, tanto en Costa Rica como en Holanda, es ampliamente valorado pues contribuye a la efectividad de su labor y fortalece su autoridad. En ambos países, la Oficina de Comunicaciones o de Prensa de la institución mantiene un contacto muy cercano con la prensa a través de comunicados especiales relativos a casos complejos o de alto interés nacional.

Sin embargo, en el caso de Costa Rica, el Ombudsman utiliza más frecuentemente a los medios de comunicación como estrategia de denuncia y presión en casos especiales por su complejidad. En Holanda la relación también es estrecha, no obstante se utiliza a la prensa más bien como medio informativo para brindar información general de interés a los ciudadanos; así, por ejemplo, la columna semanal que aparece desde 1987 en un diario de circulación nacional, en la que el Ombudsman informa sobre diferentes aspectos que está conociendo en ese período.

Bajo una perspectiva comparativa entre los mecanismos de exigibilidad utilizados en ambas instituciones, la conclusión general refiere a que en Costa Rica la ley de creación otorgó más potestades de exigibilidad, probablemente para contrarrestar la ausencia de un efecto directamente vinculante de sus recomendaciones en un contexto en el cual la figura del Ombudsman es nueva. No obstante, aún con esas diferencias, en Holanda es evidente la superioridad de los índices de cumplimiento asociados a factores que la Defensoría en Costa Rica y el Estado deben asumir conjuntamente como retos.

CAPÍTULO IV

PAPEL DEL OMBUDSMAN EUROPEO EN EL CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE SUS RECOMENDACIONES

4.1. Principios de Buen Gobierno utilizados por el Ombudsman europeo

Antes de analizar la utilización de los principios de buena administración en el contexto de la Unión Europea, es importante señalar que la institución del Defensor del Pueblo Europeo fue establecida por el Tratado de Maastricht en setiembre de 1995 con el propósito de combatir los casos de mala administración en las actuaciones de las instituciones y órganos comunitarios.

Las denuncias deben referir a actos u omisiones que reflejen mala administración de instituciones y órganos de la Unión Europea como la Comisión Europea, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Cuentas, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones.

Están fuera de su competencia los actos del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia cuando actúen en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, así como también reclamos concernientes a las administraciones nacionales, regionales o locales de los Estados miembros.

El ámbito de competencia del Defensor del Pueblo Europeo está definido en el artículo 195 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y en el Estatuto del Defensor del Pueblo, así como en las medidas de aplicación adoptadas por él en virtud del artículo 14 de ese estatuto. En general, el Defensor es competente para tramitar reclamos de cualquier ciudadano de la Unión Europea o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro.

El criterio central del Defensor del Pueblo Europeo en la evaluación de los actos de los organismos europeos es entonces la “mala administración”, concepto que fue definido por él mismo en su informe anual de 1997 cuando el Parlamento Europeo le solicitó que aclarara el contenido de ese parámetro. Él concluyó:

“Se produce mala administración cuando un organismo público no actúa de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse”⁶⁵.

Esta definición no es explícita sino que remite a la determinación de cuáles son las normas y principios que tienen carácter jurídico vinculante para los organismos europeos a fin de poder analizar desde una perspectiva comparativa el papel asumido por el Ombudsman europeo en la utilización, cumplimiento y exigibilidad de los Principios de Buen Gobierno respecto a la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica.

El contenido de los parámetros de control o de los principios de buena administración que utiliza el Ombudsman europeo en sus funciones está influenciado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, instrumento mediante el cual la organización se compromete a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión. La Carta fue proclamada en Niza en diciembre del año 2000 por las tres instituciones principales de la Unión Europea –Comisión, Parlamento y Consejo- y aclara los derechos que los órganos comunitarios tienen la obligación de respetar.

En este instrumento se reconoció por primera vez el derecho fundamental de todo ciudadano a una buena administración. El Ombudsman europeo propuso la incorporación de este derecho en una audiencia pública organizada el 2 de febrero del 2000 por la Convención encargada

65 Defensor del Pueblo Europeo. Informe Anual 1997 del Defensor del Pueblo Europeo. Citado en el Informe Anual 2001, p. 18.

de la redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

“... alegando que los ciudadanos europeos tienen derecho a una administración transparente, responsable y con vocación de servicio”⁶⁶.

El artículo 41 (analizado y transcrito en el epígrafe 1.2 del primer capítulo de esta investigación) delimita los contenidos de este derecho, dicho de otro modo, las obligaciones básicas que sujetan la actividad de los organismos de la Unión Europea en sus relaciones con los ciudadanos. El cumplimiento de las reglas que establece el artículo 41 constituyen los parámetros de control que orientan las funciones del Ombudsman europeo dentro de un derecho genérico de buen gobierno. Así, por ejemplo, en el primer inciso se establece el derecho de toda persona a que sus asuntos sean manejados con criterios de imparcialidad, justicia y dentro de un plazo razonable.

Es posible aquí establecer una semejanza entre esos tres criterios con los principios utilizados por la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica a la cual, tal y como se analizó profundamente en el punto 1.3 del primer capítulo, le corresponde velar no sólo por el respeto de la legalidad sino por el cumplimiento de valores como la justicia.

La imparcialidad del funcionario es una condición esencial para evitar irregularidades administrativas como el abuso o la desviación de poder, prohibiciones que al estar contempladas expresamente en la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (artículos 17 y 131) naturalmente forman parte de los criterios que también evalúa la Defensoría al analizar una denuncia.

66 Defensor del Pueblo Europeo. ¿Cómo puede ayudarle el Defensor del Pueblo Europeo? Guía para los ciudadanos. Junio del 2002, p. 13.

El inciso 2 del artículo 41 refiere a derechos de carácter procesal como el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que sea tomada cualquier medida individual que pueda afectarla, el derecho de tener acceso a su expediente y la obligación de la administración de justificar con razones sus decisiones.

Estos principios también están tutelados constitucional y legalmente en Costa Rica, razón por la cual integran el ámbito de competencia de la Defensoría.

Finalmente, los incisos 3 y 4 refieren al derecho de la persona a ser indemnizada por cualquier daño cometido por las instituciones de la Unión en la ejecución de sus deberes y el derecho de petición ante cualquier institución comunitaria, así como a recibir respuesta.

En Costa Rica, la Ley General de la Administración Pública regula en el Título VII el régimen de responsabilidad de la administración y del servidor público. Por otro lado, el derecho de petición y respuesta está protegido constitucionalmente en el artículo 27.

Esta referencia normativa comparativa no tiene otro fin más que demostrar que, desde el punto de vista legal, todos los principios de administración adecuada que se derivan del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales están contemplados en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cual plantea una similitud importante en cuanto al ámbito de competencia del Ombudsman europeo y la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.

El aporte del Ombudsman europeo en la aplicación de los Principios de Buen Gobierno en la Unión Europea no se limitó a sugerir la incorporación del derecho fundamental a una buena administración sino que, en un esfuerzo por darle un sentido práctico, redactó el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, adoptado el 6 de diciembre del 2001 por el Parlamento Europeo.

El Código constituye una guía práctica de trascendental importancia en virtud de que reúne una serie de normas y principios que los órganos de la Unión deben observar en sus relaciones con los ciudadanos. No obstante, debe aclararse que el Código no tiene una naturaleza jurídica vinculante en sentido estricto, razón por la cual existen iniciativas en la Unión Europea para que la Comisión Europea presente una propuesta de reglamento que incluya el Código y cuya base jurídica sería el artículo 308 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Aunque no se discute el peso moral que tiene el Ombudsman europeo y, consecuentemente, la influencia de este instrumento en la actividad de los órganos comunitarios, lo cierto es que reforzaría el efecto de las normas en un doble sentido: desde la posición de las instituciones de la Unión crearía obligaciones de naturaleza jurídica y no sólo moral; desde la perspectiva de los ciudadanos crearía la certeza de lo que pueden exigir de los órganos con los cuales se relacionan. El primer Ombudsman europeo, Jacob Söderman, evidenció en su Informe Anual de Labores 2001 la negativa de la Comisión Europea para elaborar la propuesta de reglamento a pesar de que las reglas contenidas en el Código existen en casi todos los Estados miembros.

“La incorporación del Código en un reglamento pondría de relieve la naturaleza obligatoria de las normas y de los principios que contiene, tanto a los ciudadanos como a los funcionarios. El artículo 192 del Tratado CE da al Parlamento Europeo el derecho a iniciar el procedimiento legislativo, si así fuera necesario”⁶⁷.

El Ombudsman europeo incluyó en el Código una serie de principios generales de buena conducta administrativa; de su análisis se concluye que algunos están contemplados en el ordenamiento jurídico administrativo costa-

⁶⁷ Defensor del Pueblo Europeo. Informe Anual 2001, p. 19.

rricense como principios generales de derecho como, por ejemplo, la prohibición de abuso de poder, la imparcialidad e independencia del funcionario, el principio de motivación del acto administrativo, el deber de dar respuesta a solicitudes presentadas por los ciudadanos, el derecho a ser oído y hacer observaciones en aquellos casos que puedan afectar derechos o intereses de ciudadanos y el deber de adoptar las decisiones dentro de un plazo razonable.

Otros principios de este código en Costa Rica tienen incluso rango constitucional; tal es el caso del principio de legalidad que, en el contexto europeo, el Ombudsman lo describe en el artículo 4 como el deber del funcionario de actuar de conformidad con las normas y procedimientos establecidos en la legislación comunitaria.

Otros principios contenidos en la Constitución Política de Costa Rica que coinciden con los del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa son el principio de igualdad como un límite que el funcionario debe observar en su relación con el público, el derecho de dar respuesta a las gestiones planteadas por los ciudadanos, el deber de actuar con justicia y el principio de proporcionalidad que, en Costa Rica, ha llegado a tener rango constitucional por vía de jurisprudencia y que el Ombudsman europeo incluyó expresamente en el artículo 6 de aquel instrumento.

De lo anterior es posible afirmar la consistencia entre el sistema europeo y el costarricense en lo concerniente al contenido de los principios o parámetros de control que el Ombudsman puede utilizar en la evaluación de los actos y omisiones de la administración pública y de las instituciones de la Unión Europea en cada caso, con la única diferencia de que en el ámbito europeo estos criterios carecen de una naturaleza jurídica vinculante en sentido estricto.

Más concretamente, interesa analizar comparativamente el contenido del principio de transparencia entre Costa Rica y la concepción del Ombudsman europeo por haber

sido escogido para ejemplificar la labor de la Defensoría costarricense en la utilización y exigibilidad de los principios de administración adecuada.

La transparencia de la Unión Europea es la primera de tres medidas que el Ombudsman europeo propone para hacer efectivo el derecho fundamental de la Carta de Niza del 2000 a una buena administración. En este sentido se ha referido al contenido de este principio señalando:

“A mi entender la transparencia implica:

- a.- que los procesos de toma de decisiones sean comprensibles;
- b.- que las propias decisiones estén motivadas;
- c.- que, en la medida de lo posible, la información en la que se basan los motivos sea accesible al público y;
- d.- que las reuniones de los órganos públicos que tomen decisiones sobre asuntos de repercusión directa para los ciudadanos sean abiertas y públicas, de forma tal que éstos puedan seguirlas y escuchar los argumentos...

También sería práctico que las propuestas se sometiesen a debate público antes de tales reuniones. Así ha sucedido en contadas ocasiones en la Comisión Europea y así sucederá normalmente en el futuro si la Comisión avanza con su reforma”⁶⁸.

Para el Ombudsman europeo el elemento clave es que los ciudadanos de la Unión conozcan qué hacen las instituciones comunitarias, por qué lo hacen y cuáles son sus planes de acción, como una condición esencial para que estos puedan valorar las actuaciones de sus representantes políticos y asegurarse que las autoridades públicas son responsables.

⁶⁸ Ciclo de Conferencias: El Papel de los Defensores del Pueblo en un Mundo de Transición. Mallorca, 28 de mayo de 2001, p. 3. Tomado de: www.euroombudsman.eu.int/speeches/es/2001-05-28.htm

La importancia atribuida por el Ombudsman a la transparencia explica por qué en el Código reguló este principio más que ningún otro en varios artículos relativos a diferentes perspectivas en el tema del acceso a la información. Así, por ejemplo, el artículo 21 refiere a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios; el artículo 22 se refiere a la obligación del funcionario de facilitar la información que el público le solicite y el deber de justificar cualquier negativa que esté justificada como excepción. Finalmente, el artículo 23 garantiza el acceso público a documentos de las instituciones de la Unión.

La posición del Ombudsman europeo es consecuente con una preocupación de la Unión Europea por la promoción de la transparencia como uno de los principales mecanismos preventivos para combatir la corrupción y generar un acercamiento con los ciudadanos. Prueba de esto es que el artículo 1 del Tratado de la Unión Europea declara:

“... las decisiones (en la Unión) serán tomadas de la forma más abierta (...) posible”⁶⁹.

A pesar de que la Unión Europea está comprometida con la democracia y las instituciones comunitarias están obligadas a defender y promover el principio de transparencia, este no siempre se ha respetado. El Ombudsman europeo reporta en sus informes anuales la recepción de muchas denuncias que refieren a la denegación de información. Las investigaciones del Ombudsman relativas al acceso del público a los documentos han provocado que la mayoría de los órganos comunitarios de la Unión aprueben y publiquen normas sobre el acceso a los documentos aumentando el número de documentos de dominio público.

⁶⁹ Artículo 1 del Tratado de la Unión Europea. Citado por el Ombudsman europeo en “Cómo puede ayudarle el Defensor del Pueblo Europeo? Guía para los Ciudadanos”, p. 15.

En este sentido, debe destacarse que el Consejo y el Parlamento Europeos aprobaron el Reglamento sobre acceso del público a los documentos, previsto en el artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea; aunque entró en vigor hasta diciembre de 2001, la expectativa es que permitirá a los ciudadanos comprender mejor la labor de las instituciones de la Unión Europea.

Es posible concluir entonces que al igual que en Holanda y en Costa Rica, en el contexto europeo el contenido de la transparencia está asociado con el acceso de la población a la información aunque, tal y como se analizó en el primer capítulo, en Costa Rica tiene un contenido más amplio que trasciende a ese aspecto.

Sin embargo, es obvio que el Ombudsman europeo, al igual que la Defensoría en Costa Rica, ha promovido la transparencia en la lucha contra la corrupción. Esto ha dado como resultado múltiples iniciativas dentro de la Unión Europea en este tema; el Parlamento Europeo ha adoptado algunas resoluciones cuyo énfasis es la promoción del buen gobierno en las relaciones entre los Estados, acompañado de una referencia explícita a instrumentos y medidas prácticas para combatir la corrupción en todos los niveles como la transparencia y la participación de la sociedad civil.

4.2. Cumplimiento y exigibilidad de las recomendaciones en el contexto europeo en relación con la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica

El propio Ombudsman europeo ha declarado que la actitud de las instituciones y órganos comunitarios, en particular la de la Comisión Europea, ha sido positiva y cooperativa. Sus reportes señalan que en más de 200 asuntos esta institución ha dado satisfacción al demandante. También se han alcanzado soluciones amistosas y la mayor parte de los proyectos de recomendaciones que ha presentado han sido adoptados. En algunas ocasiones ha presen-

tado un informe especial al Parlamento Europeo cuando no se consiguió alcanzar un resultado satisfactorio para el demandante.

Los mecanismos de cumplimiento y exigibilidad empleados por el Ombudsman europeo difieren de los establecidos en la Ley de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica que se explican en las evidentes diferencias de competencia que plantea la casuística nacional y regional.

El Ombudsman europeo ha establecido una serie de normas operativas de procedimiento durante la tramitación de una denuncia que en la práctica se han convertido en mecanismos de cumplimiento que solucionan el problema, incluso antes de que el caso sea cerrado.

Así, por ejemplo, cuando el Ombudsman comunica a la institución responsable que ha recibido una denuncia, esta puede proceder a tomar medidas inmediatamente para resolver el problema. El Ombudsman contabiliza estos casos bajo la categoría “resuelto por la institución”.

En Costa Rica, por el contrario, la comunicación inicial de la Defensoría con la institución denunciada constituye el derecho de defensa que se otorga a través de una audiencia para que el funcionario o el jerarca se refieran a la queja y presenten prueba si fuera el caso.

Cuando el Ombudsman europeo constata que la institución ha incurrido en “mala administración” y el asunto no se ha resuelto durante la investigación, él trata de encontrar una solución amistosa que sea satisfactoria tanto para él como -por supuesto- para el ciudadano afectado.

Continuando con el procedimiento, si no es posible alcanzar una solución amistosa, el Ombudsman puede redactar un proyecto de reclamación en el cual insta a la institución a adoptar las medidas necesarias para rectificar el acto o la omisión que configuran “mala administración”. En un gran porcentaje, las instituciones toman acciones antes de que la investigación finalice.

En Costa Rica, la Defensoría no plantea a la institución denunciada las alternativas de solución durante la investigación –a menos que se trate de un caso urgente que requiere una atención inmediata para no causar un perjuicio irreversible al habitante- sino que más bien, son expuestas en el informe final con recomendaciones. Tal como se explicó en el segundo capítulo, el funcionario tiene un plazo de 15 días para dar respuesta a la institución, indicando cómo va a acatar las recomendaciones o, en caso contrario, cuáles son los argumentos con los que justifica una negativa.

Los mecanismos de cumplimiento y exigibilidad que la ley de creación le otorgó a la Defensoría difieren completamente de las posibilidades del Ombudsman europeo. En el caso costarricense la ley ha investido a la institución de un poder casi coercitivo que trasciende a la simple magistratura de influencia y que se desprende claramente de potestades tales como la dispuesta en el artículo 12, inciso 3, que refiere a la posibilidad de citar a funcionarios públicos a comparecer y referirse a un asunto concreto y la posibilidad de traerlos por la fuerza con miembros de la policía si no se presentan; esta es una potestad que la Defensoría nunca ha utilizado pues por lo general los funcionarios se presentan al ser citados por el jerarca.

Otro buen ejemplo es la posibilidad de una amonestación administrativa al funcionario que no acate las recomendaciones de la Defensoría sin justificar sus razones para negarse a cumplir e, incluso, la recomendación de suspensión o despido que el Defensor puede girar en caso de incumplimiento reiterado. De otro lado, no existe ningún mecanismo sancionatorio en el marco regulatorio del Ombudsman europeo.

Es importante destacar que estas diferencias son a nivel legal pues, en la realidad, el Defensor en Costa Rica no suele recurrir a estas medidas extremas.

La efectividad de las recomendaciones del Ombudsman europeo radica en mucho en las relaciones fluidas y cordiales que ha establecido con las instituciones de la Unión, las cuales promueve a través de frecuentes reuniones con el personal y el intercambio permanente de correspondencia para atraer su atención sobre acontecimientos importantes o asuntos de actualidad.

Por lo general, el Ombudsman mantiene reuniones con funcionarios comunitarios para poner en evidencia deficiencias en el funcionamiento de las instituciones y que permiten a sus representantes explicar los problemas que tienen en la resolución de las denuncias.

Una estrategia indirecta de cumplimiento se aplica a través de un contacto permanente establecido por el Ombudsman europeo con los Ombudsman nacionales pues frecuentemente recibe denuncias de ciudadanos que, aunque están relacionadas con el derecho comunitario, no pueden ser analizadas por aquel en virtud de que las instancias encargadas de aplicarlo son las administraciones nacionales, regionales y locales. Este contacto con los defensores nacionales refuerza las relaciones y la efectividad de la institución del Ombudsman en general en la Unión Europea.

Los anteriores son mecanismos de cumplimiento derivados de la autoridad moral del Ombudsman pues no constituyen potestades desde una perspectiva jurídica. En lo concerniente a los mecanismos de exigibilidad en aquellos casos en que las instituciones comunitarias se han negado a cumplir con las recomendaciones del Ombudsman y que, tal y como se ha visto, constituyen un bajo porcentaje, el medio más eficaz reside en la relación establecida con el Parlamento Europeo al cual le presenta todos los años un informe con los resultados de sus investigaciones.

Cuando una institución se niega a cumplir las recomendaciones, el Defensor envía un informe especial a la

Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo la cual, a su vez, elabora un informe de la situación que se debate y aprueba en pleno. Sin embargo, estos son casos excepcionales pues la generalidad evidencia un alto índice de cumplimiento y prueba de ello es que de setiembre de 1995 - cuando se creó la institución del Ombudsman europeo- al 2002 sólo se habían enviado seis informes especiales al Parlamento sobre asuntos que incluyen desde la discriminación por razón de sexo hasta la transparencia.

A diferencia, en Costa Rica no existe en el Parlamento una comisión que sirva como enlace con la Defensoría, como sí existe en la Unión Europea y en Holanda. Actualmente existen en el país iniciativas para establecer una Comisión de Derechos Humanos a fin de que evalúe y colabore con el Parlamento en la evaluación del estado de disfrute de los derechos fundamentales.

De lo anteriormente expuesto se concluye que, a nivel sustantivo, los principios que caen dentro de la competencia del Ombudsman europeo y de la Defensoría en Costa Rica son similares, con la diferencia de que en el caso costarricense estos parámetros de control están tutelados legal y constitucionalmente.

No obstante, las diferencias más marcadas se advierten en relación con las medidas de que dispone la Defensoría en Costa Rica para compeler a la administración pública a cumplir sus recomendaciones. Aunque estas no son vinculantes jurídicamente, la posibilidad de recomendar la amonestación, la suspensión y hasta el despido del funcionario que no cumpla su informe sin justificar la negativa, constituye un poder coercitivo mayor que no se advierte en el Ombudsman europeo.

CAPÍTULO V

CRITERIOS USADOS POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PANAMÁ. CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE SUS RECOMENDACIONES BAJO UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA CON LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA

5.1. El principio de la transparencia en el contexto de Panamá

La comparación de los Principios de Buen Gobierno utilizados por la Defensoría del Pueblo de Panamá se circunscribirá al análisis del principio de transparencia por dos razones. En primer lugar, este fue el principio escogido en esta investigación para ejemplificar su utilización, cumplimiento y exigibilidad por la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica. En segundo lugar, Panamá presenta avances importantes a nivel doctrinal y legal en torno a la transparencia en la función pública, lo cual enriquece una perspectiva comparativa entre ambos países.

La preocupación de la sociedad panameña y del sector político por la promoción de la transparencia en la función pública y por la protección de los datos personales de los ciudadanos dio sus frutos con la promulgación de la Ley No. 6 del 22 de enero de 2002, “que dicta Normas para la Transparencia en la Gestión Pública, establece la Acción del Hábeas Data y otras disposiciones”, la cual fue respaldada por la Defensoría del Pueblo.

La ley tutela dos fines: de un lado, protege el derecho de todo ciudadano de acceso a la información y la instrumentación de recursos legales para exigir su respeto; al mismo tiempo, la legitimidad del sistema democrático panameño, promoviendo un gobierno más transparente, participativo y accesible a los ciudadanos como el mecanismo más eficaz para prevenir la corrupción.

El ámbito de competencia de esta ley es bastante amplio pues establece las normas para regular una gestión pública transparente, facilitando el acceso a información pública de toda agencia o dependencia del Estado incluyendo los órganos ejecutivo, legislativo, judicial, Ministerio Público, entidades descentralizadas, autónomas, semiautónomas, municipios, gobiernos locales, empresas de capital mixto, cooperativas, fundaciones e, incluso, organismos no gubernamentales (ONGs) que hayan recibido o reciban fondos, aportes de capital o bienes del Estado, entre otras.

El Defensor del Pueblo de Panamá se refirió a los ideales que guiaron la promulgación de esta ley y a los fines que pretende alcanzar señalando:

“La Ley de Transparencia en la Gestión Pública reafirma el principio de publicidad, ingrediente de gran relevancia en la Administración Pública, que debe adquirir más espacio con el desarrollo y profundización del sistema democrático. Como lógica consecuencia de este principio, destaca la Ley sancionada, toda información que emana de la administración pública es de carácter público, por lo que el Estado debe garantizar una organización interna que sistematice la información para brindar acceso a los ciudadanos y también para su divulgación a través de los distintos medios de comunicación social y de internet”⁷⁰.

Entre algunos aspectos de la ley se encuentran el derecho de solicitar sin necesidad de justificar o motivar la información de acceso público, incluido en el artículo 4. La obligación de suministrar la información incluye a las empresas privadas que suministran servicios públicos con carácter de exclusividad, inclusión atinada si se toma en cuenta que, aún cuando su naturaleza jurídica constitutiva puede ser de derecho privado, han sido investidas de potestades públicas que representan un poder de imperio frente al ciudadano.

⁷⁰ Introducción del Defensor del Pueblo de la República de Panamá a la Ley No. 6 de 22 de enero de 2001, publicada en La Gaceta No. 24.476, p. 3.

Del análisis de la ley se desprende que tanto en Panamá como en Costa Rica se ha reconocido el vínculo establecido entre el principio de transparencia y el de rendición de cuentas como atributos complementarios dentro de la administración pública. Así, por ejemplo, en el artículo 8 se advierte claramente la protección del principio de rendición de cuentas al crear una obligación de las autoridades públicas sobre sus actividades⁷¹.

No obstante, cabe recordar que en Costa Rica no existe una ley análoga a la de Panamá sino que tanto la transparencia como la rendición de cuentas son principios que se han ido regulando paulatinamente a través de un conjunto de leyes relacionadas con el manejo de los recursos públicos y la accesibilidad de la información correspondiente. Este marco normativo fue expuesto en el capítulo primero de esta investigación, no obstante, valga señalar que el último instrumento normativo adoptado en Costa Rica en relación con este tema fue la promulgación del Decreto Ejecutivo No. 30625-H en el Alcance No. 60 de La Gaceta No. 161 del 23 de agosto de 2002, mediante el cual se creó la Comisión de Control y Ordenamiento del Gasto Público y de la Rendición de Cuentas de los Funcionarios y Empleados Públicos, a cargo de las funciones que describe su propio nombre.

El alcance del principio de rendición de cuentas a la luz de la Ley de Transparencia panameña es coincidente con el contenido atribuido por la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica, tal como se desprende claramente de los artículos 1, inciso 12 y 10, cuando lo describe de la siguiente forma:

“Artículo 1.- Para efectos de la aplicación e interpretación de esta Ley. Los siguientes términos se definen así: (...)

⁷¹ “Artículo 8.- Las instituciones del Estado están obligadas a brindar, a cualquier persona que lo requiera, información sobre el funcionamiento y las actividades que desarrollan, exceptuando únicamente las informaciones de carácter confidencial y de acceso restringido.”

12. Rendición de cuentas. Obligación de todo servidor público de responsabilizarse individualmente de sus actos en el ejercicio de sus funciones y en la comunicación de los resultados de su gestión ante la sociedad. Esta obligación de rendir cuentas también les corresponde a los cuerpos directivos colegiados de las instituciones públicas”⁷².

La inserción de ambos principios en una ley específica es un factor positivo en el fortalecimiento de las funciones de defensa de la Defensoría del Pueblo panameña, pues se otorga a ambos un verdadero poder normativo y una coerción jurídica que favorece la exigibilidad en supuestos de violación.

En Costa Rica, el fortalecimiento de estos principios no se produjo por vía legal –por lo menos no hasta ahora–, tal como se indicó anteriormente, no existe una ley homóloga. No obstante, el efecto vinculante de ambos principios ha derivado de la Sala Constitucional, instancia que ha jugado un papel preponderante en la definición de conceptos tales como la moral en la función pública y que, a través de su jurisprudencia, le ha dado rango constitucional a principios como los de proporcionalidad, razonabilidad y transparencia, los cuales actúan como límites en el ejercicio de las potestades discrecionales, utilizadas muchas veces para cometer actos de corrupción.

Sin duda uno de los aciertos de la Ley de Transparencia panameña radica en que no se limitó a declarar la protección del derecho de acceso a la información sino que de una vez incorporó los recursos procesales necesarios para reivindicar su cumplimiento. Se estableció el recurso de hábeas data como un procedimiento sumario, sin formalidades, y dispuso mecanismos sancionatorios en caso de negativa del funcionario a suministrar la información, supuesto en el cual incurre en el delito de desacato.

⁷² Artículo 1 de la ley No. 6 de 22 de enero de 2002.

Otra ventaja de la ley panameña es que incorporó la protección de la participación ciudadana en las decisiones administrativas en el Capítulo VII. En el artículo 24 se crea la obligación de las instituciones del Estado, en el ámbito nacional y local, de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los derechos e intereses de grupos de ciudadanos a través de la consulta pública, la audiencia pública, la celebración de foros o talleres y la participación directa de ciudadanos o representantes de organizaciones sociales.

Transparencia, rendición de cuentas y participación popular constituyen los tres elementos fundamentales de promoción y prevención de prácticas administrativas irregulares, y el legislador panameño tuvo el acierto de incluir los tres componentes en un solo marco normativo que, a la luz de la competencia atribuida al Defensor del Pueblo panameño, le permiten no sólo conocer las denuncias sino contar con los mecanismos para exigir su cumplimiento.

De lo anteriormente expuesto se desprende claramente una semejanza entre Costa Rica y Panamá en virtud de que ambos sistemas jurídicos reconocen y protegen los principios de transparencia y rendición de cuentas. El primero a través de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y el segundo a través de la promulgación de una ley específica que conjuga acertadamente los mecanismos para una función pública responsable.

Esto significa que, tanto para la Defensoría del Pueblo de Panamá como para la de Costa Rica, ambos principios caen dentro de su competencia y tienen un efecto jurídico vinculante para la administración pública, lo cual sin duda empodera a ambas instituciones en la defensa ante supuestos de violación.

5.2. Los mecanismos de cumplimiento y exigibilidad otorgados por la Ley de la Defensoría del Pueblo en Panamá

La ley de creación de la Defensoría del Pueblo de Panamá muestra muchas semejanzas con la Ley de la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica; el marco de competencia atribuido se orienta por la protección de los derechos de los ciudadanos tutelados bajo una amplia perspectiva de legalidad que incluye la Constitución Política y convenios internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el gobierno y la ley.

Al igual que en Costa Rica, Panamá tiene la posibilidad de investigar actos u omisiones no sólo de entes públicos sino también de aquellos que siendo mixtos o privados desarrollan un servicio público por concesión o autorización administrativa.

Específicamente en relación con los mecanismos de cumplimiento y exigibilidad de sus recomendaciones, el Defensor del Pueblo de Panamá, al igual que el de Costa Rica, cuenta con los mismos mecanismos de exigibilidad indirecta, denominados de ese modo en esta investigación en alusión a que para lograr el cumplimiento la Defensoría recurre a otros órganos.

Tanto en Costa Rica como en Panamá los Defensores están legitimados procesalmente para plantear acciones jurisdiccionales; el artículo 5 de la ley de creación de la Defensoría panameña se refiere concretamente a la posibilidad de plantear acciones populares, recursos de amparo de garantías constitucionales, acciones contenciosas administrativas y, en general, todas las que protegen los derechos humanos.

En Costa Rica esta posibilidad está dispuesta en el artículo 13 en términos más generales que dan la impresión de que el Defensor tiene un marco de acción más amplio, pues la disposición se refiere a “cualquier tipo de acciones

jurisdiccionales o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico”. No obstante, la experiencia demuestra que la vía jurisdiccional más utilizada es la constitucional por ser esta la instancia que tutela derechos fundamentales.

La presentación del informe anual ante el Parlamento constituye otro medio indirecto de forzar el cumplimiento de las medidas que la Defensoría ha determinado son necesarias para corregir deficiencias u omisiones en la administración pública. Tanto en Panamá, en el artículo 4 de la ley, como en Costa Rica, en el artículo 15, se establece esta obligación —característica común a las instituciones del Ombudsman en general.

Tal como se indicó en el capítulo segundo, la presentación del informe anual no es un simple formalismo, en este acto está implícito un ejemplo de rendición de cuentas; al mismo tiempo constituye un medio eficaz de denuncia pública al país acerca del diagnóstico que objetivamente elabora el Defensor sobre el estado del disfrute de derechos en la sociedad. El Parlamento, como órgano con poder político, puede utilizar el informe del Defensor para generar cambios necesarios que superen los obstáculos o las omisiones lesivas a los derechos de los habitantes.

El Parlamento panameño cuenta con una Comisión de Derechos Humanos, instancia a través de la cual el Defensor del Pueblo se relaciona con aquel en la presentación del informe anual o de informes especiales cuando el jefarca lo considere conveniente. La ley panameña regula detalladamente la forma en que el Defensor debe presentar el informe en el Título V. En Costa Rica, aparte de que no existe una Comisión de Derechos Humanos en el Parlamento, la ley no reguló el procedimiento concreto para la presentación del informe, disponiendo únicamente que debía ser defendido en junio de cada año. Esta ausencia de regulación ha sido negativa pues le ha restado solemnidad al acto de presentación, necesario para cumplir con el objetivo de denuncia pública.

En relación con los mecanismos de exigibilidad directa, se advierte una semejanza entre las Defensorías de Panamá y Costa Rica en las consecuencias que se derivan para el funcionario público que no cumpla con su obligación de presentar toda la documentación, informes y pruebas que requieran los Defensores.

En este sentido, el artículo 28 de la ley de la Defensoría de Panamá establece que en caso de negativa injustificada de proporcionar la información que se le requiera, si esta es incompleta o si obstaculiza el acceso al expediente, el funcionario incurrirá en responsabilidades administrativas y penales según la gravedad del caso. En el artículo 29 se establece además que el Defensor debe denunciar públicamente estos hechos y destacarlos en el informe anual que presente al Parlamento.

Por su parte, la ley de la Defensoría costarricense también contempla este mecanismo en los artículos 24 y 26, aunque este último es más explícito que la disposición panameña al señalar claramente que, en supuestos de negativa de remisión de la información o de entorpecimiento de las funciones de la institución, el funcionario incurrirá en el delito de desobediencia y, en tal caso, el Defensor informará al superior jerárquico y al Ministerio Público para la apertura del proceso penal.

Otro aspecto coincidente en las Defensorías de Panamá y Costa Rica radica en la obligación del funcionario público que ha sido notificado de un informe final con recomendaciones de presentar un informe argumentando la aceptación o no de las medidas (el artículo 33 de la Ley del Defensor del Pueblo de Panamá otorga un plazo de 30 días calendario y el artículo 32 del Reglamento de la Ley de la Defensoría de Costa Rica establece un plazo de 15 días hábiles).

La diferencia entre ambos países se halla en que en Costa Rica la ley va más allá al establecer en el artículo

14, inciso 3 y en el 59 del reglamento, que la negativa injustificada de acatar las recomendaciones puede acarrear al funcionario una amonestación o, en caso de incumplimiento reiterado, la recomendación de suspensión o despido.

Es claro que la naturaleza jurídica de las recomendaciones en ambos países es la misma, se trata de recomendaciones que no tienen un poder coercitivo desde una perspectiva jurídica. Sin embargo, en Costa Rica la ley otorgó a la Defensoría de una autoridad mayor al contemplar un régimen sancionatorio no por el incumplimiento sino más bien por la ausencia de argumentación para no seguir las recomendaciones.

Esto se explica en el hecho de que si el Ombudsman fundamenta su informe final y sus recomendaciones en normas que regulan la forma correcta en que la administración debe actuar, es lógico que la negativa de la administración a cumplir con la recomendación implica al mismo tiempo una negativa a cumplir la propia ley, es decir, no se trata de que el informe sea equiparable a una sentencia judicial. No obstante, en la Ley de la Defensoría del Pueblo de Panamá no existe ese mecanismo de exigibilidad en estos términos.

En términos generales, es posible concluir que entre las Defensorías de Panamá y Costa Rica son mayores las semejanzas que las diferencias; en lo concerniente al ámbito de competencia, ambos Defensores utilizan los principios de transparencia y rendición de cuentas como parámetros objetivos de control de la actividad de la administración pública con un contenido similar y un objetivo común: luchar contra la corrupción y promover la participación pública. Desde el punto de vista de los mecanismos de exigibilidad dispuestos en ambas leyes de creación, quedó en evidencia que son similares salvo algunas pequeñas diferencias.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al término de esta investigación es posible concluir que los Principios de Buen Gobierno o administración adecuada están tutelados por el derecho administrativo costarricense tanto en normas escritas como no escritas, reconocidos a través de la jurisprudencia producida en la vía jurisdiccional –principalmente la sede constitucional– y en la que generan órganos de control como la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes.

Esta tutela amplía enormemente las posibilidades de defensa de los habitantes a cargo de la Defensoría en virtud de que bajo una perspectiva amplia de legalidad, y utilizando criterios como la moralidad y la justicia, tiene la potestad legal de usar los Principios de Buen Gobierno como base de su diagnóstico en las investigaciones de sus denuncias.

La importancia de que la Defensoría utilice los criterios o Principios de Buen Gobierno no es un asunto de mera retórica; se trata más bien de que a través de estos la Defensoría tiene la responsabilidad de promover en la institucionalidad costarricense y en la misma población la conciencia respecto a la existencia de lo que el Defensor del Pueblo Europeo ha denominado el “derecho a una buena administración o a un buen gobierno”, entendido como un derecho ciudadano que está integrado por una serie de criterios como la proporcionalidad, la eficiencia, la rendición de cuentas, la transparencia, el debido cuidado administrativo, la equidad, la igualdad y la participación, principios todos que, tal como se vio a lo largo de esta investigación, ostentan tutela legal y algunos incluso constitucional.

Esto significa que en Costa Rica los habitantes por sí solos o representados por la Defensoría están en posición

de exigir del Estado el cumplimiento de un derecho a un buen gobierno o a una administración adecuada mediante la utilización de estos criterios, con miras no sólo a que la gestión de los asuntos públicos se realice de la manera más efectiva y transparente posible sino con el fin último de promover el goce de derechos humanos, fundamentalmente del derecho humano al desarrollo.

Y es que en la medida en que la administración pública sea eficiente, responsable, promueva una participación activa de todos los sectores de la población, sea transparente en el uso de los recursos públicos y rinda cuentas con resultados concretos de su gestión, se promueve un goce efectivo de los derechos humanos.

De allí pues la importancia de que la Defensoría utilice los criterios del buen gobierno en la resolución de las múltiples denuncias que le son planteadas, pues a través de estas se configura un diagnóstico objetivo que evidencia la necesidad de revisar aquellas áreas en donde se presentan debilidades, irregularidades u omisiones lesivas a los derechos de los habitantes.

Teniendo clara la importancia de estos principios fácilmente se comprende entonces la importancia de su cumplimiento y exigibilidad; una revisión minuciosa de la ley de creación de la Defensoría de los Habitantes puso en evidencia en el presente análisis que esta le otorgó una serie de mecanismos normativos diferenciadores respecto al Ombudsman holandés y al Defensor del Pueblo Europeo. Sin embargo, no es únicamente en aquellos donde radica la fuerza vinculante de las recomendaciones de la Defensoría; otros mecanismos, que no siendo normativos son igual o más efectivos, ponen de manifiesto la importancia de su utilización constante, como es la relación con la prensa, con el Parlamento en la presentación anual del informe de labores y con el Poder Judicial, mediante la interposición de acciones jurisdiccionales cuando la persuasión no es suficiente ante una administración reticente a

cumplir el mandato último que justifica su existencia: la satisfacción del bien común.

Es en consideración a la importancia que juegan los Principios de Buen Gobierno en la función de defensa que despliega la Defensoría que esta investigación propone algunas recomendaciones, tales como el fortalecimiento de relaciones de coordinación con otras instituciones de control –como la Contraloría General de la República- a efecto de uniformar a través de jurisprudencia consistente el contenido de los Principios de Buen Gobierno para facilitar su exigibilidad dentro de la administración pública.

Otra recomendación tendiente al fortalecimiento de una cultura de respeto por el derecho a una buena administración demanda el inicio de un programa de capacitación sistemática, que comprenda el mayor número posible de sectores de funcionarios públicos respecto al contenido de los diferentes Principios de Buen Gobierno y del ligamen existente entre estos y el goce de derechos humanos.

A nivel interno es necesario que la Defensoría inicie un proceso de revisión y sistematización de la jurisprudencia que ha producido en relación con los Principios de Buen Gobierno, con miras a mejorar y fortalecer su labor diagnóstica y promover una concienciación de respeto por estos principios en la administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Addink G. H., Principios de Buen Gobierno. Literatura base del año universitario, Universidad de Utrecht 2002/2003.
- Informe Anual de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica 1994-1995.
- Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica 1995-1996.
- Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de la República 1997.
- Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica 1998-1999.
- Informe Anual de Labores 1999-2000 de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.
- Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo 1997.
- Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo 2001.
- Ramírez Altamirano Marina. Ética en la Función Pública. Programa para el Desarrollo Legislativo, Asamblea Legislativa de Costa Rica. 1997.

Boletines y publicaciones

- El Ombudsman Nacional del Reino de los Países Bajos. Una breve introducción. Séptima edición, noviembre del 2000.
- Defensor del Pueblo Europeo ¿Cómo puede ayudarle el Defensor del Pueblo Europeo? Guía para los ciudadanos. Junio del 2002.
- Introducción del Defensor del Pueblo de la República de Panamá a la Ley No. 6 de 22 de enero de 2001.

Cuerpos Normativos

- Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada y concordada con jurisprudencia de la Sala Constitucional por Marina Ramírez Altamirano y Elena Fallas Vega. Editorial Investigaciones Jurídicas, segunda edición, San José, octubre 1999.
- Ley General de la Administración Pública, ley N° 6227. Con jurisprudencia constitucional, laboral, penal, contencioso administrativa por Jorge Córdoba. Editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, octubre 1998.
- Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, ley N° 7319. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, ley N° 7594 del 10 de abril de 1996.
- Decreto Ejecutivo No. 22266. Reglamento a la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica.
- Ley del Ombudsman Nacional Holandés del 4 de febrero de 1981.
- Constitución del Reino de los Países Bajos de 1996.
- Tratado de la Unión Europea.
- Ley de Panamá No. 6 del 22 de enero de 2002 “Que dicta Normas para la Transparencia en la Gestión Pública, establece la Acción del Hábeas Data y otras disposiciones.” Publicada en La Gaceta No. 24.476.
- Ley de la Defensoría del Pueblo Panameño, ley N° 7 del 5 de febrero de 1997.
- Carta Fundamental de Derechos Humanos de la Unión Europea.

- Código de Buena Conducta Administrativa del Defensor del Pueblo Europeo.

Resoluciones

- Resolución del Consejo Europeo de Ministros del 28 de noviembre de 1991, en: W.J.M. Genugten, Th. R.G. van Banning, Manual de Referencia de Derechos Humanos, La Haya, 1999.
- Consejo del Parlamento Europeo. Gobierno y Desarrollo Sostenible. 1997. Citado en el Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica 2002-2003.
- Resolución No. 1739-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Resolución N° 3550-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 1992.
- Resolución No. 561-94 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Resolución No. 5061-94 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Resolución No. 4079-95 de la Sala Constitucional de la República de Costa Rica.
- Resolución No. 502-91 de la Sala Constitucional de la República de Costa Rica.
- Resolución No. 423-94 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sitios de Internet:

- Lewis T. Preston, Gobierno y Desarrollo. Banco Mundial de Desarrollo. Tomado de: www.bancomundial.org

- Banco Mundial, 1989. Tomado de:
www.gdrc.org/u-gov/governance-understand.html
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Tomado de:
www.dse.de/zg/gg/html/english/4_indepthpaper_1.htmw
- Responsabilidad, Corrupción y Buen Gobierno. Los límites de Gobierno en la Irlanda moderna. Presentación de Kevin Murphy, Defensor del Pueblo de Irlanda, 28 de abril, 2003 Tomado de:
www.ombudsman.gov.ie/246a_156.htm
- www.ombudsman.nl/brochure_uk/judgement_criteria.html
- Informe Anual 1997. Ombudsman Europeo. Tomado de:
www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art41/default_en.htm
- Murphy, Kevin. Rendición de Cuentas, Corrupción y Buen Gobierno. Los límites en la moderna Irlanda (28 de Abril, 2003). Tomado de:
www.ombudsman.gov.ie/246a_156.htm
- Ciclo de Conferencias: El Papel de los Defensores del Pueblo en un Mundo de Transición. Mallorca, 28 de mayo de 2001. Tomado de:
www.euroombudsman.eu.int/speeches/es/2001-05-28.htm
- www.nationaleombudsman.nl
- www.defensoriadelpueblo.gob.pa
- www.euro-ombudsman.eu.int

**Acatamiento y cumplimiento de las resoluciones del
Ombudsman salvadoreño.
Análisis comparativo del acatamiento y cumplimien-
to de las resoluciones de los Ombudsman de El
Salvador, los Países Bajos y Europa**
Rafael Antonio Aquino López
Procuraduría para la Defensa de los Derechos
Humanos de El Salvador

Índice

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN147

1.1. Antecedentes147

1.2. Fundamentos constitucionales y legales de la
Procuraduría para la defensa de los Derechos
Humanos156

1.2.1. Fundamentos constitucionales156

1.2.2. Fundamentos legales 158

1.2.3. Nueva proyección de la tutela de los derechos
humanos163

CAPÍTULO II
CONTEXTO LEGAL DE LAS RELACIONES CON
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA168

2.1. Relación legal entre los ciudadanos y la administración pública	168
2.2. Relación legal entre la administración y las instituciones contraloras	171
2.2.1. Fiscalización administrativa	171
2.2.2. Función contralora de la Corte de Cuentas de la República	172
2.2.2.1. Las facultades constitucionales de la Corte Cuentas de la República en el ejercicio de su actividad contralora	172
2.2.3. Función contralora de la Asamblea Legislativa	174
2.2.3.1. Las funciones constitucionales de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su actividad controladora	174
2.2.4. Función contralora de la Corte Suprema de Justicia	176
2.2.4.1. Las facultades constitucionales de la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de su actividad contralora	176
2.2.5. Función contralora de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos	178
2.2.5.1. Las facultades constitucionales de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en el ejercicio de su actividad contralora	178
2.2.5.2. Principales funciones de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos	181

CAPÍTULO III

*ACATAMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS
RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN DE*

EL SALVADOR189

3.1. Algunos principios utilizados por el Ombudsman
salvadoreño en sus resoluciones189

3.2. Obligación de acatamiento y cumplimiento de las
recomendaciones hechas por el Ombudsman en
sus resoluciones por parte de los funcionarios
públicos197

3.3. Conclusiones200

CAPÍTULO IV

*ACATAMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS
RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN*

HOLANDÉS201

4.1. Exigibilidad del cumplimiento de las
recomendaciones del Ombudsman contenidas
en sus resoluciones204

4.2. Algunos problemas con las autoridades
públicas206

CAPÍTULO V

*ACATAMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS
RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN*

EUROPEO208

5.1. Casos encontrados con mayor frecuencia en las
quejas interpuestas212

5.1.1. Acceso a la documentación pública212

5.1.2. Demora en el pago213

5.1.3. El derecho de los ciudadanos en la
etapa administrativa de violación al
procedimiento213

<i>CAPÍTULO VI</i>	
<i>COMPARACIÓN DEL ACATAMIENTO DE</i>	
<i>LAS RESOLUCIONES DE LOS OMBUDSMAN</i>	
<i>DE LOS PAÍSES BAJOS, EUROPEO</i>	
<i>Y SALVADOREÑO</i>	214
<i>CAPÍTULO VII</i>	
<i>PROPUESTAS PARA MEJORAR EL ACATAMIENTO</i>	
<i>Y CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DEL</i>	
<i>OMBUDSMAN SALVADOREÑO</i>	217
7.1. A nivel externo	219
7.2. A nivel interno	219
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	221

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes

La violación de los derechos humanos en El Salvador ha sido prácticamente sistemática por muchos años. En 1932, durante la dictadura militar del general Maximiliano Hernández Martínez, se llevó a cabo una de las más grandes masacres de El Salvador, siendo él el responsable de la muerte de más de 30,000 salvadoreños; desde esa fecha ha habido una persecución a todos aquellos que han diferido en la forma de pensar de los gobernantes de turno, quienes siempre han representado los intereses de los que ostentan el poder económico.

Durante la década de los setenta, la situación de los derechos humanos empeoró significativamente al extremo de que los gobernantes eran impuestos por medio de la fuerza. A diario habían muertos, desaparecidos, torturados, perseguidos, etc. La ausencia de libertades democráticas y la injusta distribución de la riqueza eran evidentes; todos estos elementos y algunos otros fueron las causas que propiciaron el inicio del conflicto armado.

Los setenta han quedado marcados en la historia salvadoreña como los años de mayor represión por lo que mucha gente decidió optar por otra vía de solución a los problemas, iniciándose el conflicto armado. A medida que el este se profundizaba, la violación de los derechos humanos empeoraba, especialmente entre 1980 y 1983. Debido a esa situación, familiares de las víctimas de la represión y otras personas conscientes de la necesidad de defender los derechos más elementales como el derecho a la vida y a la libertad, iniciaron una ardua labor para exigir el respeto de los derechos humanos de los salvadoreños.

Algunas otras instituciones se crearon con la misma finalidad. La presión internacional exigía el fin de las fla-

grantes violaciones de los derechos humanos por lo que, ante tal situación, el gobierno de turno creó –de forma demagógica- la Comisión de Derechos Humanos bajo el Decreto Ejecutivo D.E. N° 30, del 1 de diciembre de 1982, publicado en el D.O. N° 221, Tomo 227, del 1 de diciembre de 1982.

Paradójicamente, este decreto se emitió, se publicó en el Diario Oficial y entró en vigencia el mismo día, tal como lo establecía el artículo 37 del Reglamento de la Comisión de Derechos Humanos¹ con el único propósito de dar “muestras de interés” por la protección de los derechos humanos. Sin embargo, la Comisión no dejó de ser más que eso, siguiendo los designios de la administración del momento. No tuvo credibilidad entre la población y su labor no tuvo impacto en materia de derechos humanos, de cuya defensa daban poca muestra con el agravante de que los escuadrones de la muerte, los cuerpos represivos, los paramilitares y las fuerzas armadas seguían reprimiendo en igual intensidad, subsistiendo el clima de terror.

Durante la ronda de negociaciones entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), el tema de los derechos humanos estuvo presente en la mesa negociadora en diferentes momentos y niveles de importancia. Como primer ejemplo, se discutió y aprobó la creación de la denominada Comisión de la Verdad², la cual tendría como función principal

“(...) 2. La Comisión tendrá la tarea de investigar los graves actos de violencia que hayan ocurrido desde 1980 y en quie-

1 Artículo 37.-El presente Decreto entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el Diario Oficial.

Dado en Casa Presidencial: San Salvador, a primero de diciembre de mil novecientos ochenta y dos.

2 Comisión de la Verdad. Adoptada en la discusión del tema sobre las Fuerzas Armadas en la agenda de negociación acordada en Caracas el 21 de mayo de 1990.

nes impactó en la sociedad que urgentemente demanda que el pueblo debería de conocer la verdad sobre ellos. La Comisión tomará en cuenta:

La importancia excepcional que se le debería atribuir a los hechos a ser investigados, sus características e impacto, y la preocupación social a que han sido elevados; y

La necesidad de crear la confianza en los cambios positivos que el proceso de paz promueve y ayudar a la transición hacia la conciliación nacional.”

En ese mismo acuerdo se estableció el mandato de la Comisión de la Verdad que consistía en

“ 3. El mandato de la Comisión incluirá, recomendar las medidas legales, políticas o administrativas que se pueden inferir de los resultados de la investigación. Tales recomendaciones pueden incluir las medidas para prevenir la repetición de tales hechos, y las iniciativas para promover conciliación nacional”.

Con respecto a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) concretamente, el acuerdo de su creación se logró dentro de la ronda de negociaciones realizada en la ciudad de México el 27 de abril de 1997, en el denominado “Acuerdo de México” que estableció “Elección del ... Consejo Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos por los votos de los dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa”. Este compromiso fue incorporado en el texto final de los Acuerdos de Paz para El Salvador, conocido también como “Acuerdos de Chapultepec”, por el nombre del lugar donde se llevó a cabo la ceremonia de su firma.

La Procuraduría para Defensa de los Derechos Humanos fue concebida en la reforma constitucional de 1991/1992 como una entidad con amplio mandato para lograr la tutela y protección de los derechos humanos de todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado de El Salvador, sometiéndose a la Asamblea Legislativa saliente en ese momento, y que tomó el siguiente acuerdo:

“Disposiciones Transitorias contenidas en los Decretos N° 64 de 1991, 152 de 1992, que contienen reformas constitucionales introducidas a la Constitución de El Salvador de 1983.

Artículo 41. - El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos creado por el siguiente Acuerdo, será elegido dentro de los noventa días siguientes a la ratificación de la norma constitucional, por la Asamblea Legislativa que se instalará el 1° de mayo de 1991”³.

Lograr la creación de la institución del Procurador era posible sólo cuando se realizara la reforma a la Constitución de la República, dado que esa figura no existía en el plano constitucional.

En referencia a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, el texto original de los Acuerdos de Paz estableció:

“2. La oficina del Consejo Nacional para la Defensa de Derechos Humanos

a. El Consejo Nacional para la Defensa de Derechos Humanos se designará dentro de 90 días que siguen la entrada en la fuerza de la reforma constitucional que resulta de los Acuerdos de México.

b. A COPAZ⁴ se confiará la preparación de la oficina preliminar de Consejo Nacional para la Defensa de Derechos Humanos.

³ Para realizar reformas a la Constitución de la República el mecanismo establecido en el artículo 248 expresa que la reforma a la Constitución la podrá acordar la Asamblea Legislativa con el voto de la mitad más uno de los diputados electos. Para que tal reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los diputados electos. Así ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandará a publicar en el Diario Oficial. La reforma únicamente puede ser propuesta por los diputados en un número no menor de diez.

⁴ COPAZ: Comisión para la Paz. Comisión formada para crear las condiciones e instrumentos para la transición.

c. La cuenta preliminar establecerá medios apropiados para poner en el efecto el compromiso firme asumido por los Partidos en el curso de las negociaciones para identificar y erradicar cualquiera agrupa que entra en una práctica sistemática de infracciones de derechos humanos, en particular, los arrestos arbitrarios, las ejecuciones de secuestros y resumen, así como otras tentativas en la libertad, la integridad y la seguridad de personas. Esto incluye el compromiso para identificar y, donde sea propio, abolir y dismantelar alguna cárcel o lugar clandestino de la detención. En todo caso, los partidos concuerdan en dar la prioridad primaria a la investigación de tales casos, bajo comprobación de ONUSAL⁵.

La Procuraduría nació en un delicado momento de transición de la sociedad salvadoreña, marcado por la pretensión de terminar con el conflicto armado y -al mismo tiempo- crear las condiciones para posibilitar la convivencia de todos los sectores de la vida nacional. Este momento histórico salvadoreño hizo que esta institución tuviese una configuración muy particular, de manera que sus potestades constitucionales y legales fueron pensadas más en función de las graves violaciones a los derechos y libertades del pasado inmediato que con relación al más amplio campo de los derechos humanos en sus dimensiones económicas, sociales y culturales, por ejemplo.

Para la sociedad salvadoreña la figura del Ombudsman es novedosa en comparación con otros países, sobre todo los europeos que cuentan con ella desde hace mucho tiempo. Vale la pena mencionar que durante el conflicto armado salvadoreño existían instituciones que tenían como finalidad la protección de los derechos humanos, tales como la Comisión de Derechos Humanos No Gubernamental y el Socorro Jurídico del Arzobispado de San Salvador, entre otras, que de alguna manera defendían los derechos humanos en el país; asimismo, con el alargamiento del

⁵ ONUSAL: Misión de las Naciones Unidas para la Paz en El Salvador.

conflicto, otras instituciones nacieron bajo esa misma bandera, permitiendo a la población realizar -en cierto modo- una práctica empírica y forzada de la denuncia esperando un mínimo de respuesta, dadas las condiciones del conflicto.

No es hasta 1992 en que se alcanza la conformación de la PDDH -en contra de la voluntad y los intereses de quienes ostentan el poder económico y político- teniendo para ello que reformarse la Constitución Política y dándole un carácter constitucional.

Bajo esa perspectiva, desde su fundación la institución ha venido tratando casos de supuestas violaciones a los derechos humanos, utilizando un procedimiento complejo que choca con principios elementales del derecho tales como la celeridad y la pronta y debida justicia, entre otros. Su procedimiento ha sido considerado por la actual gestión como muy judicializado ya que asume algunas características del procedimiento del sistema judicial que resulta muy complicado, a saber, aceptar las denuncias, abrir expedientes, iniciar una investigación -a veces muy exhaustiva- hasta llegar a una resolución. Por otra parte, el proceso de seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones emitidas en las resoluciones es aún muy débil y, además, se han aplicado políticas no siempre acordes a las necesidades reales de la población en materia de derechos humanos.

Esta situación ha llevado a que la actual administración encontrara miles de expedientes no resueltos, rezagados y en diferentes condiciones dentro del procedimiento que son producto de la gestión de las anteriores administraciones; esto significa una deuda moral para con los usuarios quienes esperan de la PDDH una solución a menudo inmediata a su problema, poniendo en un predicamento la labor institucional y dando la impresión de ser una institución más del Estado y no el ente contralor de la administración pública en materia de derechos humanos.

Una de las causales que afecta su actuación se relaciona con el bajo presupuesto con el que cuenta la PDDH. Este constituye la asignación más baja del Ministerio Público -muestra fehaciente de la poca importancia que le han dado los políticos a la institución- restándole posibilidades de realizar una labor más eficaz y eficiente, dar seguimiento a sus resoluciones y limitando su diario quehacer. Estas dificultades han llevado a no poder dar una respuesta inmediata o de corto plazo a las aspiraciones de la población ni dar cobertura a situaciones inmediatas por falta de recursos. Tales circunstancias no deberían de existir en un país que se supone se rige por la existencia del estado de derecho como es el caso de El Salvador.

La eficiencia institucional ha estado basada en la cantidad de resoluciones que se emiten, lo que no deja de ser una forma de pensar –aún latente para algunos- cuyo fin es presentar estadísticas para señalar cuál institución es la mayor violadora de derechos humanos, o cual ha sido el derecho humano más violado. Se han soslayado elementos claves en la labor de la institución, como el seguimiento de las recomendaciones contenidas en las resoluciones, restándoles la importancia que merecen y que constituyen un indicador para saber si ha habido una verdadera tutela de los derechos humanos o en qué medida los funcionarios públicos han acatado las recomendaciones y, por consiguiente, si se ha reestablecido o subsanado el derecho humano afectado.

Externamente la Procuraduría ha debido enfrentar y enfrenta aún la intolerancia de instancias de poder sometidas a su supervisión, así como expresiones que buscan desestabilizarla o desacreditarla a fin de mermar los efectos contundentes de su fuerza moral. Frente a estas expresiones ilegítimas, anteponemos el poder de la verdad y acompañamos las aspiraciones de justicia y reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos; tales valores y aspiraciones tienen mayor fuerza que cuales-

quiera intereses mezquinos o difamatorios que buscan debilitar a la institución precisamente porque las víctimas que a nosotros acuden han sido victimizadas por ese poder y esos intereses que tratan de escapar al control democrático del Ombudsman.

La eficiencia institucional debe obtenerse de indicadores que revelen la incidencia nacional de la PDDH sobre las causas que originan las violaciones sistemáticas a los derechos humanos o afectan gravemente el estado de derecho en El Salvador, así como de indicadores que evidencien un ejercicio integral de las facultades del Ombudsman según su mandato constitucional y legal.

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos es, en El Salvador, la gran contralora del funcionamiento democrático de las instituciones estatales. Esto no significa que es un enorme tribunal administrativo encargado de dictar “sentencia morales” sobre miles de casos; esta última percepción sólo contribuye a generar una idea equívoca de su alta misión constitucional.

Empero, el reto fundamental es cambiar el concepto de fondo en la tramitación de casos, buscando la incidencia nacional sobre las causas de las violaciones a los derechos humanos o proponiendo cambios en las disfunciones más graves de la actuación estatal. Ello supone una nueva visión de la tutela de derechos en la PDDH; esta visión, una vez hecha propia y aplicada a la realidad, debe generar cambios organizacionales y reformas reglamentarias internas.

La recepción y atención de las denuncias individuales debe continuar pues representan el vínculo directo de la Procuraduría con el pueblo y sus dramáticos problemas de derechos humanos.

Con la nueva gestión de la Procuraduría las funciones primordiales de la institución son el monitoreo, la tutela y la difusión de los derechos humanos en El Salvador, cumpliendo así con la finalidad legal para la que fue creada.

La tarea de monitoreo es fundamental para el trabajo de la PDDH. La institución está desarrollando una serie de estudios sobre la situación de los derechos humanos en el país y acerca de cuáles son los principales obstáculos para su adecuado desarrollo.

Con la actual administración la tarea de difusión tiene como finalidad que todos los sectores activos de El Salvador conozcan sus derechos y deberes. Con ello se contribuye a que la democracia y la cultura de paz sean el rumbo a seguir en el desarrollo del país.

Para cumplir estas funciones la Procuraduría cuenta con una serie de departamentos que se encargan de ejecutarla.

Como parte importante de este nuevo mecanismo de tutela está la elaboración y publicación de informes especiales -artículo 11, ordinal 12 de la Ley de la PDDH⁶- fundamentados en diversas denuncias que se presentan en torno a una misma problemática por parte de una o varias instituciones públicas, o bien, por una situación que afecta a amplios sectores de la sociedad salvadoreña.

Debido a la problemática antes mencionada, se plantea un nuevo mecanismo de tutela de derechos humanos que resulta novedoso en su concepto en el sentido de volver más expedita su tutela, tratando de superar la situación encontrada desde el momento en que se crea tal mecanismo.

Dentro de la nueva modalidad, se está facultando a los receptores de las denuncias a incluso resolver en el mismo

⁶ Art. 11. - Son atribuciones del Procurador: 12º) Elaborar y publicar informes. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador.

momento en que estas se presentan bajo el principio del deber de garantía del Estado y el de la veracidad de lo expuesto en la queja. El principio de veracidad del denunciante significa que debe de tomarse en consideración los elementos vertidos por los usuarios que resulten argumentos convincentes para determinar que se ha constituido una violación de derechos humanos superando el simple supuesto de violación. Esta situación no deja de ser un poco arriesgada para la credibilidad institucional y crea cierta incomodidad pues puede presentarse el supuesto de que la valoración no sea lo suficientemente cuidadosa y objetiva en el momento en que se toma la decisión de declararla de responsabilidad, elaborándose la resolución en la que se recomienda al funcionario señalado o su superior jerárquico tomar las medidas pertinentes para subsanar los hechos de la denuncia en ese mismo momento.

1.2. Fundamentos constitucionales y legales de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos

1.2.1. Fundamentos constitucionales

La Constitución de la República de El Salvador, luego de la reforma de 1992, le adjudica a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos poderes que de alguna manera superan a otras instituciones homólogas; sin embargo, la experiencia misma ha demostrado que hay que realizar ciertos ajustes en la normativa para mejorar la labor de la institución.

Sus facultades constitucionales las establece el artículo 194 de la Constitución de la República, romano I:

“Art. 194.- El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y el Procurador General de la República, tendrán las siguientes funciones:

I. Corresponde al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos:

- 1°.- Velar por el respeto y la garantía a los Derechos Humanos;
- 2°.- Investigar de oficio o por denuncia que hubiere recibido, casos de violaciones a los Derechos Humanos;
- 3°.- Asistir a las presuntas víctimas de violaciones a los Derechos Humanos;
- 4°.- Promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los Derechos Humanos;
- 5°.- Vigilar la situación de las personas privadas de su libertad. Será notificado de todo arresto y cuidará que sean respetados los límites legales de la detención administrativa;
- 6°.- Practicar inspecciones, donde lo estime necesario, en orden a asegurar el respeto a los Derechos Humanos;
- 7°.- Supervisar la actuación de la Administración Pública frente a las personas;
- 8°.- Promover reformas ante los Órganos del Estado para el progreso de los Derechos Humanos;
- 9°.- Emitir opiniones sobre proyectos de leyes que afecten el ejercicio de los Derechos Humanos;
- 10°.- Promover y proponer las medidas que estime necesarias en orden a prevenir violaciones a los Derechos Humanos;
- 11°.- Formular conclusiones y recomendaciones pública o privadamente;
- 12°.- Elaborar y publicar informes;
- 13°.- Desarrollar un programa permanente de actividades de promoción sobre el conocimiento y respeto de los Derechos Humanos;
- 14°.- Las demás que le atribuyen la Constitución o la Ley.

El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos podrá tener delegados departamentales y locales de carácter permanente.”

1.2.2. Fundamentos legales

El artículo 2 de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos establece el carácter, la finalidad y su vínculo dentro del marco de relaciones estatales, así como la conceptualización de lo que constituye su labor principal, la protección de derechos humanos:

“Art. 2. - La Procuraduría es una institución integrante del Ministerio Público, de carácter permanente e independiente, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, cuyo objeto será el de velar por la protección, promoción y educación de los Derechos Humanos y por la vigencia irrestricta de los mismos.

Para los efectos de la presente ley se entenderá por derechos humanos los civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y los de la tercera generación contemplados en la Constitución, Leyes y Tratados vigentes; así como los contenidos en declaraciones y principios aprobados por la Organización de las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos.”

La Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, retoma prácticamente al pie de la letra las disposiciones constitucionales, las copia literalmente y las plasma en su artículo 11:

“Art. 11. - Son atribuciones del Procurador:

- 1º) Velar por el respeto y la garantía a los Derechos Humanos;
- 2º) Investigar, de oficio o por denuncia que hubiere recibido, casos de violaciones a los Derechos Humanos;
- 3º) Asistir a las presuntas víctimas de violaciones a los Derechos Humanos;
- 4º) Promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los Derechos Humanos;

- 5º) Vigilar la situación de las personas privadas de su libertad. Será notificado de todo arresto y cuidará que sean respetados los límites legales de la detención administrativa;
- 6º) Practicar inspecciones, donde lo estime necesario, en orden a asegurar el respeto a los Derechos Humanos;
- 7º) Supervisar la actuación de la administración pública frente a las personas;
- 8º) Promover reformas ante los Órganos del estado para el progreso de los Derechos Humanos;
- 9º) Emitir opiniones sobre proyectos de leyes que afecten el ejercicio de los Derechos Humanos;
- 10º) Promover y proponer las medidas que estime necesarias en orden a prevenir violaciones a los Derechos Humanos;
- 11º) Formular conclusiones y recomendaciones públicas o privadamente;
- 12º) Elaborar y publicar informes;
- 13º) Desarrollar un programa permanente de actividades de promoción sobre el conocimiento y respeto de los Derechos Humanos.”

La Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos le otorga otras funciones a la institución además de la ya mencionadas anteriormente:

“Art. 12. - Además de las atribuciones contempladas en el artículo anterior, el Procurador tendrá las siguientes:

- 1º) Velar por el estricto cumplimiento de los procedimientos y plazos legales en los distintos recursos que hubiere promovido o en las acciones judiciales en que se interesare;
- 2º) Velar por el respeto a las garantías del debido proceso y evitar la incomunicación de los detenidos;
- 3º) Llevar un registro centralizado de personas privadas de su libertad y de centros autorizados de detención;

- 4º) Presentar propuestas de anteproyectos de leyes para el avance de los derechos humanos en el país;
- 5º) Promover la firma, ratificación o adhesión a tratados internacionales sobre derechos humanos;
- 6º) Emitir resoluciones de censura pública contra los responsables materiales o intelectuales de violaciones a los derechos humanos;
- 7º) Procurar la conciliación entre las personas cuyos derechos han sido vulnerados y las autoridades o funcionarios señalados como presuntos responsables, cuando la naturaleza del caso lo permita;
- 8º) Crear, fomentar y desarrollar nexos de comunicación y cooperación con organismos de promoción y defensa de los derechos humanos, gubernamentales, tanto nacionales como internacionales y con los diversos sectores de la vida nacional;
- 9º) Emitir el reglamento para la aplicación de la presente ley y los reglamentos internos que fueren necesarios;
- 10º) Nombrar, remover, conceder licencias y aceptar renunciaciones a los funcionarios y empleados de la institución;
- 11º) Elaborar el proyecto de presupuesto anual y remitirlo a la instancia correspondiente; y
- 12º) Las demás que le atribuyan la Constitución o la Ley.”

Como puede observarse de la lectura de estos artículos, la PDDH tiene amplias potestades y una extensa gama de responsabilidades frente a los derechos humanos y las libertades fundamentales⁷ de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado salvadoreño, e incluso

⁷ Como se ha sostenido en otras ocasiones, las facultades de la PDDH se encuentran entre las más amplias en comparación con las atribuciones de otros Ombudsman alrededor del mundo.

de los salvadoreños y salvadoreñas que se encuentran fuera de las fronteras nacionales⁸.

En términos generales, estas disposiciones constitucionales y legales se refieren a las acciones que la Procuraduría puede y debe llevar a cabo para promover y proteger los derechos humanos y no a los *criterios axiológicos o justificaciones últimas* a los cuales la institución debe recurrir para identificar sus prioridades y adoptar las decisiones que la realidad concreta le está exigiendo como presupuesto de la utilización de sus potestades. En otras palabras, las normas reseñadas no hacen referencia al fundamento de las acciones que puede realizar la Procuraduría, lo cual ha traído como consecuencia que cada titular defina el rumbo de la institución de acuerdo a sus propias percepciones y comprensiones de los derechos humanos. Este hecho –el camino institucional emprendido según las particulares concepciones filosóficas, jurídicas y políticas del titular– no es negativo en sí mismo y es inevitable hasta cierto punto; sin embargo, la experiencia reciente nos ha demostrado que, para no desnaturalizar la función de la Procuraduría ni poner en peligro su misma existencia por la utilización de criterios erróneos en este ámbito, la institución debe asumir una filosofía básica sobre los derechos humanos que se conserve independientemente de los cambios periódicos en los funcionarios que la dirigen.

Se dice que los derechos humanos y las libertades fundamentales son límites al poder del Estado y garantía de satisfacción de las necesidades humanas más básicas. Vistas las cosas desapasionadamente, debemos decir que en países como el nuestro el reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales al más alto nivel jurídico ha servido de poco para detener las balas y la picana eléctrica usadas contra el adversario ideológico real o imagi-

⁸ Cfr. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos: Informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos julio 2001 – junio 2002. San Salvador, junio de 2002, pp. 345 y siguientes.

nario y para garantizar a niños y niñas una vida a salvo de la miseria, la ignorancia y la muerte temprana.

La PDDH ha trabajado más por lo urgente antes que por lo importante y se ha detenido en raras ocasiones a reflexionar sobre su mandato y sobre sus potencialidades y responsabilidades en la protección y promoción de los derechos humanos, comprendidos en toda su amplitud y extensión. Sin olvidar los derechos civiles y políticos, es necesario volver nuestra mirada a los derechos económicos, sociales y culturales y a los derechos de solidaridad por haber sufrido cierto “abandono” en las prioridades institucionales; sin embargo, resulta mucho más indispensable trabajar por hacer realidad las aspiraciones que están en la base del reconocimiento formal de toda la gama de derechos fundamentales de la persona humana.

El tema que nos ocupa en este trabajo trata acerca del acatamiento y cumplimiento de las resoluciones y tiene su fundamento legal en los artículos 29⁹ y 30¹⁰ de la ley, siendo de suma importancia -luego se hablará de ello- valorar el sentido que tiene el desarrollo de esta área de trabajo dentro de la actividad diaria institucional.

9 Art. 29.- Dentro del término de ocho días, contados a partir de la fecha en que se haya presentado la denuncia, el Procurador dictará una resolución, sobre la base de la información o indicios recabados pronunciándose en cualquiera de las formas siguientes:

1º) Archivar el expediente si no existen elementos suficientes, al menos, para presumir violaciones de derechos humanos, sin perjuicio de informar del hecho a las autoridades correspondientes y solicitar su intervención si procede. Si posteriormente hubiese nuevos elementos sobre el caso, se podrá reabrir el expediente;

2º) Promover las acciones que estime conveniente, cuando existan razones suficientes para presumir la violación a los derechos humanos, y señalar un plazo no mayor de treinta días para concluir la investigación; y

3º) Comprobada la violación a los derechos humanos, procederá según se establece en el artículo siguiente.

10 Art. 30.- Al reunirse suficientes elementos y considerar establecida la violación a los derechos humanos; la Procuraduría preparará un informe, en el que se expondrán los hechos, sus conclusiones y además:

1.2.3. Nueva proyección de la tutela de los derechos humanos¹¹

Ya se había hecho denotar anteriormente acerca de la necesidad de la recepción y atención de las denuncias individuales pues representan el vínculo directo de la Procuraduría con el pueblo y sus dramáticos problemas de derechos humanos. Sin embargo, esta función debe adquirir un tratamiento técnico más acorde a la misión global de la Procuraduría y a la naturaleza de la figura del Ombudsman.

En atención a lo anterior, se han definido las siguientes directrices de cambio institucional:

- a) Definición de un *plan estratégico* sobre cuya propuesta el trabajo de la tutela de derechos se integre a un proceso de fines y estrategias de acción en una jerarquía de objetivos.
- b) Activación integral de las facultades de la Procuraduría a fin de dar mayor impacto a la incidencia sobre las causas y los grandes problemas de violación a los derechos humanos en el país y mejorar la capacidad con-

1º) Promoverá el cese inmediato de la violación y la restitución de los derechos violados, si fuese posible e interpondrá los recursos judiciales y administrativos pertinentes;

2º) Si lo considera conveniente, hará las recomendaciones pertinentes para cambiar las prácticas o reformar las políticas, leyes, reglamentos o disposiciones normativas que propicien la violación;

3º) Podrá solicitar la aplicación del debido procedimiento legal respectivo contra el responsable, inclusive su destitución o la imposición de cualquier otra sanción prevista en otras leyes y reglamentos;

4º) Recomendará la indemnización a la víctima y si ésta hubiese muerto a sus familiares; y

5º) Adoptará cualquier otra medida que considere necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones y la garantía de los derechos humanos en general.

¹¹ Ver "Nueva proyección de la tutela de derechos humanos", junio 2002.

tralora de la actuación democrática de las instituciones estatales¹².

- c) Procesamiento y presentación de los resultados de la tutela de derechos humanos en *informes generales*, los cuales incluyan los “casos – patrón” de violaciones así como un análisis de las causas que les originaron y las recomendaciones para garantizar a las víctimas el goce de sus derechos y su adecuada reparación; lo anterior, sin perjuicio de que siga ejerciéndose la investigación y resolución de casos individuales cuando su gravedad o relevancia lo ameriten.
- d) Tecnificación de las investigaciones y las resoluciones de la Procuraduría, promoviendo la aplicación de los parámetros técnicos que proponen el derecho y la jurisprudencia nacional e internacional de los derechos humanos¹³.

Esta nueva modalidad tiene como finalidad, darle a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos una mayor cobertura a su razón de ser, a su objetivo. Con esta se pretende dar respuestas más inmediatas a los casos que se presentan en la institución; allí hay una diferencia muy importante en relación con el procedimiento anterior y empieza, precisamente, con la recepción de las denuncias: el oficial tiene la potestad de resolver en el momento preciso en que se presenta una queja siempre y cuando -como ya se mencionó- existan los elementos suficientes para establecer la violación a los derechos humanos. Así,

12 Además de la investigación – resolución de casos individuales, la Procuraduría está llamada a ejercer otras funciones de igual importancia, tales como: presentación de informes situacionales, ejercicio de la opinión y la recomendación sobre las actuaciones del Estado que violan los derechos humanos, opinión sobre proyectos de leyes, censuras públicas, coordinación con instancias gubernamentales y no gubernamentales de protección a los derechos humanos, medidas cautelares, activación de la justicia constitucional y la protección internacional, entre otras.

13 Ver “Nueva Proyección de la Tutela de Derechos Humanos”, junio 2002.

el procedimiento se vuelve más rápido y eficiente ya que resuelve en el acto; puede en ese instante elaborar una resolución de responsabilidad, hacer las recomendaciones que considere pertinentes y remitirlas a la autoridad responsable y a la instancia encargada del seguimiento y/o verificación. El punto medular será la manera en que esas recomendaciones van ser acatadas y cumplidas por el funcionario señalado como violador de derechos humanos.

Ahora bien, de la misma manera como se establece en el marco constitucional y legal -tomado en cuenta en la propuesta de la nueva proyección de tutela de derechos humanos- los informes generales contienen, además del análisis correspondiente de los casos, las recomendaciones a tomar en cuenta por parte de la autoridad señalada a fin de garantizar la protección de los derechos de las víctimas.

Esta situación es de suma importancia ya que fue denotada por expertos consultores en materia de seguridad pública y política criminal, auspiciados por la Cooperación Sueca (ASDI), quienes en sus conclusiones exponían lo siguiente¹⁴:

“(...) Nuestra opinión, en el Proyecto de Fortalecimiento a PDDH, se dirige a señalar que, efectivamente, el sistema de protección vigente en los reglamentos privilegió la aplicación del procedimiento de investigación por sobre cualesquiera otras actividades de PDDH, como consecuencia de lo cual la resolución se volvió el instrumento de protección por excelencia y casi el único. Además, los parámetros utilizados para medir la eficiencia atendieron generalmente a criterios estrictamente cuantitativos (cantidad de denuncias recibidas, investigaciones concluidas, resoluciones suscritas). En razón de lo anterior, al dejarse por fuera parámetros cualitativos de rendimiento, la PDDH no desarrolló criterios

14 Fragmento de la carta dirigida al Excelentísimo Señor Embajador de Suecia en Guatemala, Stephan Wrigstad, noviembre de 1999.

institucionales uniformes para la investigación o resolución de casos, tampoco diseñó bases de información que posibilitaran la formulación de políticas institucionales claras para el trabajo de tutela de derechos”.

El tema del cumplimiento de las recomendaciones es aún incierto en el sentido de que se desconoce los alcances obtenidos hasta este momento dentro de la nueva proyección, ya que en la experiencia institucional esta cuestión tiene sesgos que hay que superar para garantizar realmente la protección de los derechos humanos.

El carácter no vinculante de las resoluciones de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos no deja de ser un problema al que se enfrenta la institución a cada momento en relación con el acatamiento y cumplimiento de las recomendaciones en ellas contenidas por parte de los funcionarios públicos señalados como responsables de violación de derechos humanos. La conducta que se observa es frecuentemente adversa al mandato constitucional o legal que ostentan; en primer lugar, se niegan a enviar el informe solicitado con base en el artículo 27¹⁵ de la ley de la PDDH y, en segundo lugar, no cumplen su obligación de responder a los señalamientos de acuerdo con lo establecido en el artículo 28¹⁶ de la misma norma jurídica.

Las resoluciones de la PDDH deben ser comunicadas inmediatamente al denunciante¹⁷ y al responsable o al funcionario, autoridad o dependencia administrativa correspondiente. El Ombudsman tiene la facultad de realizar censuras públicas¹⁸ en el caso de que sus recomendaciones, una vez realizadas y notificadas, no sean acatadas¹⁹ dentro del término brindado al efecto y no se presente ninguna razón justificando tal retraso y en casos excepciona-

15 Art. 27.- Admitida la denuncia, el procurador promoverá la investigación del caso y solicitará inmediatamente al funcionario, institución, autoridad o persona señalada como presunto responsable o a su superior jerárquico, rinda un informe sobre el hecho y las medidas adoptadas al respecto.

les o violaciones reiteradas a los derechos humanos, o bien, cuando el servidor público se oponga u obstaculice el cumplimiento de sus actos o recomendaciones. Igualmente, podrá enviar una copia de la resolución a los medios de comunicación para su debida publicación.

En el caso de la aplicación del artículo 194 I, numeral 7 de la Constitución de la República, es importante hacer una reflexión para evitar interpretaciones que no sean cómodas al analizar la labor de la PDDH. Al respecto el documento titulado “Fundamentos de la Labor de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos” aclara:

“La PDDH no se encuentra llamada a realizar una supervisión de la legalidad de la administración pública *per se*. Para ese propósito se encuentra diseñada la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual, incluso, puede ser instada

16 Art. 28.- El informe a que se hace referencia en el artículo anterior, deberá ser presentado por el obligado de inmediato o dentro del plazo que determine el procurador, el cual no excederá de setenta y dos horas.

Si el informe no se rindiere en el plazo establecido, se presumirán ciertas las afirmaciones del denunciante, salvo prueba en contrario, para los efectos de proseguir la investigación, sin perjuicio de la responsabilidad legal en que incurra el infractor.

El Procurador podrá solicitar la ampliación de los informes para lo cual fijará el plazo que estime conveniente.

17 Art. 31.- La resolución será comunicada inmediatamente al denunciante, al responsable o al funcionario, autoridad o dependencia administrativa correspondiente; así como a los demás interesados en el caso.

18 Art. 33.- El Procurador podrá publicar la resolución, si lo estimare conveniente o emitir resoluciones de censura pública en casos graves, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, por falta de colaboración u obstaculización en sus actuaciones o por incumplimiento de sus recomendaciones y en las demás situaciones que determine.

19 Art. 32.- Cuando en la resolución se hicieren recomendaciones a ser cumplidas por la persona, autoridad o entidad responsable; si en el plazo razonable señalado por el Procurador no se tomaren las medidas o no se informare de las razones para no adoptarlás, emitirá censura pública, sin perjuicio de hacer del conocimiento de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del caso y las recomendaciones sugeridas.

por la PDDH en ejercicio de su atribución constitucional de *promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los derechos humanos*.

En ese sentido la labor de supervisión de la actuación de la administración pública frente a las personas posee un sentido de conservar la función originaria del *Ombudsman*, en atención al seguimiento de la calidad de los bienes y servicios que la administración pública ofrece a las personas, la razonabilidad de costos, y aspectos semejantes.

El ejercicio de esta atribución constitucional no inhibe a la PDDH del cumplimiento de sus restantes funciones constitucionales, en especial cuando de tal supervisión se desprenden circunstancias que puedan significar una afectación a los derechos humanos. Por ejemplo, si de la supervisión de la administración pública en cuanto a la calidad del agua se observa que ésta no satisface un estándar aceptable para el consumo humano, la PDDH puede iniciar oficiosamente una investigación por posible violación al derecho humano a la salud y a la alimentación.”

CAPÍTULO II

CONTEXTO LEGAL DE LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. Relación legal entre los ciudadanos y la administración

El ciudadano es parte importante en la relación existente en el ámbito jurídico; ha pasado de ser un ente que se subordina, como ha sucedido en diferentes estadios del desarrollo de la sociedad, de ser esclavo, siervo, etc., a un nuevo estatus, y es precisamente eso, ciudadano, administrado, poblador. Puede afirmarse que en su concepto se establece de manera diferente esa vinculación con el Estado por lo que, partiendo del principio del equilibrio, se instituyen en esa relación derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes.

“La relación vinculante entre el Estado y los individuos se materializa en una instrumentación jurídico-formal para que los derechos se ejerzan y los deberes se cumplan. Este principio de legalidad debe considerarse dentro de un marco de orientación filosófico-política.

Nuestra Constitución explicita el equilibrio de estas atribuciones ya que reconoce, por una parte, competencias al Estado, y por otra, derechos inalterables a los individuos.

La Constitución, además de reconocer los derechos, brinda las garantías para asegurar su ejercicio. Las garantías son pues, *las seguridades jurídico-institucionales* que la propia ley señala para posibilitar la vigencia de los derechos y de las libertades reconocidos u otorgados. Si las garantías no tienen efectiva realización, los derechos se desvanecen frente al crecimiento inusitado del poder”²⁰.

Es importante señalar el deber de garantía del Estado salvadoreño de cara a su relación con los ciudadanos. El deber de garantía es una obligación primordial establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que los Estados Partes deben de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de aquellos de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un

20 Dormi, Roberto. Derecho Administrativo.

orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En la Constitución de la República se reconoce el carácter superior de la persona frente al Estado y, por tanto, se acepta que sus derechos humanos son responsabilidad y límite principal de toda la actividad estatal. En efecto, el artículo 1° de la Constitución de la República de El Salvador dispone:

“Art. 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.”

Asimismo, reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

La relación jurídica entre Estado e individuo es la mejor manera de defender la libertad y la autoridad. Consecuentemente, la obligación del Estado es inmutable y no puede ser de otra manera; no hay que olvidar los orígenes del Estado mismo cuando los individuos le hicieron entrega de la soberanía, en tanto que él, a su vez, debe garantizar el bienestar de la población en general y de cada individuo en particular.

En El Salvador se encuentra dentro de la esfera administrativa el derecho de los ciudadanos de acceder a las instancias correspondientes para realizar sus peticiones dentro de un marco establecido. Esto se plasma en el artículo 18 de la Constitución de la República:

“Art. 18. - Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legal-

mente establecidas, a que se le resuelvan, y a que se le haga saber.”

El artículo 6 de la Constitución de la República establece en su inciso 5 el derecho que tienen todos los ciudadanos de obtener una respuesta a su petición hecha ante la instancia que corresponda:

“Artículo 6 de la Constitución de la República:

5. (...) Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona.”

2.2. Relación legal entre la administración pública y las instituciones contraloras

La fiscalización que se lleva a cabo sobre la gestión de la administración pública es realizada a través de diferentes órganos del Estado. Los entes reguladores que ejercen tal misión son la Corte de Cuentas, la Asamblea Legislativa, la Corte Suprema de Justicia y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Ello sin omitir el control que pueden efectuar los propios ciudadanos a través de los mecanismos que la ley establece y permite en determinadas esferas de la vida nacional.

2.2.1. Fiscalización administrativa

Existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control de todas las instancias del quehacer público. Dicha vigilancia se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal.

Sin control no hay responsabilidad. No puede haber responsabilidad pública sin fiscalización eficaz de los actos públicos. A tal fin existe una diversidad de vías y remedios procesales para hacer efectivo dicho control. A ello hay que sumar también la estructura orgánica especializada a los fines fiscalizadores del quehacer público, teniendo en miras la protección del bien general.

La Constitución ha establecido un sistema de controles entre los órganos políticos del Estado como consecuencia de la división tripartita del poder que consagra. Desde el punto de vista de la actividad administrativa, tales controles se traducen en vías procesales para garantizar los derechos reconocidos como, por ejemplo, las acciones de amparo²¹ (artículo 247 constitucional), hábeas corpus²² (artículo 11 constitucional) e, institucionalmente, a través de la Corte de Cuentas de la República.

2.2.2. Función contralora de la Corte de Cuentas de la República

2.2.2.1. Las facultades constitucionales de la Corte Cuentas de la República en el ejercicio de su actividad contralora

La Corte Cuentas de la República es la encargada de ejercer de manera más directa la acción contralora de acuerdo con lo señalado en el artículo 195 de la Constitución de la República:

“Art. 195.- La fiscalización de la Hacienda Pública en general y de la ejecución del Presupuesto en particular, estará a cargo de un organismo independiente del Órgano Ejecutivo, que se denominará Corte de Cuentas de la República, y que tendrá las siguientes atribuciones:

1a.- Vigilar la recaudación, la custodia, el compromiso y la erogación de los fondos públicos; así como la liquidación

21 Art. 247.- Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

22 Art. 11.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

La persona tiene derecho al hábeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el hábeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.

de impuestos, tasas, derechos y demás contribuciones, cuando la ley lo determine;

2a.- Aprobar toda salida de fondos del Tesoro Público, de acuerdo con el presupuesto; intervenir en todo acto que de manera directa o indirecta afecte al Tesoro Público o al Patrimonio del Estado, y refrendar los actos y contratos relativos a la deuda pública;

3a.- Vigilar, inspeccionar y glosar las cuentas de los funcionarios y empleados que administren o manejen bienes públicos, y conocer de los juicios a que den lugar dichas cuentas;

4a.- Fiscalizar la gestión económica de las Instituciones y empresas estatales de carácter autónomo y de las entidades que se costeen con fondos del Erario o que reciban subvención o subsidio del mismo;

5a.- Examinar la cuenta que sobre la gestión de la Hacienda Pública rinda el Órgano Ejecutivo a la Asamblea, e informar a ésta del resultado de su examen;

6a.- Dictar los reglamentos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones;

7a.- Informar por escrito al Presidente de la República, a la Asamblea Legislativa y a los respectivos superiores jerárquicos de las irregularidades relevantes comprobadas a cualquier funcionario o empleado público en el manejo de bienes y fondos sujetos a fiscalización;

8a.- Velar porque se hagan efectivas las deudas a favor del Estado y Municipios;

9a.- Ejercer las demás funciones que las leyes le señalen.”

Las atribuciones segunda y cuarta las efectuará de una manera adecuada a la naturaleza y fines del organismo de que se trate, de acuerdo con lo que al respecto determine la ley; asimismo, podrá actuar previamente a solicitud del organismo fiscalizado, del superior jerárquico de este o de oficio cuando lo considere necesario.

En El Salvador se ha presentado el fenómeno de ejercer control sobre determinadas áreas de la administración pública, sobre todo en el ámbito de los servicios públicos por parte de los usuarios a través de ciertos mecanismos que la ley establece; puede citarse como ejemplos la existencia de una oficina a cargo del Ministerio de Economía, la Dirección de Protección al Consumidor, que fiscaliza de alguna manera cómo se prestan los servicios públicos; además, esta oficina tiene la facultad de involucrarse en el quehacer privado en cuanto a ejercer cierta vigilancia en la prestación de dichos servicios u otras áreas de la economía nacional; así también, el Comité para la Defensa del Consumidor es un organismo no gubernamental con gran reconocimiento y prestigio dentro de la población del país, el cual tiene como finalidad ejercer cierto control de las instancias estatales y privadas que prestan servicios o comercializan productos de consumo popular y otros. Este ha desarrollado un amplio trabajo que sirve como mecanismo de control efectivo y es muy respetado debido a sus campañas de denuncia y orientación hacia la población consumidora.

2.2.3. Función contralora de la Asamblea Legislativa

2.2.3.1. Las funciones constitucionales de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su actividad contralora

Pueden citarse algunas facultades que la Asamblea Legislativa ostenta como órgano político. Primeramente aquellas que le son inherentes, determinadas en el artículo 131 de la Constitución de la República:

“Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa:

18º.- Recibir el informe de labores que debe rendir el Ejecutivo por medio de sus Ministros, y aprobarlo o desaprobarlo;

34º.- Interpelar a los Ministros o Encargados del Despacho y a los Presidentes de Instituciones Oficiales Autónomas;

36°.- Recibir el informe de labores que debe rendir el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente de la Corte de Cuentas de la República y el Presidente del Banco Central de Reserva de El Salvador.”

En segundo lugar, la facultad deviene de una obligación de hacer, determinada por la Constitución, hacia una institución del Estado o del ejecutivo mismo; éste último lo hace a través de los ministros de gobierno que lo componen.

Para el caso se puede citar el artículo 199 de la Constitución de la República que señala la obligación al Presidente de la Corte de Cuentas de la República:

“Art. 199.- El Presidente de la Corte de Cuentas rendirá anualmente a la Asamblea Legislativa un informe detallado y documentado de las labores de la Corte. Esta obligación deberá cumplirse dentro de los tres meses siguientes a la terminación del año fiscal.”

La atribución de la Asamblea Legislativa de recibir el informe del Presidente se complementa, *contrario sensu*, con la obligación de aquel de informar al poder legislativo de su gestión. Como ya se mencionó, el Presidente de la República tiene la obligación de comparecer ante la Asamblea Legislativa a rendir un informe anual a través de los ministros y de informar acerca de determinados casos cuando esta se lo solicite. Asimismo, existe la obligación de informar al mismo órgano en los casos en que el Presidente haga uso de las Fuerzas Armadas -por supuesto que bajo su propio mandato- y tendrá que dar cuentas al final de la realización de esa actividad. Los preceptos constitucionales que garantizan estas acciones se encuentran establecidos en los artículos 168, ordinal 6, 7 y 12 de la Constitución:

“Art. 168.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

6°.- Presentar por conducto de los Ministros, a la Asamblea Legislativa, dentro de los dos meses siguientes a la terminación de cada año, el informe de labores de la Administración Pública en el año transcurrido. El Ministro de Hacienda presentará además, dentro de los tres meses siguientes a la terminación de cada período fiscal, la cuenta general del último presupuesto y el estado demostrativo de la situación del Tesoro Público y del Patrimonio Fiscal.

7°.- Dar a la Asamblea Legislativa los informes que ésta le pida, excepto cuando se trate de planes militares secretos. En cuanto a negociaciones políticas que fuere necesario mantener en reserva, el Presidente de la República deberá advertirlo, para que se conozca de ellas en sesión secreta.

12°.- Disponer de la Fuerza Armada para la Defensa de la Soberanía del Estado, de la Integridad de su Territorio. Excepcionalmente, si se han agotado los medios ordinarios para el mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada para ese fin. La actuación de la Fuerza Armada se limitará al tiempo y a la medida de lo estrictamente necesario para el restablecimiento del orden y cesará tan pronto se haya alcanzado ese cometido. El Presidente de la República mantendrá informada sobre tales actuaciones a la Asamblea Legislativa, la cual podrá, en cualquier momento, disponer el cese de tales medidas excepcionales. En todo caso, dentro de los quince días siguientes a la terminación de éstas, el Presidente de la República presentará a la Asamblea Legislativa, un informe circunstanciado sobre la actuación de la Fuerza Armada.”

2.2.4. Función contralora de la Corte Suprema de Justicia

2.2.4.1. Las funciones constitucionales de la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de su actividad contralora

La Corte Suprema de Justicia ostenta el monopolio de la administración de justicia, es decir, el de impartir justi-

cia: tiene la exclusividad -como lo señala el artículo 172²³ de la Constitución de la República- de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Su función contralora la realiza mediante diferentes disposiciones constitucionales que le facultan para determinar la constitucionalidad de las leyes emitidas por el órgano legislativo, tal como señalan expresamente los artículos 174²⁴ y 183²⁵; además, tiene la facultad de dirimir los conflictos relativos a la constitucionalidad cuando, dentro del proceso de formación de la ley, los órganos ejecutivo y legislativo entran en controversia.

“Art. 137.- Cuando el Presidente de la República vetare un proyecto de ley, lo devolverá a la Asamblea dentro de los ocho días siguientes al de su recibo, puntualizando las razones en que funda su veto; si dentro del término expresado no lo devolviere se tendrá por sancionado y lo publicará como ley.

En caso de veto, la Asamblea reconsiderará el proyecto, y si lo ratificare con los dos tercios de votos, por lo menos, de los Diputados electos, lo enviará de nuevo al Presidente de la República, y éste deberá sancionarlo y mandarlo a publicar.

23 Art. 172.- La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.

24 Art. 174.- La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7ª del Art. 182 de esta Constitución.

25 Art. 183.- La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.

Si lo devolviera con observaciones, la Asamblea las considerará y resolverá lo que crea conveniente por la mayoría establecida en el Art. 123, y lo enviará al Presidente de la República, quien deberá sancionarlo y mandarlo a publicar.

Art. 138.- Cuando la devolución de un proyecto de ley se deba a que el Presidente de la República lo considera inconstitucional y el Órgano Legislativo lo ratifica en la forma establecida en el artículo que antecede deberá el Presidente de la República dirigirse a la Corte Suprema de Justicia dentro del tercero día, para que ésta oyendo las razones de ambos, decida si es o no constitucional, a más tardar dentro de quince días. Si la Corte decidiera que el proyecto es constitucional, el Presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley.”

Los jueces en su actividad impartidora de justicia también realizan actividad de control a través de la revisión de la ley aplicable al caso que resuelven; para ello deben de cerciorarse si una disposición es constitucional o no, es decir, si ella -aún en su vigencia- no rompe con la Constitución. Esta es una facultad propia de todos los jueces de la República:

“Art. 185.- Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales.”

2.2.5. Función contralora de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos

2.2.5.1. Las funciones constitucionales de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en el ejercicio de su actividad contralora

Como resultado directo de los Acuerdos de Paz, la creación de la PDDH se realizó por medio de una reforma constitucional. El mensaje jurídico y político que esto envía no puede ser desentendido.

Las disposiciones constitucionales son claras en cuanto al establecimiento de la existencia de los tres poderes y sus actuaciones. La circunstancia del rango constitucional de la PDDH es, en tal sentido, un mensaje activo y permanente a los poderes del Estado de interactuar con la PDDH, como parte del modelo fundacional del país. Lo anterior no quiere decir que la hipotética creación de la PDDH mediante una ley significase restarle mérito a su labor e importancia en el desarrollo del país, pero el hecho de habersele erigido por vía de una norma constitucional hace que esta se convierta en una garantía institucional de defensa de la Constitución.

El diseño constitucional de la PDDH permite observar que la Asamblea Legislativa –mediante votación que exige mayoría calificada- le encarga esta institución a un funcionario quien durante tres años -o más en el caso de ser reelecto- deberá cumplir adecuadamente un conjunto de funciones con el objeto de monitorear la situación de los derechos humanos y promover su fortalecimiento, además de informar al órgano legislativo anualmente de sus gestiones y resultados.

Si bien la Constitución no lo advierte así, los informes que la Procuraduría debe rendir sólo tienen sentido si estos dan cuenta de las labores desarrolladas y de los obstáculos encontrados a fin de que sean corregidos y superados, bajo el entendido de que todos los órganos del Estado deben asumir el pleno goce y respeto de los derechos humanos como una tarea fundamental ya que constituyen un valor esencial dentro de la dinámica constitucional.

En ese sentido y, para decirlo en términos más explícitos, la PDDH debería operar como una especie de auditor. En la lógica de la transparencia y la efectividad, un auditor es un experto independiente que revisa que la utilización de los fondos de una institución se hayan gastado de conformidad con reglas válidas y admitidas y, eventual-

mente, puede realizar una revisión o examen del cumplimiento de ciertas metas de trabajo de carácter no económico (auditoría de gestión). Al final de un período determinado (el año contable) el auditor envía su informe a la Asamblea General de accionistas para indicarles si la gestión ejecutiva de la empresa ha sido transparente y efectiva, advirtiéndoles las dificultades y errores observados, incluyendo aquellos casos en que tales dificultades y errores se deban, precisamente, a mandatos equívocos de esa misma Asamblea.

Sin pretender una traslación mecánica, la función de la PDDH puede asimilarse a la descrita anteriormente en la medida en que le corresponde revisar que la utilización del poder confiado por el pueblo a las entidades estatales (“el poder público emana del pueblo”, artículo 86 constitucional) se haga dentro de -y sin contrariar- los límites axiológicamente motivados y formalizados en la expresión jurídica “derechos humanos”. Al finalizar un período determinado (un año) le rinde cuentas al mismo pueblo (artículo 131, numeral 36 constitucional) a través de sus representantes (“Los Diputados representan al pueblo entero ...”, artículo 125 constitucional), advirtiéndole las dificultades observadas, sin que esto impida que también señale aquellas dificultades debidas a la misma acción parlamentaria.

El nombramiento del titular de la PDDH por parte de la Asamblea Legislativa, así como la obligación de aquel de informarle anualmente sobre el resultado de su gestión, ponen de manifiesto que la PDDH es un organismo central dentro de la arquitectura constitucional del Estado y, que en definitiva, su finalidad es la de velar por el cumplimiento de los derechos humanos y advertir al pueblo -por medio de sus representantes- de los obstáculos coyunturales o estructurales que impiden una mejor situación de los derechos humanos. El propósito no puede ser otro, desde el punto de vista del funcionamiento del sistema político, que esperar que la Asamblea Legislativa utilice sus atribu-

ciones y estudie las posibilidades -dentro de la dinámica del pluralismo político- para colaborar en el respeto de los derechos humanos corrigiendo, mediante el ejercicio de sus potestades, tales situaciones, y eventualmente -cuando las circunstancias de gravedad lo exigen- mediante el ejercicio del control político, creando comisiones especiales de investigación (artículo 131, numeral 31 constitucional) e inclusive interpelando a los funcionarios públicos responsables de violaciones a derechos humanos (artículo 131, numeral 32 constitucional).

Ahora bien, se ha dicho en términos generales que el mandato de la PDDH alude a la supervisión en materia de derechos humanos y, concretamente, al monitoreo de la situación de los derechos humanos, su grado de respeto y/o irrespeto y las nuevas exigencias, perspectivas o retos en este ámbito. Sin embargo, la Constitución ha deseado proveer a la PDDH de una amplia metodología de trabajo para el logro de tal propósito; y se debe reconocer que en ese deseo -indiscutiblemente noble y valioso- se cometieron algunos errores de orden técnico que en ningún momento empañan o dificultan el desempeño institucional de la Procuraduría.

2.2.5.2. Principales funciones constitucionales de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos

2.2.5.2.1. Velar por el respeto y la garantía a los derechos humanos

La primera de las funciones constitucionales de la PDDH es, sin lugar a dudas, la más amplia de todas las que posee y la más importante. Incluso, puede sostenerse sin vacilaciones que bastaría con esta función únicamente para que las restantes funciones constitucionales (así como las legales) se encuentren subsumidas.

Para comprender tal afirmación es imperioso aclarar qué se entiende por “respeto” y por “garantía” en el con-

texto de los derechos humanos. Para este propósito es menester acudir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual -al referirse a los mismos vocablos, utilizados en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”)- ha manifestado:

“La primera obligación asumida por los Estados Partes, ... es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. (...)

Conforme al artículo 1.1 [CADH] es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en este artículo”²⁶.

Al interpretar el deber de garantía, el mismo tribunal ha indicado:

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados Partes deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Serie C No. 4, párrafos 165 y 169.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”

Tal como puede observarse, “respeto” y “garantía” implican una terminología precisa que supone, además, deberes concretos y específicos del Estado que no pueden ser soslayados. Por virtud del deber de respeto, el Estado en su totalidad, y no sólo el órgano ejecutivo, se obliga a no violentar los derechos humanos de las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, ya sea por acción u omisión; por medio del deber de garantía, el Estado se obliga, primeramente, a prevenir las violaciones, utilizando para ello todas las herramientas y medidas necesarias para tal propósito, dentro de lo que puede citarse, sólo a manera ilustrativa, la adopción de acciones orientadas a modificar patrones culturales de comportamiento del poder, crear y/o modificar leyes y marcos jurídicos; asimismo, se obliga a investigar los casos de violaciones a los derechos humanos que lleguen a su conocimiento y no dejar impunes a los perpetradores de estas últimas; y, finalmente, se obliga a reparar a sus víctimas.

Debe hacerse énfasis en dos aspectos que la ilustrada Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: el primero de ellos con relación al deber de respeto y, el segundo, respecto al deber de garantía. En cuanto al deber de respeto, debe observarse que la Corte Interamericana alude a que su cumplimiento recae sobre “toda forma de ejercicio del poder público”. Por su parte, con relación al deber de garantía, debe advertirse que el mismo tribunal se refiere -especialmente al tratar la obligación de prevención- a que su cumplimiento “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento”.

Se desprende, por lo tanto, que el cumplimiento o incumplimiento del deber de respeto y del deber de garantía, tiene que observarse en cualquier manifestación de la función pública del Estado. Ningún organismo o entidad dentro de la estructura del Estado se encuentra exento de la supervisión que la PDDH debe realizar como parte de su función constitucional de velar por el respeto y la garantía de los derechos humanos. En ese sentido hay que remarcar que tanto los órganos constitucionales fundamentales -legislativo, ejecutivo y judicial- como los restantes órganos constitucionales, y aquellos creados por fuentes de derecho infraconstitucionales, son objeto de la acción de supervisión de la PDDH sobre el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

Ahora bien, la PDDH, de conformidad con su mandato constitucional está determinada a velar por el cumplimiento y la observancia de los deberes de respeto y garantía en la forma y sentido que tales expresiones poseen en el derecho de los derechos humanos. En su acepción más simple velar implica *“permanecer despierto el tiempo destinado a dormir”*, y más específicamente, *“cuidar sólidamente algo”*²⁷. El mandato constitucional, por tanto, configura un sentido de vigilancia y de cautela hacia el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, vigilancia y cautela que se debe realizar aun cuando todos duermen y que debe caracterizarse por ser diligente. Esto significa, y sin necesidad de ninguna otra consideración, que la función principal de la PDDH es la de fiscalizar y controlar al Estado de El Salvador, en sus diferentes manifestaciones, bajo el parámetro del deber de respeto y de garantía.

Las posibilidades habilitadas con la función en referencia son suficientemente amplias como para no necesi-

²⁷ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua, vigésima segunda edición, 2001.

tar ninguna otra atribución. En rigor de verdad, las restantes atribuciones constitucionales se encuentran dentro de tales posibilidades. La función de fiscalización o monitoreo del cumplimiento de los deberes de respeto y garantía por parte del Estado de El Salvador habilita a la PDDH a desarrollar e implementar una amplia metodología de trabajo dirigida al logro de tales finalidades. Tal metodología debe ajustarse a la circunstancia que se fiscaliza o monitorea, y la utilización de la misma también se encuentra en directa relación con esa circunstancia.

2.2.5.2.2. Supervisar la actuación de la administración pública frente a las personas

La PDDH no se encuentra llamada a realizar una supervisión de la legalidad de la administración pública *per se*. Para ese propósito se encuentra diseñada la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual, incluso, puede ser instada por la PDDH en ejercicio de su atribución constitucional de *promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los derechos humanos*.

Así, la labor de supervisión de la actuación de la administración pública frente a las personas posee un sentido de conservar la función originaria del Ombudsman, en atención al seguimiento de la calidad de los bienes y servicios que la administración pública ofrece a las personas, la razonabilidad de costos y aspectos semejantes.

El ejercicio de esta atribución constitucional no inhibe a la PDDH del cumplimiento de sus restantes funciones constitucionales, en especial cuando de tal supervisión se desprenden circunstancias que puedan significar una afectación a los derechos humanos. Por ejemplo, si de la supervisión de la administración pública en cuanto a la calidad del agua se observa que esta no satisface un estándar aceptable para el consumo humano, la PDDH puede iniciar oficiosamente una investigación por posible violación del derecho humano a la salud y a la alimentación.

Nuevamente el contexto de la creación de la PDDH ayuda ampliamente para tal determinación. Ha quedado muy claro que el propósito fundacional de la institución ha sido la promoción y la protección de los derechos humanos y que, desde un sentido ontológico, estos derechos suponen limitaciones a la libertad de la acción política, y son limitaciones que operan en una doble vía: limitan lo que la acción política puede positivamente hacer (mediante actuaciones), y limitan lo que la acción política puede negativamente hacer (mediante omisiones).

Sin embargo, limitaciones al ejercicio de la acción política pueden existir desde diferentes ídoles, sin que se trate de derechos humanos. A tal propósito ayuda indicar que las formalidades que debe revestir toda acción política -cuya inobservancia provoca, en determinadas ocasiones, invalidaciones de los actos- operan como auténticos diques que constriñen las posibilidades de tal actuación, y no necesariamente traducen la protección de los derechos humanos.

Lo que interesa dilucidar, por tanto, es si los límites denominados derechos humanos son, en sí mismos, valores, o al menos los recogen y expresan. De lo contrario, la labor de la PDDH no tendría ninguna diferencia a la de cualquier mecanismo de control de la actividad pública, como la que puede ejercer una contraloría de gestión de fondos públicos o una contraloría de exclusiva legalidad²⁸.

Así, en el plano nacional, la primera referencia sustantiva sobre el asunto estará determinada por el Preámbulo de la Constitución, que establece como uno de los valores que orienta la labor constituyente (creación y enmienda constitucional) el respeto de la dignidad de las personas. La Sala de lo Constitucional, máximo intérprete judicial

²⁸ Ver documento "Fundamentos filosóficos de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos".

de la Constitución, ha destacado el imperativo de reconocer que la Constitución no es una mera ley fundamental o superior, sino que además se trata de un conjunto normativo que ha optado por una serie de principios de las tradiciones del constitucionalismo, lo que significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado salvadoreño, sino que si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido, siendo tal supuesto la *soberanía popular* y su contenido el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona²⁹.

En el mismo sentido, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son coincidentes al destacar que los derechos humanos (iguales e inalienables para todos los miembros de la familia humana) se desprenden y derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Como puede advertirse en este momento, la naturaleza axiológica de los derechos humanos que establecen no sólo los límites principales de la acción política (en abstracto) sino también el contenido de tales límites determinado por la dignidad de la persona humana, imprimen un sentido especial a la labor de la PDDH. La PDDH no es así una simple entidad fiscalizadora del cumplimiento de ciertas normas jurídicas -las que tratan de derechos humanos- sino más bien, tiene por misión el resguardo de los valores que se encuentran implícitos y subyacen en las formulaciones jurídicas que denominamos “derechos humanos”.

29 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Caso de la Inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, inconstitucionalidad 15-96 y otras, sentencia definitiva del 14 de febrero de 1997.

Siendo el objeto de protección de la labor de la PDDH de naturaleza axiológica (aunque revestida de formas jurídicas, que le permiten comprensión epistemológica y metodológica), se comprende que su labor es, al mismo tiempo, una labor con fundamentos deontológicos. La labor de la PDDH es así una labor dirigida a propiciar la realización empírica del *deber ser* contenido en las formulaciones jurídicas de los derechos humanos. Su labor está, por tanto, fundamentada deontológicamente.

Tomando en consideración las facultades constitucionales y legales de la PDDH, dentro de las cuales está la de emitir resoluciones tanto de carácter público como privado, incluyendo la censura pública³⁰ dependiendo de cuál sea el caso procesado, se pueden presentar dos posibilidades: primera, que el funcionario señalado o la autoridad responsable no cumpla con las recomendaciones hechas en la resolución, operando entonces la censura pública³¹, sin perjuicio de las medidas jurisdiccionales o administrativas; y segunda, en el supuesto caso en que la violación a los derechos humanos denunciada o iniciada de oficio, contenga una elevada gravedad o que haya sido el resultado de una actividad sistemática³².

30 Art. 12.- Además de las atribuciones contempladas en el artículo anterior, el Procurador tendrá las siguientes:

6º) Emitir resoluciones de censura pública contra los responsables materiales o intelectuales de violaciones a los derechos humanos.

31 Art. 32.- Cuando en la resolución se hicieren recomendaciones a ser cumplidas por la persona, autoridad o entidad responsable; si en el plazo razonable señalado por el Procurador no se tomaren las medidas o no se informare de las razones para no adoptarlas, emitirá censura pública, sin perjuicio de hacer del conocimiento de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del caso y las recomendaciones sugeridas.

32 Art. 33.- El Procurador podrá publicar la resolución, si lo estimare conveniente o emitir resoluciones de censura pública en casos graves, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, por falta de colaboración u obstaculización en sus actuaciones o por incumplimiento de sus recomendaciones y en las demás situaciones que determine.

Importante es destacar que esta ha sido una práctica poco utilizada por la PDDH; han sido pocas veces en las que la institución se ha pronunciado en tal sentido aun cuando el incumplimiento por parte de la administración haya sido realizado: aquí el patrón cultural que tiene que ver con el llamado “quemiportismo”, contrapuesto a la responsabilidad de sus actos, se pone de manifiesto presentándose, en muchos casos, situaciones en las que no se envía el informe oficial³³ solicitado, con mucho menos razón -por falta de responsabilidad o por darles poca importancia- se acatarán y cumplirán las recomendaciones hechas por el Ombudsman.

La PDDH ostenta la facultad de publicar en los medios de comunicación masiva las resoluciones -si lo estimare necesario- en casos de graves violaciones o sistemática violación de los derechos humanos. En esta acción opera la presión de la opinión pública que, en el caso de El Salvador, constituye una fuerte llamada de atención que debe tomar en consideración la autoridad responsable dado el nivel de influencia que tienen los medios de comunicación en sus diferentes manifestaciones en la población del país.

CAPÍTULO III

ACATAMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN SALVADOREÑO

3.1. Algunos principios utilizados por el Ombudsman salvadoreño en sus resoluciones

El documento “*Fundamentos de la Labor de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*”, el-

³³ Art. 46.- Toda persona que impidiere, coartare u obstaculizare en cualquier forma, no enviare los informes que el Procurador le solicite, negare su acceso a expedientes, lugares, documentos e investigaciones necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones, incurrirá en las responsabilidades penales o administrativas correspondientes.

borado por esta institución, señala claramente la utilización de algunos principios en las resoluciones que emite. Este documento establece el uso de los principios generales del derecho dentro de su función de tutela:

La PDDH está ampliamente facultada para recurrir a los principios generales del derecho pero, especialmente y por sobre todo, a las exigencias básicas de la justicia, la razón y la equidad a fin de garantizar la más amplia protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, antes o incluso en contra de normas positivas expresas de cualquier jerarquía. Siguiendo la propuesta de Dworkin, podemos echar mano de “estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas”³⁴, precisamente porque la PDDH se guía, antes que regirse incondicional y ciegamente por una norma jurídica positiva, por el fundamento esencial de los derechos humanos: la dignidad intrínseca de todos los seres humanos. Y es que los catálogos de derechos contenidos en las normas positivas “no agotan ni pueden agotar las infinitas formas que a lo largo del tiempo puede tomar la protección de la dignidad humana”³⁵.

A continuación se presenta brevemente la aplicación de algunos principios en diferentes resoluciones. Se verá también cómo se encuentran en la regulación holandesa, a manera de comparación:

Principio de igualdad: Este principio tiene su base legal en los artículos 2³⁶ y 11³⁷ de la Constitución de la República; este último con relación al debido proceso.

34 Dworkin, Ronald. Taking rights seriously. Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 72.

35 Medina, Cecilia. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Cecilia Medina, 1988, p. 25.

36 Art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

En la doctrina holandesa, este principio establece que “los casos iguales deben de ser tratados de igual manera”³⁸. El problema que tiene constituye en definir cuáles casos son iguales y en qué aspectos relevantes esos casos similares son diferentes.

Este principio dentro de la normativa nacional juega un importante rol en el derecho administrativo. En el caso holandés, la Constitución de los Países Bajos, en su sección primera, contiene la obligación general de tratar igualmente los casos iguales, sin embargo, hasta la fecha este principio no ha sido codificado en la GALA.

Principio de responsabilidad: La consideración principal de este principio es aplicable en aquellos casos en que el Estado ha afectado derechos por la realización de alguna actividad ilegal, por lo que está en la obligación de restituirlos además de pagar una compensación económica a la víctima.

Principio de motivación: Este principio está vinculado con el derecho de los ciudadanos de conocer acerca de las circunstancias de la resolución administrativa. La doctrina salvadoreña considera que la aplicación de este principio

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

37 Art. 11.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.

38 Langbroek, Philip M. General Principles of Proper Administration in Dutch Administrative Law. GALA.

está fundamentada en los artículos 11³⁹ y 182.5⁴⁰ de la Constitución de la República. Se establece que en el área judicial los jueces están obligados a aplicar una pronta y debida justicia, lo que también implica que las sentencias deben de ser lo suficientemente motivadas.

Principio de participación pública: Este principio está más vinculado con la actividad de los gobiernos locales, como las municipalidades, en el sentido de que, en la toma de decisiones para la ejecución de cualquier proyecto, debe de realizarse una consulta ciudadana y sobre esa base debe de tomarse la decisión. Tal principio se encuentra regulado por el Código Municipal en los artículos 4.10 y 31.6. Este tiene aplicación únicamente en la esfera municipal y no a nivel del gobierno central.

En la legislación holandesa está regulado en el artículo 3:24 de la GALA⁴¹, y se aplica sobre todo en los procesos de adjudicación de licencias para la ejecución de obras, proyectos u otros similares.

39 Ver pie de nota No. 17.

40 Art. 182 de la Constitución de la República. Funciones de la Corte Suprema de Justicia:

5° Vigilar que se administre pronta y debida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias;

41 Art. 3.24 de la GALA de Holanda.

1. Cualquier persona puede presentar sus reservas por escrito a la autoridad administrativa dentro de cuatro semanas de la fecha en la cual el borrador ha sido depositado para su inspección.
2. La fecha de recepción debe de constar por escrito en el documento.
3. La autoridad administrativa enviará una copia de cada reserva sometida al aplicante y a las otras autoridades administrativas que actúan como consejera lo mas pronto posible.
4. El personal particular de una persona que ha sometido sus reservas escritas no deberá ser separada si él lo requiere. La petición deberá hacerse por escrito a la autoridad administrativa, empezando los particulares referidos en las primeras oraciones.

Principio de legalidad: Muchas resoluciones emitidas por la PDDH están fundamentadas bajo este principio. La consideración principal es que el Estado tiene la obligación de cumplir con la ley y sus procedimientos, a menos que ellas violenten derechos humanos, por lo que el funcionario público tiene la obligación de apegarse a lo que la Constitución de la República establece de acuerdo a sus artículos 185⁴² y 235⁴³.

“El principio de legalidad, en materia sancionatoria, implica necesariamente que la determinación de las conductas sancionables, las sanciones imponibles, la gradualidad de las mismas, las excluyentes de responsabilidad, y cualquier otro elemento necesario para determinar con precisión la procedencia de una sanción en perjuicio de una persona, debe hacerse mediante una ley formal, emitida por la Asamblea Legislativa, y sancionada y promulgada por el Presidente de la República. La vía reglamentaria no satisface el estándar aceptado del principio de legalidad. La remisión a un reglamento de la gradualidad de una sanción no es compatible con el artículo 9 de la Convención Americana ni con el artículo 15 de la Constitución de la República”⁴⁴.

La doctrina holandesa define este principio así:

“El principio de legalidad implica que las actividades de la administración pueden sólo ser basadas en una ley. En estas leyes además las discreciones legales, el poder en su mayor parte también discrecional con relación a actividades de ór-

42 Art. 185 de la Constitución de la República. Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Organos, contraria a los preceptos constitucionales

43 Art. 235 de la Constitución de la República. Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes.

44 Resolución de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador.

denes u otros ha sido dado a las autoridades administrativas. Así que estas actividades sólo se pueden hacer según el escrito y las normas legales sobreentendidas, los principios de la administración apropiada que se puede ver como partes de los principios del gobierno bueno. El legislador impuso los principios escritos, pero la magistratura desarrolló los principios sobreentendidos”⁴⁵.

Principio de transparencia: Se refiere a la obligación de la administración pública de ser transparente en su gestión; esto da cabida a la razón de ser de la Corte de Cuentas de la República en el sentido de que es el órgano encargado de fiscalizarla pero únicamente en lo relacionado con los fondos públicos, más no en otras áreas; sin embargo, en las resoluciones de la PDDH se hace referencia a este principio en los casos de reducción de personal, reestructuración orgánica y actuación en la ejecución de sus funciones; además se habla de él en sus documentos pero sin definir claramente su contenido.

Adam Tomkins⁴⁶ habla de cinco valores que se encuentran contemplados dentro de este principio en su aplicación en la esfera europea: 1. Acceso a los documentos, al menos para información; 2. Conocimiento del que está tomando la decisión y de cómo las decisiones específicas fueron tomadas; 3. Comprensibilidad y accesibilidad a las estructuras, estructura y los procedimientos de la toma de decisiones; 4. lo concerniente a la consulta; 5. lo que en términos legales tiene una profunda raíz en la Unión Europea, llámese, la obligación de dar razones.

Principio de cuidado: Este principio establece la obligación de la administración pública de tener cuidado en la toma de decisiones para, precisamente, no afectar derechos de los ciudadanos; de esa manera se relaciona con los

⁴⁵ Addink, G. H. From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance. 19 de junio, 2002.

⁴⁶ Ver Transparency and the Emergence of European Administrative Law, p. 219.

principios de transparencia y el derecho al acceso público a la información.

Según Philip M. Langbroek⁴⁷, en el caso holandés este principio aún no ha sido definido; no obstante, es uno de los principios administrativos más utilizados. Langbroek lo define como la obligación de preparar cuidadosamente una orden, lo que significa investigar el caso a fin de encontrar la información que puede ser tomada en cuenta en la toma de decisiones; darle a las partes interesadas la oportunidad procesal para que aporten información acerca de lo que les preocupa y sobre sus intereses al órgano administrativo que va a tomar la decisión antes de que la tome; e identificar adecuadamente los hechos y los intereses que conciernen en la decisión. Este principio está regulado en la GALA en la sección 3:2 y en la sección 4:7 y 4:8.

Principio de Proporcionalidad: Este principio implica una limitación en materia de derechos humanos para que esta se desarrolle únicamente en la cuantía estrictamente necesaria para lograr el propósito perseguido con la restricción. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, para que la restricción sea válida, tal propósito debe ser la promoción del bienestar general. En la doctrina holandesa puede verse cuando, una vez hecha la solicitud, el órgano de gobierno sopesa los intereses contrapuestos y redacta el contenido de la orden estableciendo, a la luz de este principio, que el resultado de la aplicación de esa orden sea proporcional a la finalidad que busca. En la GALA este principio se encuentra regulado en la sección 3:4, subsección 2⁴⁸.

47 Langbroek, Philip M. General Principles of Proper Administration in Dutch Administrative Law.

48 Art. 3.4 of the General Administrative Law Act of the Netherlands.

2. The adverse consequences of an order for one or more interested parties may not be disproportionate to the purposes to be served by the order.

En la esfera jurídica europea, en general se plantea de igual manera que en Holanda, es decir, el contenido de este principio se refiere prácticamente a lo mismo y está regulado en el artículo 6 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa⁴⁹.

Principio de obligatoriedad: Es también el “principio de legalidad procesal o de indiscrecionalidad” y es obligación de la Fiscalía General de la República ejercer la acción penal siempre que concurren las condiciones requeridas por la ley cuando se le precise. No realizarla constituye una violación al artículo 193⁵⁰ de la Constitución de la República y a la ley.

49 Art. 6 of the European Code of Good Administrative Behaviour. Proportionality:

1. When taking decisions, the official shall ensure that the measures taken are proportional to the aim pursued. The official shall in particular avoid restricting the rights of the citizens or imposing charges on them, when those restrictions or charges are not in a reasonable relation with the purpose of the action pursued.

2. When taking decisions, the official shall respect the fair balance between the interests of private persons and the general public interest.

50 Art. 193.- Corresponde al Fiscal General de la República:

1º Defender los intereses del Estado y de la Sociedad;

2º Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

3º Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley.

4º Promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

5º Defender los intereses fiscales y representar al Estado en toda clase de juicios y en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, y los demás que determine la ley;

6º Promover el enjuiciamiento y castigo de los indiciados por delitos de atentados contra las autoridades, y de desacato;

7º Nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones;

8º Nombrar, remover, conceder licencias y aceptar denuncias a los Fiscales de la Corte Suprema de Justicia, de las Cámaras de Segunda Instancia, de los Tribunales Militares y de los tribunales que conocen en primera instancia, y a los Fiscales de Hacienda. Iguales atribuciones ejercerá respecto de los demás funcionarios y empleados de su dependencia;

3.2. Obligación de acatamiento y cumplimiento de las recomendaciones hechas por el Ombudsman en sus resoluciones por parte de los funcionarios públicos

En El Salvador las resoluciones de la Procuraduría no son legalmente exigibles debido a su carácter no vinculante; estas contienen únicamente una fuerza moral hacia el servidor público señalado como responsable de un acto inapropiado que constituya una violación de los derechos humanos. La ley no lo contempla ni existe disposición legal específica que regule algún tipo de sanciones en contra de las autoridades administrativas o funcionarios públicos en general.

La Constitución de la República establece obligaciones o responsabilidades que deben cumplir los funcionarios públicos en su artículo 235⁵¹.

Se entiende que todos los funcionarios públicos deben responder a las solicitudes hechas por el Ombudsman. La ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos establece en su artículo 27⁵² que se les solicitará por escrito a los funcionarios públicos un informe acerca de los hechos denunciados o iniciados oficiosamente. Como se mencionó anteriormente, existe aversión por parte de aquellos a cumplir con dicha obligación y a atender este tipo de solicitudes.

Aunque la ley le otorga al funcionario cuestionado un plazo de 72 horas contadas a partir de la recepción de la

10° Velar porque en las concesiones de cualquier clase otorgadas por el Estado, se cumpla con los requisitos, condiciones y finalidades establecidas en las mismas y ejercer al respecto las acciones correspondientes;

11° Ejercer las demás atribuciones que establezca la Ley.

51 Ver pie de nota No. 41.

52 Art. 27.- Admitida la denuncia, el procurador promoverá la investigación del caso y solicitará inmediatamente al funcionario, institución, autoridad o persona señalada como presunto responsable o a su superior jerárquico, rinda un informe sobre el hecho y las medidas adoptadas al respecto.

solicitud para rendir su informe, frecuentemente estos no lo hacen dentro de ese plazo, lo hacen a medias o no lo hacen del todo. El artículo 46⁵³ hace referencia a la manera de proceder en caso de incumplimiento del funcionario público a esta disposición legal.

En cuanto al acatamiento y cumplimiento de las resoluciones del Ombudsman en El Salvador, podría decirse que la censura pública es el único instrumento legal que ostenta la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos para exigir el cumplimiento de las recomendaciones hechas en sus resoluciones, por el simple hecho de que la administración pública tiene interés de no aparecer como un ente violador de derechos humanos o de estar ejecutando sus funciones de manera inapropiada, debido más a su afán de promoción política que por convicción de ser una fiel servidora pública.

La Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos no contempla la posibilidad de recurrir sus resoluciones. Esta situación, sin embargo, ha sido superada en la práctica. Se han presentado situaciones en que el denunciante no ha quedado conforme con la resolución dictada, acudiendo a la oficina del Ombudsman para expresar su desacuerdo; en estos casos, la institución ha revisado el expediente y la resolución y, en algunas ocasiones, ha realizado una nueva investigación. De igual manera ha sucedido con funcionarios denunciados, actuándose de la misma forma.

⁵³ Art. 46.- Toda persona que impidiere, coartare u obstaculizare en cualquier forma, no enviare los informes que el Procurador le solicite, negare su acceso a expedientes, lugares, documentos e investigaciones necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones, incurrirá en las responsabilidades penales o administrativas correspondientes.

En cualquiera de los casos precitados el Procurador dará aviso inmediatamente al Fiscal General de la República de los hechos respectivos, para que ejerza la acción penal pertinente y en su caso, a la autoridad administrativa competente.

Existen ciertos mecanismos que ayudan en la exigibilidad del cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman que no necesariamente tienen fundamento legal y ejercen cierto control de la administración pública. Uno de ellos lo constituyen las organizaciones no gubernamentales (ONGs), que atienden gran cantidad de quejas diariamente, procesándolas a fin de buscarles una solución. Al hacer públicas dichas quejas, hacen una fuerte presión a autoridades y funcionarios públicos para que acojan las disposiciones recomendadas. En segundo lugar, están los medios de comunicación que juegan un papel muy importante en la difusión de las denuncias; estos a menudo no se limitan a publicar los casos o resultados de la gestión de las ONGs sino que van mas allá, investigando aspectos vinculados con la problemática y, convirtiéndose así, en otra fuente de presión.

El aspecto informativo de denuncia ejercido por estos sectores de la sociedad de alguna manera se vinculan recíprocamente con el quehacer del Ombudsman en el sentido de que se da un intercambio de datos entre ellos: son fuentes de información que el Ombudsman aprovecha para la tutela y protección de los derechos humanos.

La obligación del Ombudsman de informar anualmente a la Asamblea Legislativa sobre su gestión⁵⁴ proporciona otro mecanismo de presión hacia las autoridades y servidores públicos por cuanto esta puede interpelar al funcionario⁵⁵ que considere conveniente. Sin embargo, la interpelación ha sido utilizada muy pocas veces y sólo cuan-

54 Art. 49. El Procurador rendirá anualmente a la Asamblea Legislativa un informe de labores en el que se detallará sus actuaciones en la protección de los derechos humanos. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador.

55 Art. 131. Corresponde a la Asamblea Legislativa:

34°. Interpelar a los Ministros o Encargados del Despacho y a los Presidentes de Instituciones Oficiales Autónomas. Constitución Política de la República de El Salvador.

do el error cometido ha sido de una gravedad capital, debido a que los políticos salvadoreños guardan una actitud similar a la administración pública con respecto a las recomendaciones emanadas de la Procuraduría.

3.3. Conclusiones

En la PDDH salvadoreña existe una Sección de Seguimiento que tiene como objetivo la verificación del cumplimiento de las recomendaciones contenidas en las resoluciones finales de la institución y la notificación de dichas resoluciones, sean o no de responsabilidad. Con tal fin efectúan diligencias para constatar, por la vista de documentos o entrevista con la autoridad que fue declarada responsable de la violación, si se ha cumplido o no la recomendación, verificando que se dé su cumplimiento y preparando un informe que indique las diligencias efectuadas para que quede documentado en el expediente.

En caso de incumplimiento de la recomendación por parte del funcionario se informa al Procurador(a), lo que puede dar lugar a que se efectúe una censura pública si este lo estima procedente.

En el pasado no se le ha dado a la Sección de Seguimiento la importancia que merece ni el estatus adecuado dentro de la estructura orgánica interna; la actual administración, consciente de su trascendencia para el trabajo cotidiano de la institución, ha fortalecido esa área dotándola de mayor personal jurídico y de notificación, y está considerando la posibilidad de consolidarla como un departamento.

Anteriormente, el trabajo de esta sección se limitaba a la tramitación de la denuncia que se hacía con base en el modelo anterior, la investigación del deber de respeto y deber de garantía.

Cabe señalar que, dentro de la nueva modalidad, el Departamento de Denuncias emite una resolución en la que

admite y resuelve con base en las facultades que la Constitución otorga a la PDDH: se dictan recomendaciones, medidas cautelares, se incoa la investigación en sede administrativa a fin de activar la justicia en tal sede, etc. Con esto se pretende que el Estado cumpla con el deber de garantía por lo que es esencial verificar el cumplimiento de lo recomendado por la institución. Esta función la efectúa el Departamento de Procuración que -en el anterior modelo- únicamente investigaba los casos, labor que actualmente realiza excepcionalmente, por ejemplo, en casos de violación del derecho al debido proceso. Hoy en día, este departamento verifica si la autoridad denunciada cumple o no con la recomendación a fin de dictaminar su responsabilidad en la violación. Al ser el Departamento de Procuración el que lleva a cabo la labor de verificación, este debería ser el encargado de efectuar una resolución final que declare si hubo o no violación, dictando medidas en caso afirmativo y recomendando, por ejemplo, el funcionario que se encargará de la verificación de cumplimiento del caso en cuestión.

Los criterios utilizados en el Departamento de Denuncias para valorar si es procedente una denuncia o no, se basan en primer lugar en los preceptos constitucionales y, en segundo lugar, en la normativa internacional en materia de derechos humanos, sin detrimento de que el receptor de la denuncia pueda aplicar otros criterios fundados para calificar un caso.

CAPÍTULO IV

ACATAMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN HOLANDÉS

Es necesario observar el mandato legal y constitucional del Ombudsman holandés para comprender mejor su quehacer.

La Constitución del Reino de los Países Bajos establece en su artículo 78, párrafo 1⁵⁶ las atribuciones del Ombudsman. Por su parte, el preámbulo de la Ley del Ombudsman Nacional establece:

“... Que la necesidad existe para la provisión especial para investigar la manera en cuál el gobierno ha actuado en cierto asunto hacia el ciudadano individual y que es deseable que en esta conexión avance al establecimiento de la oficina de Defensor del Pueblo Nacional. ...”

En los Países Bajos un caso puede iniciarse de dos maneras fundamentalmente; una es la vía de la denuncia interpuesta por cualquier ciudadano⁵⁷ de acuerdo a lo establecido en el capítulo 9 de la GALA; esta vía es la más común y debe hacerse de manera escrita. La otra vía es la oficiosa, es decir, el Ombudsman puede iniciar de oficio una investigación⁵⁸ contra la administración pública al conocer por cualquier medio sobre un acto inapropiado cometido por autoridad o servidor público. Esta ha sido utilizada con más vigor en los últimos años, como demuestra el Resumen del Reporte Anual 2001 de la oficina del Ombudsman holandés:

“El año pasado el Ombudsman Nacional decidió hacer el uso más grande de su poder amparado en la sección 15 del Acto Nacional de Defensor del Pueblo e “instituye una investigación sobre la manera en que una autoridad adminis-

56 Art. 71a.1 of the Constitution of the Kingdom of the Netherlands. "The National Ombudsman shall investigate, on request or of his own accord, actions taken by central government administrative authorities and other administrative authorities designated by or pursuant to Act of Parliament."

57 Section 12.1 of the National Ombudsman Act of The Netherlands. Any person has the right to request the Ombudsman in writing to investigate the way in which administrative authority has acted towards a natural person or legal entity in a particular matter, unless more than one year has elapsed since the action in question (...)

58 Section 15 of the National Ombudsman Act of the Netherlands. Unless section 16 applies, the Ombudsman shall be entitled to institute an investigation on his own initiative into the way in which an administrative authority has acted in a particular matter.

trativa ha actuado en circunstancias particulares” oficiosamente. La decisión incrementó los cuestionamientos. Sin embargo, lo que es en cuestión, aquí está meramente el uso de cierto poder en una escala mayor nunca antes vista. Ninguna necesidad es sentida para extender o ensanchar este poderío aún más. Si el Ombudsman Nacional recibe regularmente la queja acerca de una práctica específica de los órganos del gobierno, él puede decidir empezar una investigación por su propia iniciativa. De esta manera, cualquier problema que se funde en la raíz de numerosas quejas puede venir a encender. En adición, tratando con una queja específica puede dar la luz que recae en un problema más estructural sobre lo que el quejoso ha externado. Empezar una investigación en su propia iniciativa ofrece una oportunidad para incluir tal aspecto en la decisión. En 2001, cinco investigaciones fueron realizadas oficiosamente por el Ombudsman Nacional, algunos de que eran de una combinación natural (en base a denuncia, y oficiosamente)”⁵⁹.

Esta opción proporciona la oportunidad -como una extensión de las investigaciones en un caso específico o separadamente – de enfocarse sobre un problema más estructural en la práctica administrativa de los órganos de gobierno.

Una vez que la investigación ha sido agotada, el Ombudsman de los Países Bajos debe de emitir una resolución⁶⁰ sobre el caso, el cual debe de contener los resultados de dicha investigación y su decisión. La resolución se envía a la autoridad⁶¹ responsable y al funcionario señalado, si lo considera conveniente.

⁵⁹ Anual report 2001 summary of Nationale Ombudsman of The Netherlands, p. 16.

⁶⁰ Section 27.1 of the National Ombudsman Act of The Netherlands. Once an investigation has been closed the Ombudsman shall draw up a report containing his finding and his decision.

⁶¹ Section 27.2 of the National Ombudsman Act of The Netherlands. The Ombudsman shall send his report to the administrative authority concerned and, where appropriate, to the servant whose actions have been investigated. If the investigation was carried out in response to a petition as referred to in section 12 he shall also send his report to the petitioner.

En la oficina del Ombudsman holandés, además de existir las vías legalmente establecidas para la recepción de denuncias, se tiene un teléfono a disposición del público permanentemente para atender las consultas de los ciudadanos; de esta forma se mantiene un mejor contacto con la población, lo cual es importante para la institución.

4.1. Exigibilidad del cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman contenidas en sus resoluciones

En la Ley del Ombudsman de Holanda encontramos que la parte procedimental es de suma importancia dentro del procedimiento de depuración de casos. En ella se describe el procedimiento utilizado en la investigación así como las obligaciones que tiene el Ombudsman de informar a la Cámara.

Igualmente importante es el uso en el procedimiento de determinados criterios de valoración preestablecidos que sirven para evaluar los actos de la administración dentro de la consideración de una dualidad en la relación entre el gobierno y los ciudadanos: la legal y la social. El documento *Una breve introducción del Ombudsman Nacional de Holanda* las define así:

“Relación legal: la ley apuntala y regula innumerables formas de la acción por las autoridades, mientras los “productos” de esa acción a menudo asumen una forma legal. Visto de este ángulo, la función ejecutiva del gobierno implica la aplicación de la ley.

Sin embargo, no todos los gobierno tratan con miembros del público que son gobernados por ley, o tienen las consecuencias legales: la relación entre individuo y gobierno está compuesta por el contacto entre personas, la cual no es limitada a sus roles como lo determina la ley.

Relación social: Aproximado desde de este ángulo, la acción por las autoridades es un asunto de como el gobierno trata a los miembros del público, y del manejo de los órganos de gobierno.

Desde esos ángulos se define si la actuación de la administración es propia o no, fundada en la sección 26⁶², numeral 1 de la Ley del Ombudsman de los Países Bajos.”

Estos criterios deben ser tomados en cuenta en el momento en que se resuelven los casos con el fin de valorar si el acto administrativo es propio o impropio; también son de gran utilidad en el aspecto educativo del trabajo diario del Ombudsman y, como muestra de ello, aparecen adjuntos en su reporte anual.

El análisis que se hace de los actos no es para ver los aspectos de mera legalidad bajo la óptica de las disposiciones legales, ni de los preceptos constitucionales ni los derechos humanos, ya que para tal efecto existen las Cortes Administrativas; se hace para revisar los actos relacionados con el principio de propiedad que es la sombrilla que ampara la protección de los ciudadanos en materia de derechos humanos.

Como ejemplo de la utilización de los estándares en las decisiones se puede citar la aplicación de los principios de la igualdad en el tratamiento para casos iguales, de razonabilidad, de proporcionalidad entre lo que se dice y el fin, de certeza legal y de expectativas legítimas, el requerimiento de proporcionar razones para la toma de decisiones y ciertos deberes de cuidado⁶³.

El informe presentado ante las dos Cámaras del Parlamento y ante los ministros⁶⁴ es el resultado del trabajo realizado durante un año por la oficina del Ombudsman y tiene amplia difusión. En él se incluyen las recomendacio-

62 Section 26 of the National Ombudsman Act of the Netherlands. The Ombudsman shall determine whether or not the administrative authority acted properly in the matter under investigation.

63 www.nationaleombudsman.nl

64 Section 28.1 of the National Ombudsman Act of The Netherlands. The Ombudsman shall submit a report of his activity to both Houses of the Parliament and to Our Ministers ...

nes pertinentes para subsanar los actos impropios de la administración, dando pie a que los servidores públicos cuestionados puedan ser interpelados por la Cámara Baja del Parlamento.

4.2. Algunos problemas con las autoridades públicas

Sobre la base de su trabajo diario la oficina del Ombudsman ha recogido algunos casos con los que han debido enfrentarse durante el desarrollo del procedimiento, los cuales se recopilan de la siguiente manera:

Todos los años, los datos recogidos de la aplicación de los criterios para la evaluación en los informes y en los casos terminados vía intervención se utilizan para establecer cuál es el problema que el Defensor Nacional del Pueblo encuentra normalmente en sus investigaciones. Seis son los problemas que se han destacado en los últimos años:

- La celeridad con la cual se tratan los casos. ¿Está la autoridad administrativa cumpliendo con los requerimientos para actuar sin demora?.
- La provisión de información al individuo. Este es el problema del ocasional prolongado silencio oficial, cuando el gobierno falla al no informar al individuo inmediata y adecuadamente acerca de sus derechos y obligaciones y cómo su caso está siendo tratado.
- Tomar en cuenta la generalidad de las provisiones vinculantes (las regulaciones reglamentarias que dan las políticas sobre el uso de medidas coactivas por parte de la autoridad).
- Principios de razonabilidad y proporcionalidad (e.g. cuando un funcionario tiene que escoger la manera de tratar un caso).
- La certeza administrativa requerida en cuanto al almacenamiento de los datos o la modificación de estos.

- El tratamiento de individuos (el requisito del conducto apropiado, que es en parte un asunto del profesionalismo de los funcionarios).

Los primeros dos problemas son los más comunes y hasta cierto punto están interconectados. Estos requisitos, y la certeza administrativa, están directamente relacionados al tipo de procesamiento en una escala masiva que representa con frecuencia las operaciones de organizaciones burocráticas grandes.

Los problemas restantes, por el contrario, relacionan mucho más el comportamiento del gobierno hacia miembros del público en casos específicos.

Los criterios valorativos usados por el Ombudsman Nacional de Holanda tienen alguna semejanza con ciertos principios aplicados en las resoluciones de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador; sin embargo, aquellos se constituyen en el pilar fundamental para sus resoluciones, teniendo muy poca aplicación los Principios de Buen Gobierno que rigen muchos ámbitos de la vida jurídica del país, los cuales no son tomados como tal sino que están de alguna manera contemplados en los criterios valorativos que son su fundamento, como podrá observarse en la siguiente lista:

Criterios valorativos usados por el Ombudsman holandés

1. Derechos fundamentales.
2. Regulaciones generalmente vinculantes.
3. Balance de interés y justeza.
4. Certeza legal.
5. Igualdad.
6. Razonamiento.

7. Buen trato.

7.1. Prontitud.

7.2. Provisión de información activa.

7.3. Acuciosidad de la información activa.

7.4. Precisión administrativa.

7.5. Adecuada organización administrativa.

7.6. Instalaciones adecuadas.

7.7. Trato correcto.

7.8. Protección de la privacidad.

7.9. Varios.

CAPÍTULO V

ACATAMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN EUROPEO

Es importante mencionar que no en todos los países miembros de la Unión Europea existe la institución del Ombudsman como tal; doce de ellos la tienen instituida, mientras Alemania, Luxemburgo e Italia no cuentan con una. Sin embargo, todos tienen otras instancias que se encargan de desarrollar dichas funciones; para el caso de Alemania y Luxemburgo existen los comités parlamentarios, e Italia cuenta con municipales y Ombudsman regionales.

El Ombudsman europeo nace a partir de su inclusión en el Tratado de Maastricht, Holanda, en 1992 y, particularmente, en el título que confiere el derecho a los ciudadanos de presentarle sus quejas, contenido en los artículos 21 y 195 del Tratado de la Comunidad Europea.

El Ombudsman europeo fue creado con la finalidad de investigar los actos de mala administración⁶⁵ de las instituciones pertenecientes a la Unión Europea y sus órganos, lo que significa que debe de investigar las quejas presentadas contra aquellos.

Las instituciones y órganos que se encuentran bajo control del Ombudsman europeo son la Comisión Europea, el Consejo de Ministros, el Parlamento Europeo, la Corte de Cuentas, la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia de Luxemburgo, es decir que tiene competencia sobre las actividades de las Cortes de la Comunidad, no así sobre las instituciones nacionales que están bajo el control de los Ombudsman locales o regionales de los Estados miembros.

Las vías para iniciar la investigación de los casos son mediante la denuncia, que puede ser interpuesta por cualquier ciudadano⁶⁶ -o cualquier persona física o jurídica- de los países miembros de la Unión, y por oficio⁶⁷. Los

⁶⁵ La definición de mala administración establecida por el Ombudsman europeo a partir de su inclusión en el informe anual de 1997 y adoptada por el Parlamento Europeo es: "Se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse".

⁶⁶ Artículo 43 de la Carta Europea de Derechos Humanos. Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter el defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de sus funciones jurisdiccionales.

⁶⁷ Artículo 9 - Investigaciones por iniciativa propia:

9.1 El Defensor del Pueblo podrá decidir la incoación de investigaciones por iniciativa propia.

9.2 El Defensor del Pueblo dispondrá de las mismas facultades de investigación para las investigaciones por iniciativa propia que para las investigaciones abiertas a consecuencia de una reclamación.

9.3 El procedimiento relativo a las investigaciones abiertas a consecuencia de una reclamación se aplicará igualmente, por analogía, a las investigaciones por iniciativa propia.

casos que se presentan con mayor frecuencia tienen que ver con retrasos administrativos, falta de transparencia o negación del acceso a la información y, en el ámbito laboral, entre las instituciones europeas y sus funcionarios, con el reclutamiento de personal y los concursos públicos de participación.

Los medios por los cuales se puede interponer una queja son variados, pudiendo ser por correo, fax u otro medio electrónico de manera directa o a través de los miembros del Parlamento. No se practica la presentación de queja de forma oral: la persona que se presenta a la oficina del Ombudsman a expresar su queja lo debe hacer por escrito obligatoriamente, de lo contrario no es admitida. Como ejemplo del uso de los medios electrónicos, en el año 2001 se recibieron a través del correo electrónico un total porcentual de 34% de las quejas mientras que en el 2000 este apartado significó un 24%.

Es importante que el motivo de la queja no sea conocido por otras instancias o que haya sido resuelto por alguna de ellas como, por ejemplo, en una sentencia de la Corte de Justicia. Una vez presentada la queja, o iniciada oficiosamente, el Ombudsman europeo debe determinar si esta es de su competencia -normalmente lo son en el 30% de los casos mientras que las restantes son declaradas inadmisibles por tratarse de mala administración realizada por autoridades nacionales-. Esto significa que la población aún no entiende la finalidad y competencia que ostenta este funcionario, por lo que lo más recomendable es que el quejoso se dirija a las instancias nacionales en búsqueda de la clarificación y satisfacción de su denuncia.

Las denuncias vinculadas con el libre movimiento de las personas y materias primas entre los Estados, independientemente de que se encuentren bajo la aplicación de la ley comunitaria, deben de ser interpuestas en contra de las autoridades nacionales ante el Parlamento Europeo según

el artículo 194 del Tratado de la CE. Muchas de estas quejas se presentan ante el Ombudsman europeo y son rechazadas por no ser de su competencia.

Otros de los casos rechazados por el Ombudsman son aquellos en los que el quejoso no ha acudido previamente a la institución involucrada, ya que se parte del hecho de que esta debe tener la oportunidad de defenderse; el Ombudsman europeo admitirá la queja si, a pesar de haber acudido a aquella, la pretensión del denunciante no fue satisfecha o escuchada.

Al admitir la queja, el Ombudsman europeo deberá darle el trámite respectivo, es decir, examinarla, investigar e informar sobre los resultados de ella.

El Consejo Europeo es el órgano que más cantidad de denuncias recibe, lo que parece normal debido al contacto directo y permanente que este tiene con la ciudadanía. El Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros son los que ocupan el segundo y tercer lugar respectivamente en cuanto a este tema.

Existe la posibilidad de buscar soluciones alternativas previas, es decir, mediar ante la existencia de un acto de mala administración. Para esto el Ombudsman europeo acudirá a la instancia señalada y prestará toda la cooperación para subsanar el acto denunciado sin llegar a desarrollar el procedimiento regular. Superada la situación y lograda la finalidad de la gestión esperada, el Ombudsman archivará el caso y al mismo tiempo informará al demandante y a la institución denunciada de tal decisión. De la misma manera, si aún habiendo realizado tales diligencias no se logra el objetivo esperado, podrá archivar el caso mediante una resolución fundada, o bien, le dará el trámite ordinario que ha de terminar con una resolución y sus respectivas recomendaciones, de acuerdo a lo establecido

en el artículo 9⁶⁸ de las normas de ejecución aprobadas por el Ombudsman europeo.

Es interesante señalar que a los ciudadanos pertenecientes a los Estados miembros de la Unión Europea les asiste el derecho de interponer las demandas al Ombudsman en su idioma nacional, conforme al artículo 15⁶⁹ de las normas de ejecución adoptadas por el aquel.

5.1. Casos encontrados con mayor frecuencia en las quejas interpuestas

5.1.1. Acceso a la documentación pública

Debido a las múltiples quejas presentadas por mala administración alegando que las instituciones comunitarias

68 Artículo 6 - Soluciones amistosas

6.1 Si el Defensor del Pueblo determina que existe un caso de mala administración, cooperará en la medida de lo posible con la institución afectada para encontrar una solución amistosa que suprima el caso de mala administración y dé satisfacción al demandante.

6.2 Si el Defensor del Pueblo estima que una cooperación de este tipo ha tenido éxito, archivará el asunto mediante una decisión motivada. Informará de su decisión al demandante y a la institución afectada.

6.3 Si el Defensor del Pueblo estima que no es posible una solución amistosa, o que la búsqueda de una solución amistosa no ha tenido éxito, o bien archivará el asunto mediante decisión motivada, que podrá contener un comentario crítico, o bien elaborará un informe con proyectos de recomendación.

69 Artículo 15 - Régimen lingüístico

15.1 Podrá presentarse una reclamación al Defensor del Pueblo en cualquiera de las doce lenguas del Tratado. El Defensor del Pueblo no estará obligado a examinar las reclamaciones que se le presenten en otras lenguas.

15.2 La lengua de procedimiento del Defensor del Pueblo será una de las doce lenguas del Tratado. La lengua aplicable a cada reclamación será aquella en la que ésta estuviera redactada.

15.3 El Defensor del Pueblo decidirá los documentos que deberán estar redactados en la lengua de procedimiento.

15.4 La correspondencia con las autoridades de los Estados miembros se mantendrá en la lengua oficial del Estado de que se trate.

15.5 El informe anual, los informes especiales y, en la medida de lo posible, los demás documentos publicados por el Defensor del Pueblo se elaborarán en todas las lenguas oficiales.

se rehusaban a dar acceso a documentación pública -con excepción del Consejo y la Comisión, las cuales ya habían tomado las medidas pertinentes- el Ombudsman europeo hizo recomendaciones a las instituciones comunitarias para terminar con tal práctica dada la importancia que reviste el hecho de estar informado de los quehaceres de la administración pública y sobre materias que le interesan personalmente a los ciudadanos. El resultado obtenido de acuerdo al reporte especial sobre el tema indica que catorce instituciones acataron tales recomendaciones.

5.1.2. Demora en el pago

La investigación de la demora en el pago por parte de la Comisión fue otro motivo para iniciar el caso oficiosamente. Las quejas se fundamentan en el retraso de los pagos a los contratantes y beneficiarios de ayudas y subvenciones, cuyas moras eran excesivas alcanzando hasta dieciséis meses. El hecho afectaba, tal como lo manifestó el Ombudsman europeo en misiva enviada al Presidente de la Comisión, a pequeños y medianos empresarios ocasionándoles problemas de liquidez que podía llevarlos a la bancarrota si no se les cancelaba a tiempo. Ante esta situación, la Comisión mejoró sus procedimientos de pago optando el compromiso de pagar dentro de sesenta días y estableciendo en su regulación financiera límites de tiempo para el pago de lo adeudado más los intereses por el retraso. Las medidas adoptadas condujeron al Ombudsman europeo a concluir que la Comisión había respondido satisfactoriamente a la iniciativa presentada.

5.1.3. El derecho de los ciudadanos en la etapa administrativa. Violación al procedimiento

La oficina del Ombudsman europeo había recibido varias denuncias debido a las constantes violaciones por parte de los ciudadanos alegando el excesivo tiempo utilizado en el trámite de las quejas, la ausencia de información en el procesamiento de estas y la falta de razonamiento en

los casos aduciendo la inexistencia de la violación. Debido a tales reclamaciones, el Ombudsman tomó la decisión de iniciar el caso teniendo como objetivo mejorar los procedimientos administrativos de la Comisión, ya que esta es la encargada de vigilar el cumplimiento⁷⁰ de los tratados. Sin embargo, a pesar de que se hicieron varias recomendaciones a las que la Comisión había respondido positivamente, casos de este tipo se siguieron presentando en la oficina del Ombudsman europeo quien decidió retomar el asunto y solicitó a la Comisión imponer un código de procedimientos para mejorar los derechos de los quejosos durante la investigación que debe realizar este órgano, especialmente en el período que precede el cierre del expediente.

CAPÍTULO VI

COMPARACIÓN DEL ACATAMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES ENTRE LOS OMBUDSMAN DE HOLANDA, EUROPA Y EL SALVADOR

El análisis realizado a nivel institucional indica que las facultades constitucionales y legales de la PDDH se encuentran entre las más amplias en comparación con las atribuciones de otros Ombudsman alrededor del mundo; no obstante esto no se traduce en un poder de exigibilidad de las recomendaciones contenidas en sus resoluciones. La Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos adolece de esa debilidad o ausencia de poder generador de cumplimiento. De igual manera, en cuanto al incumplimiento de aquellas, la ley no contempla una exigibilidad directa; más bien, contempla la posibilidad de recurrir a otras instancias para que a través de ellas se haga comparecer al funcionario público trasgresor o limitarse a realizar una censura pública.

⁷⁰ Artículo 211. Tratado de la CE.

De forma similar a las recomendaciones emitidas por el Ombudsman salvadoreño, las del Ombudsman holandés no poseen carácter vinculante, no son exigibles legalmente y dependen de la decisión de la autoridad administrativa y las acciones que se tomarán en función del cumplimiento de aquellas. Esto marca una diferencia sustancial entre las sentencias dictadas por el Ombudsman y las cortes de Justicia.

Para contrarrestar este hecho en ambos casos cabe definir una responsabilidad mayor en el desarrollo del proceso de investigación que realizan los Ombudsman, es decir, la calidad y efectividad de su trabajo se debe constituir en lo más importante a efectos de dar una buena imagen que imponga respeto y credibilidad.

“Frecuentemente, la autoridad administrativa tomará en cuenta las recomendaciones hechas por el Ombudsman. Las decisiones del Ombudsman Nacional no son legalmente exigibles: depende de la autoridad administrativa qué acciones, si alguna, deben ser tomadas bajo los criterios de la resolución y, en particular, el fallo. Esta es la diferencia entre un fallo dado por aquel y los fallos dados por las Cortes de Justicia. El hecho que las decisiones del Ombudsman no sean legalmente exigibles significa que la calidad de su labor es lo más relevante, ya que constituye las bases esenciales de su autoridad y por ende de la efectividad de su labor”⁷¹.

Una diferencia relevante entre el Ombudsman de El Salvador y los otros dos es el ámbito de desarrollo de su actividad; en el caso del primero su labor principal es la protección, promoción y educación de los derechos humanos y la vigencia irrestricta de los mismos⁷²; para el europeo y el holandés, su trabajo se circunscribe estrictamente al área de la administración pública y de los actos ad-

71 www.ombudsman.nl

72 Artículo 2 de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

ministrativos, haciendo muy difícil realizar cualquier tipo de comparación en tal sentido.

Una similitud existente en el tratamiento de los casos entre los Ombudsman de El Salvador y los Países Bajos es aquella en la que, ante la presencia de una situación de denuncia en la que el Ombudsman se haya percatado de que el quejoso no se ha dirigido al funcionario o autoridad responsable, se le envía ante aquel o aquella para que interponga la queja antes de ser admitida. En el caso del Ombudsman europeo, este normalmente remite al quejoso al campo nacional para que allí presente su caso, tomando en consideración el mismo criterio señalado anteriormente y que tiene que ver con la competencia en el momento de la admisión de la denuncia.

El marco legal de cobertura de los tres Ombudsman es muy diferente. El de El Salvador es muy amplio debido al mandato que recibe, como ya se explicó en su oportunidad. El marco de acción del Defensor holandés es más reducido, se limita a controlar los actos de la administración pública; y, el del Ombudsman europeo se limita aún más ya que lo que debe hacer es controlar a las instituciones de la Comunidad Europea y sus órganos.

Lo más importante para el desarrollo de las investigaciones que realizan los Ombudsman son los criterios de valoración para la admisión de denuncias. En El Salvador se utilizan los preceptos constitucionales sobre derechos humanos, es decir, su rango es muy amplio y no es taxativo; en los Países Bajos, se aplican criterios taxativos, y el Ombudsman europeo aplica el criterio de “mala administración”, previamente definido.

Con respecto a su labor ordinaria, en todos los casos, la ley les obliga a informar de su actividad durante cierto período de tiempo. Esa información debe de contener, como cuestión lógica, lo concerniente a las resoluciones y a su cumplimiento.

En términos generales, encontramos en este análisis que no existen posibilidades de aplicar métodos directos para el cumplimiento de las recomendaciones. Esto significa que las recomendaciones del Ombudsman no son vinculantes, lo que resulta una situación natural considerando que es una regla frecuente en la mayoría de los países, incluyendo el Reino de los Países Bajos.

CAPÍTULO VII

PROPUESTAS PARA MEJORAR EL ACATAMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN SALVADOREÑO

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos tiene plena conciencia de la importancia del Área de Seguimiento del cumplimiento de sus resoluciones. El documento “Nueva proyección de la tutela de los derechos humanos en PDDH” expone de manera precisa y concreta esta situación.

“Clarificar el verdadero papel de la Procuraduría como contralor de instituciones públicas a través de las investigaciones generales y emisión de informes con compulsu pública y no tanto en la tramitación de denuncias individuales, pero sin descuidar tampoco esa función...”

Al mismo tiempo, dentro de su planteamiento establece algún tipo de metas que pretende alcanzar a través del mejoramiento de áreas importantes, definiéndolo así:

“Resultados esperados.

d. Se fortalecerá en recursos y capacitación técnica la sección de seguimiento de recomendaciones, en orden a proyectar su labor en el ámbito nacional. Se consolidará una relación coordinada de actividades entre la sección de seguimiento y las delegaciones departamentales.

e. Se promoverá, sobre la base de la información analizada y las prioridades definidas, el ejercicio de las diferentes facultades del Procurador/a distintas de la mera investigación-

resolución, en orden a erradicar prácticas sistemáticas de violación a los derechos humanos. Tales facultades incluyen, entre otras, los informes y las censuras públicas, la activación de la justicia constitucional, la promoción de reformas a políticas estatales y la opinión consultiva sobre proyectos de ley. A tales efectos se podrá sugerir los cambios de “reingeniería” o reglamentarios que se estime conveniente.”

A efectos de fortalecer el seguimiento de las resoluciones emitidas, es importante indicar que deben de hacerse cambios sustanciales en diferentes áreas de trabajo así como realizar una serie de ajustes en el cuerpo normativo en general, entre otras.

Una actividad esencial que resulta necesario efectuar es la revisión del marco legal institucional a fin de proponer reformas a la Asamblea Legislativa, dado que el mandato de la PDDH es muy amplio desde su creación y la institución carece de disposiciones que le permitan ser más eficaz, por lo menos en lo concerniente al seguimiento de resoluciones, y para desarrollar debidamente el mandato constitucional que le fue encomendado. Dentro de las propuestas al órgano legislativo se deben incluir los Principios de Buen Gobierno en el quehacer del Ombudsman.

Es fundamental proponer e impulsar reformas legales en el sistema judicial con la finalidad de mejorar la protección de los derechos humanos en las instancias ordinarias, y así, al mismo tiempo, dar impulso a una mejor administración de justicia.

En las legislaciones de otros Ombudsman regionales se maneja la figura jurídica del informe de seguimiento el cual consiste en que la autoridad responsable -una vez notificada de la resolución- debe informar al Procurador sobre el cumplimiento de las recomendaciones emitidas dentro de un período de tiempo y, además, llevar un registro de los avances de su cumplimiento. Proponer una reforma en este sentido a la Asamblea Legislativa salvadoreña constituye una prioridad.

Asimismo, un elemento importante a tomar en cuenta es la capacitación técnica de los funcionarios de la PDDH para estar a la altura de las exigencias, es decir, impartir capacitaciones sobre los Principios de Buen Gobierno, dado que estos son desconocidos para los oficiales y resultan imprescindibles para estar acorde con los cambios que se están proponiendo.

Para un mejor funcionamiento y, sobre todo, un mejor seguimiento de las recomendaciones del Ombudsman, se hacen las siguientes propuestas tomando en cuenta los aspectos interno y externo de la vida institucional.

7.1. A nivel externo

- a) Fortalecer la relación con las otras instituciones contraloras para ejercer una mejor tutela de los derechos humanos en el marco de los Principios del Buen Gobierno.
- b) Impulsar y realizar capacitaciones de sensibilización orientadas a la administración pública sobre el tema del acatamiento y cumplimiento de las resoluciones del Ombudsman, con énfasis especial en las jefaturas institucionales.
- c) Impulsar y realizar un programa de capacitación al personal de la administración pública en materia de derechos humanos y su obligación de respetarlos.
- d) Mejorar la relación con otras instancias buscando la armonía interinstitucional para desarrollar un mejor trabajo en pro de los derechos humanos, utilizando todos los mecanismos existentes.

7.2. A nivel interno

- a) Preparar sistemáticamente una lista de los Principios de Buen Gobierno que se encuentran en el sistema legal a fin de definir, entender y desarrollar su contenido, y utilizarlos más frecuentemente en las resoluciones del

Ombudsman, sobre todo en las resoluciones de responsabilidad.

- b) Iniciar una revisión sistemática de la jurisprudencia para mejorar los argumentos que serán utilizados en las resoluciones, especialmente en el campo de la ley administrativa.
- c) Revisar la regulación interna con el fin de hacer los cambios pertinentes necesarios, especialmente en el uso de los Principios de Buen Gobierno.
- d) Incorporar los principios existentes y otros que sean útiles en las resoluciones con el propósito de fortalecer la protección de los ciudadanos frente a la administración pública por acción u omisión.
- e) Iniciar un proceso de capacitación en el campo administrativo para los empleados sobre el uso de los Principios de Buen Gobierno para el control de la administración pública.
- f) Reincorporar la mediación como una herramienta para resolver casos, especialmente en relación con las minorías que necesitan de una simple acción de la institución.
- g) Fortalecer la Unidad de Seguimiento de las recomendaciones emitidas en las resoluciones de la PDDH.
- h) Exigir el informe de cumplimiento de las recomendaciones hechas por el Ombudsman en sus resoluciones.
- i) Promover la aplicación del artículo 42.3 de la ley de la PDDH.
- j) Debe existir un estricto control sobre el cumplimiento de las recomendaciones generales así como de las recomendaciones específicas.

BIBLIOGRAFÍA

Textos

- Addink, G. H. From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance junio, 2002.
- Dormi, Roberto. Derecho Administrativo.
- Dworkin, Ronald. Taking rights seriously. Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
- Langbroek, Philip M. General Principles of Proper Administration in Dutch Administrative Law.
- Medina, Cecilia. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Cecilia Medina, 1988.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua, vigésima segunda edición, 2001.
- Transparency and the Emergence of European Administrative Law.

Resoluciones internacionales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Serie C No. 4.

Normas jurídicas

El Salvador

- Constitución de la República de El Salvador, 1983.
- Decreto Ejecutivo No. 30 del 1 de diciembre de 1982, publicado en el Diario Oficial No. 221, tomo 227, del 1 de diciembre de 1982.
- Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, número 183, 20 de febrero, 1992. Publicada en el D.O. N§ 45, Tomo 314, marzo, 1992.

Países Bajos

- Constitución Política de los Países Bajos.

- General Administrative Law Act of the Netherlands.
- Ley del Ombudsman Nacional de los Países Bajos, Bulletin of Acts and Decrees 35, febrero, 1981.

Europa

- Carta Europea de Derechos Humanos.
- Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.
- Estatutos del Ombudsman europeo.
- Tratado de la Comunidad Europea.

Informes

- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos julio 2001 - junio 2002. San Salvador, junio de 2002.
- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Nueva proyección de la tutela de derechos humanos. San Salvador, junio de 2002.
- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Fundamentos filosóficos de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Jurisprudencia

- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Caso de la Inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, inconstitucionalidad 15-96 y otras, sentencia definitiva del 14 de febrero de 1997.

Sitios web

- www.nationaleombudsman.nl

**Cumplimiento y seguimiento de las resoluciones
de los Ombudsman y los Principios de Buen
Gobierno: una perspectiva comparativa entre los
Ombudsman de El Salvador, el Reino de los Países
Bajos y Europa**

Nadia Jennifer Soundy Ellerbrock

*Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos
El Salvador*

Índice

INTRODUCCIÓN 227

CAPÍTULO I

*DATOS GENERALES DE LAS OFICINAS DE LOS
DEFENSORES DEL PUEBLO EN EL SALVADOR,
EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS Y EUROPA 232*

1.1. El fin de los Ombudsman: defensor de derechos
humanos y contralor de la administración
pública 232

1.1.1. El Ombudsman de El Salvador y la
protección de los derechos humanos 232

1.1.2. El Ombudsman Nacional de los Países
Bajos y el control de la conducta
administrativa. 234

1.1.3. El Ombudsman europeo: control de la
Unión para los organismos de
la Comunidad 235

1.2. La naturaleza de los Defensores del Pueblo . . .	236
1.2.1. El Salvador	236
1.2.2. Defensor Nacional de los Países Bajos . .	238
1.2.3. El Ombudsman europeo	240
1.3. Mandato y funciones	241
1.4. La jurisdicción del Ombudsman	245
<i>CAPÍTULO II</i>	
<i>EL DERECHO HUMANO A UNA BUENA</i>	
<i>ADMINISTRACIÓN</i>	
2.1 La protección de los derechos humanos	248
2.2 El control de la administración	250
2.3 Un concepto de buen gobierno	251
2.4 El acto apropiado y el Ombudsman Nacional de los Países Bajos	253
2.5 El concepto de mala administración en el sistema europeo	254
2.6 La conexión entre derechos humanos y buen gobierno	256
<i>CAPÍTULO III</i>	
<i>PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO EN</i>	
<i>EL SALVADOR, EL REINO DE LOS PAÍSES</i>	
<i>BAJOS Y EUROPA</i>	
3.1. ¿Por qué el uso de principios?	258
3.2. Los Principios del Buen Gobierno dentro del sistema legal de El Salvador	261
3.2.1. El principio de interpretación según la Constitución	261
3.2.2. El principio de legalidad	262
3.2.3. El principio de certeza legal (seguridad jurídica)	264
3.2.4. El principio de prohibición de la retroactividad	266
3.2.5. El principio de igualdad	268

3.2.6. El principio de cuidado	269
3.2.7. El principio de participación pública (en relación con el Parlamento)	273
3.3. El desarrollo de los Principios del Buen Gobierno en los Países Bajos y Europa	274
3.3.1. De las normas jurídicas a la Ley de Administración General	274
3.3.2. Los instrumentos europeos y jurisprudencia sobre buen gobierno	276
3.4. Los Principios del Buen Gobierno en los Países Bajos y Europa	277
3.4.1. Los principios de una administración responsable y efectiva	277
3.4.2. Los principios de una administración democrática	280
3.4.3. Los principios de una administración transparente	281
3.4.4. Los principios de una administración de derechos humanos	283
3.4.5. Los principios de una adecuada administración	284

CAPÍTULO IV

*LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO
EN EL TRABAJO DE LOS OMBUDSMAN*

4.1. El uso de los principios por el Procurador salvadoreño	293
4.2. El Ombudsman Nacional y los criterios de acierto	298
4.3. El Ombudsman europeo: el Código Europeo de la Buena Conducta Administrativa	300

CAPÍTULO V

*MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO Y
SEGUIMIENTO*

5.1. La relación entre el Ombudsman, la administración y los ciudadanos	305
5.2. Cumplimiento institucional y mecanismos de seguimiento	308
5.2.1. Los mecanismos preventivos	309
5.2.2. Remisión a otras instancias	312
5.2.3. Reportes especiales	316
5.2.4. Reportes anuales	317
5.2.5. Las resoluciones y recomendaciones	319
5.2.6. Censura pública	323
5.2.7. Cumplimiento y seguimiento	324
5.3. Otros mecanismos de control	325
5.3.1. Control jurisdiccional y administrativo	326
5.3.2. El rol del Parlamento	327
5.3.3. El rol de los ciudadanos y la participación pública	329
 <i>CAPÍTULO VI</i> <i>MEJORAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO Y</i> <i>SEGUIMIENTO DEL CONTROL ADMINISTRATIVO</i> <i>EN EL SALVADOR</i>	
6.1. Impacto y efectividad del trabajo del Procurador	331
6.2. El mejoramiento de la demanda de seguimiento	334
6.2.1. La naturaleza de las resoluciones y la posibilidad de cumplimiento	334
6.2.2. El uso de mecanismos preventivos	335
6.2.3. La relación con otras instituciones	337
6.3. El papel de los Principios del Buen Gobierno en el seguimiento	338
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	340
BIBLIOGRAFÍA	343

INTRODUCCIÓN

El derecho humano a una buena administración así como el uso de los Principios de Buen Gobierno son unos paradigmas nuevos en el trabajo del Ombudsman en El Salvador. El Procurador salvadoreño, como defensor de los derechos humanos, difícilmente ha incluido consideraciones de buena administración en sus resoluciones diarias, en parte debido a que tales consideraciones no se estiman relevantes. Otros -como el Ombudsman Nacional de los Países Bajos¹- han hecho mayor uso de estos argumentos a fin de establecer la responsabilidad gubernamental.

La investigación hecha en el 2002 por el representante de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador hace referencia al uso de los Principios de Buen Gobierno y cómo se puede mejorar el trabajo del Procurador en controlar la conducta del gobierno. También describe las funciones y procedimientos utilizados al interior de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos salvadoreña y su mandato constitucional. La investigación de este año -como una continuación de la anterior- se enfoca principalmente en el cumplimiento y aplicación de las resoluciones del Ombudsman y el uso de Principios del Buen Gobierno en el control de la administración. Esta investigación compara cómo estos principios se utilizan en instituciones de Defensores del Pueblo en El Salvador, los Países Bajos y Europa, y cómo pueden ser cruciales para mejorar la protección de los derechos humanos.

La pregunta central que pretende responder esta investigación es: ¿Es útil aplicar los Principios de Buen Go-

1 A lo largo de esta investigación, el Ombudsman Nacional de los Países Bajos será denominado “el Ombudsman Nacional”; de igual forma, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador será denominado “Procurador”.

bierno para mejorar el cumplimiento y la aplicación de las resoluciones del Ombudsman con relación a la conducta pública de instituciones? Se parte de que este problema deber ser contestado con un enfático sí, aunque tal respuesta debe ser analizada desde ángulos diferentes. Por una parte, se debe determinar si en El Salvador se utilizan los Principios del Buen Gobierno dentro de las resoluciones. Su uso –o la falta de este– puede estar influenciado por la omisión de un enfoque administrativo más que por una falta de su existencia dentro de las regulaciones. Los principios administrativos y constitucionales se pueden encontrar en la legislación y otras regulaciones en El Salvador, aunque no han sido codificados en una sola normativa. Una de las metas de esta investigación es determinar que tales principios existen en la legislación salvadoreña y compararlos con los Principios del Buen Gobierno utilizados en los Países Bajos.

Por otro lado, la ley administrativa parece no estar relacionada directamente con los derechos humanos. De ahí la importancia de encontrar una conexión entre ambas áreas del derecho, a fin de mejorar la protección de los ciudadanos en sus derechos fundamentales. Generalmente en aquellos casos que más se relacionan a asuntos administrativos, las consideraciones clásicas de derechos humanos son limitadas en términos de la eficiencia principalmente porque la responsabilidad del Estado se considera en un término muy amplio; el uso de la argumentación administrativa da la oportunidad de reducir la ambigüedad, así como también permite establecer la responsabilidad individual de los funcionarios en la realización de sus deberes. Los derechos humanos entonces pueden verse beneficiados con el uso de instrumentos administrativos y el trabajo del Ombudsman en esta área puede ser más efectivo. El uso de los Principios del Buen Gobierno juega un rol clave en el control de la conducta administrativa y, por ende, la importancia de incorporarlos al trabajo diario de la institución.

La investigación comparará tres instituciones claves: el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, el Ombudsman Nacional de los Países Bajos y el Ombudsman europeo. Sin embargo, esta comparación será limitada solo a la función del control de la conducta administrativa del ejecutivo bajo la perspectiva de que todas estas instituciones poseen alcance diferente de sus competencias y mandatos. Un ejemplo de esto se puede observar en el área de instituciones controladas donde el Procurador puede controlar los actos de la magistratura, cosa que no es posible para el Ombudsman Nacional o el europeo.

Además, es importante observar algunas diferencias fundamentales entre el mandato del Procurador y los Ombudsman Nacional y europeo. Tales instituciones nacen bajo circunstancias diferentes y por lo tanto con un propósito diferente aparente. En el caso de El Salvador, la violación masiva de derechos fundamentales dio a luz a un defensor de tales derechos más que un contralor administrativo. Su mandato se concibe en un sentido más amplio que incluye, entre muchas cosas, el control de tribunales, tener poder consultivo en el parlamento y en el control de la administración – inclusive poder dar su opinión sobre nuevas políticas públicas.

En el caso del Ombudsman Nacional, existen otras instituciones que controlan la protección de derechos fundamentales y, por ende, su mandato está marcado por una realidad diferente. Para el Ombudsman europeo el alcance es aún más estrecho en el sentido de que se ciñe a quejas “con respecto a casos de administración fraudulenta en las actividades de las instituciones o cuerpos de la Comunidad Europea”; sin embargo, este mandato estrecho, en todo caso, no debe considerarse como un obstáculo para la comparación. Las tres instituciones, y pese a las diferencias de mandato, poseen el elemento común de poder controlar la administración para proteger derechos humanos.

Cómo mejorar el cumplimiento y la aplicación de las resoluciones son un asunto pertinente de los tres defensores del pueblo, no obstante, los resultados en la eficiencia varían según los distintos contextos. Los Ombudsman Nacional y europeo utilizan técnicas diferentes para alcanzar un nivel más efectivo de cumplimiento – que sobrepasa al 90% en el caso del Nacional. En el caso de El Salvador, las resoluciones que establecen responsabilidad son las únicas alternativas para tratar de cambiar la conducta del gobierno y no son efectivas en la mayoría de los casos. El alto grado de eficacia del Ombudsman Nacional – comparado con el poco impacto del Procurador - abre un debate sobre el beneficio de utilizar formas diferentes para hacer que la administración cambie su conducta, en lugar de hacer el uso exclusivo de resoluciones y recomendaciones de naturaleza cuasi judicial.

El problema general de las resoluciones salvadoreñas es que, al ser estas “no vinculantes” en un sentido judicial, el gobierno no se siente en la obligación de cumplirlas o seguir las recomendaciones, pese al grado constitucional del Procurador. Los funcionarios y las instituciones administrativas no quieren tener ninguna relación con el Procurador debido a que se le considera como su rival. El problema no es la falta de confianza de la población hacia el Ombudsman sino la falta de relaciones de colaboración entre el Procurador, las demás instituciones de control y el gobierno.

En términos prácticos, la relación legal entre la administración y el Ombudsman salvadoreño es débil, tanto que la administración no obedece las resoluciones y recomendaciones del Procurador. Si existe interés en proteger los derechos humanos, el Procurador debe encarar dos asuntos pertinentes: primero se debe proporcionar las resoluciones o cualquier otro tipo de instrumentos de protección de derechos humanos, y segundo, se debe establecer relaciones de cooperación con la administración para exigir una mejor conducta de esta hacia los ciudadanos.

Desgraciadamente, estas dos tareas se ven a veces como contrapuestas, y la sociedad critica fuertemente la visión del Ombudsman como un mediador entre las instituciones gubernamentales. Sin embargo, otras experiencias muestran, como en el caso del Ombudsman Nacional, que tales relaciones no solo son sanas sino además necesarias para alcanzar un verdadero cambio de la conducta de la administración.

Con el objeto de estudiar los puntos antes señalados, este análisis se divide en seis partes fundamentales: el primer capítulo recoge aspectos generales de las instituciones en estudio; el segundo describe los Principios del Buen Gobierno utilizados en los países en comparación y en el sistema europeo; el tercero habla sobre el uso que los defensores hacen de tales principios en su trabajo; el cuarto capítulo determina los mecanismos de cumplimiento y seguimiento de las resoluciones emitidas por los defensores del pueblo; el quinto determina el alcance general de la eficacia de tales mecanismos. Finalmente, se hace un apunte sobre el impacto de los Principios de Buen Gobierno en la efectividad de las resoluciones. Al final de la investigación se pretende establecer cómo los Principios del Buen Gobierno y argumentos administrativos se pueden utilizar para mejorar la protección de los derechos humanos. Cada una de las partes de la investigación amerita mayor análisis que el vertido en este estudio, el cual representa más un primer acercamiento a un área de estudio que puede resultar beneficiosa en el trabajo de los defensores del pueblo.

No es posible hablar de democracia si las instituciones públicas no son sólidas y eficientes. No es posible concebir los derechos humanos separados de las actuaciones de la administración pública. Los actos y omisiones derivados de los deberes del gobierno afectan a los individuos de una u otra manera y, en ciertos casos donde interviene el Ombudsman, no es posible determinar responsables sin

el uso de un enfoque administrativo. El control de la administración y el uso de Principios del Buen Gobierno son instrumentos imprescindibles para proteger a la persona de la conducta de la administración y, por lo tanto, para proteger los derechos fundamentales.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL PROCURADOR PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE EL SALVADOR, EL OMBUDSMAN NACIONAL DE LOS PAÍSES BAJOS Y EL OMBUDSMAN EUROPEO

1.1. El fin de los Ombudsman: defensor de derechos humanos y contralor de la administración

1.1.1. El Procurador de El Salvador y la protección de los derechos humanos

El Ombudsman salvadoreño fue creado en un momento difícil de la historia del país, cuando este se encontraba en la transición de una guerra civil a una sociedad presumiblemente más democrática. Se concibió como el defensor de los derechos humanos, violentados durante décadas. En ese momento existía una desconfianza generalizada de los ciudadanos hacia las instituciones que componían la administración y las que la controlaban. Juzgados y tribunales habían sido señalados como corruptos y la impunidad estaba presente en todo nivel. A manera de ejemplo, casos como el asesinato de arzobispo Oscar Arnulfo Romero o los sacerdotes jesuitas no recibieron tratamiento apropiado en términos de investigación, proceso y sentencia, llevando a la impunidad de los responsables.

Para entender el amplio mandato del Procurador es fundamental enfocar el momento histórico en el cual nace la institución. Particularmente durante las décadas de los setenta y ochenta, El Salvador se caracterizó por sus regímenes militares y la violación sistemática de derechos humanos, del individuo particular y de los derechos políti-

cos. En este punto la Comisión de la Verdad indicó en su informe que, entre 1980 y 1991, la República de El Salvador estuvo sumergida en una guerra que hundió a la sociedad salvadoreña en la violencia, dejó miles de personas muertas y expuso al país a crímenes espantosos.

Esta situación finalizó el 16 enero de 1992 cuando el gobierno y los combatientes de la guerrilla firmaron el Acuerdo de Paz en México. Tal firma trajo consigo la esperanza de cambios, sobre todo en el tema de la reconciliación, aunada al deseo de protección plena de los derechos de todas las personas.

Uno de los elementos fundamentales para los Acuerdos de Paz era la protección de los derechos fundamentales y derechos humanos, primordialmente para aquellos combatientes que se incorporarían a la vida civil. Había varios puntos de atención en términos de la seguridad de los ex combatientes debido a que la situación de los derechos humanos era precaria. Durante la década de los ochenta las violaciones a los derechos humanos eran masivas y sistemáticas, lo que fue denunciado ante instancias internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ante diversos organismos y entidades de las Naciones Unidas responsables de la protección de los derechos humanos.

Era claro el propósito de negociar entre las partes de los Acuerdos de Paz el cese de tales infracciones y la impunidad, pero además reforzar también la judicatura y la protección del individuo ante la conducta gubernamental. Uno de los objetivos de estos acuerdos era la supervisión exhaustiva de la situación de los derechos humanos que fue llevada inicialmente por la Misión de Observadores de las Naciones Unidas para El Salvador (ONUSAL).

En el Acuerdo de México del 27 de abril de 1991, se expuso el consenso político de las partes para crear “la Oficial Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos”. El 29 de abril 1991, la Asamblea Legislativa aprobó

un acuerdo constitucional de la reforma del texto presente de artículo 194. I de la Constitución, ratificado el 31 octubre de 1991, con el que nació la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y en el que se estableció su mandato y atribuciones.

El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos se constituyó en la esperanza de muchos que habían visto denegado su acceso a la justicia. Los ciudadanos tuvieron tantas expectativas en la oficina que incluso le demandaron suplir las responsabilidades de otras instancias, principalmente judiciales. Las personas empezaron a asumir que una resolución del Procurador era suficiente para determinar la obligación del Estado de responder por la infracción de derechos humanos, por lo que nunca hubo comprensión al carácter no vinculante de sus resoluciones. Este error ha estado también presente al interior de la institución cuya ley orgánica y su reglamento se han enfocado -en su mayor parte- en procedimientos para la investigación y resoluciones que, en la práctica, son bastante semejantes a procesos criminales.

1.1.2. El Ombudsman Nacional de los Países Bajos y el control de la conducta administrativa

La institución del Ombudsman Nacional fue intelectual y políticamente debatida durante veinte años hasta que se estableció en 1982. Esta figura tuvo una gran influencia del Ombudsman danés, establecido en 1955. Como antecedente, durante el siglo XIX, los Países Bajos tuvieron un “Sindicato Nacional” en 1801, el cual tenía la función de controlar las actividades de funcionarios del Estado. Este sindicato funcionó por un corto tiempo hasta 1805.

En 1969 el gobierno de los Países Bajos publicó un documento en relación con el Ombudsman. Después de un largo debate en la Cámara Baja del Parlamento, se decidió establecer un cuerpo independiente que trataría con quejas

de ciudadanos acerca de la conducta del gobierno. Un proyecto para establecer la creación de “una Oficina de Investigación” fue presentado en 1976, aunque el nombre fue cambiado a “Ombudsman Nacional” con enmiendas en 1980. En 1999 las regulaciones de la oficina del Ombudsman Nacional fueron reformadas debido a que la institución alcanzó rango constitucional (en el artículo 78, el cual ubica al Ombudsman en el Capítulo 4).

El trabajo del Ombudsman holandés no se enfoca en la protección de los derechos humanos, aunque tenga una relación estrecha con este tema. En el caso de los Países Bajos, los derechos humanos y fundamentales se entienden incorporados en las leyes y existen distintos remedios legales para su tutela. En vez de eso, el Ombudsman Nacional pone más atención a la relación entre los ciudadanos y los cuerpos administrativos, si estas instituciones protegen el debido proceso y si cumplen las leyes sin abuso de poder.

1.1.3. El Ombudsman europeo: control de la Unión para los organismos de la Comunidad

La institución del Ombudsman europeo es el resultado de la iniciativa española para la creación de la ciudadanía europea que se combinó con una propuesta danesa para lograr una mayor eficiencia en las instituciones de la Comunidad. En mayo de 1990, el primer ministro español, Felipe González, en una carta a sus socios en el Concilio Europeo, lanzó la idea de incluir un capítulo sobre la ciudadanía europea dentro de un tratado de la Unión Europea.

Al desarrollarse la Unión, España consideró que era necesario que los ciudadanos europeos obtuvieran una posición especial como tales, con derechos y obligaciones. La iniciativa española fue sostenida por Dinamarca y, en octubre de 1990, propusieron que se estableciera un Ombudsman dentro del Parlamento.

Sin embargo, al Parlamento Europeo no le agradó la propuesta danesa. El Comité de Peticiones se opuso a la iniciativa en un informe de mayo de 1991 y el Parlamento Europeo expresó algunas dudas, indicando que un Ombudsman podría interferir en los poderes del Parlamento y sus comités para controlar la Comisión y sus departamentos.

Pese a todas las dudas y las observaciones, el derecho de quejarse ante el Ombudsman europeo finalmente fue incluido en el Tratado de Maastricht de 1992, y particularmente en el título que establece la ciudadanía de la Unión (artículos 21 y 195 del Tratado de EC). El Estatuto del Ombudsman, conteniendo las reglas detalladas en el desempeño de los deberes del Ombudsman, fue adoptado por el Parlamento el 9 de marzo 1994 luego de la opinión de la Comisión y la aprobación del Concilio.

Según el artículo 6 del Estatuto, el Parlamento Europeo designa al Ombudsman después de cada elección mientras dure el término parlamentario de cinco años.

1.2. La naturaleza de los Defensores del Pueblo

1.2.1. El Salvador

El Ombudsman salvadoreño tiene la independencia de cualquiera de sus similares de Europa, pero tiene además otros poderes que lo hacen dar la impresión de que cumple actividades judiciales, como si fuera una clase de acusador. Estos poderes le han sido dados para la protección de los derechos humanos. El Procurador investiga las infracciones de derechos humanos cometidas por las autoridades, especialmente por las fuerzas armadas y la policía, así como en instituciones penitenciarias. Actúa independiente del ejecutivo, con gran variedad de poderes investigativos y competente para hacer recomendaciones.

La naturaleza y objeto de la institución, aunque se

menciona de algún modo en la Constitución, no se desarrolla en la ley. Esto se encuentra sólo en la regulación interna de la Procuraduría, específicamente en los artículos 5 y 6. Estos artículos expresan:

“Art. 5.- La Procuraduría es una institución integrante del Ministerio Público, de carácter permanente e independiente, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa.

Art. 6.- El objeto de la Procuraduría es velar por la protección, promoción y educación de los Derechos Humanos, y por la Vigencia irrestricta de los mismos”².

Estas regulaciones determinan que la Procuraduría pertenece a aquellas instituciones encargadas de representar al Estado o a los particulares en las disputas judiciales (fiscales y Procuraduría General) lo cual desnaturaliza la verdadera esencia del Defensor del Pueblo. Además de esta errónea ubicación, se establece como el objeto del Procurador defender los derechos humanos en los que se incluye controlar la administración, si es necesario.

Según el diseño constitucional, el Ombudsman salvadoreño es elegido por la Asamblea Legislativa -por mayoría calificada- para un período de tres años. Sin embargo, puede ser reelegido por más períodos. El Procurador queda políticamente atado a la Asamblea, lo cual dificulta su accionar. La corta duración del mandato también afecta negativamente a la institución puesto que el Procurador no puede proyectar actividades a largo plazo. Sin embargo, en una manera semejante al Ombudsman europeo, el período de funciones del Procurador es igual al período de la Asamblea Legislativa. Según la Constitución, los requisitos para ser el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos deben ser determinados por ley.

² Reglamento Interno de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, acuerdo N° 8, 17 de febrero de 1993, publicado en el D.O. N§ 42, Tomo 318, 2 de marzo de 1993.

La Constitución salvadoreña establece que la oficina de Ombudsman forma parte del Ministerio Público. Esta ubicación implica que el Procurador se encuentra en el mismo nivel y categoría que el Fiscal General y el Procurador General, lo cual trae como consecuencia una comprensión equivocada de las funciones y mandatos de aquel.

Sin embargo, esta situación no ha afectado la independencia de la institución y, de hecho, no se le vincula con el gobierno.

La ubicación constitucional del Procurador, sin embargo, ha traído problemas respecto a la apreciación de los ciudadanos. La población considera que el Procurador es en cierta medida el “acusador moral” o el “mediador general para negociar quejas”. Las personas creen que las resoluciones del Procurador son una especie de sentencia judicial y no entienden por qué la administración no las quiere seguir. Los ciudadanos confunden el mandato del Ombudsman con el mandato de los tribunales. Si el Procurador General y el Fiscal pueden y deben iniciar las quejas en los tribunales o buscar los arreglos amistosos para disputas, entonces se considera que el Ombudsman debe realizar esta clase de deberes en caso de que las otras instituciones fallen.

Además de esta confusión, se da el hecho de que no existen suficientes instancias para proteger los derechos humanos y esto hace que el ciudadano busque al Procurador como la última solución. Ciertamente, el sistema judicial entero necesita ser revisado a fin de que se establezcan las instancias correspondientes para ventilar las infracciones a los derechos fundamentales.

1.2.2. El Ombudsman Nacional de los Países Bajos

El Ombudsman Nacional es uno de los altos consejeros del Estado como son las dos Cámaras del Parlamento, el Consejo del Estado y la Corte de Auditoría de los Países

Bajos. Estos altos consejeros se caracterizan por la independencia formal del gobierno. Otra señal de la independencia de este funcionario es que él es designado por la Cámara Baja del Parlamento –un Ombudsman parlamentario– y no por la Corona, lo que según la ley constitucional holandesa sería imposible.

La selección del Ombudsman Nacional por la Cámara Baja sigue una recomendación dada por un comité que comprende al vicepresidente del Concilio del Estado, el presidente del Tribunal Supremo de los Países Bajos y el presidente del Tribunal de los Países Bajos de la Auditoría. Se elige al Ombudsman Nacional por un período de seis años, o cuando cumpla la edad para su jubilación si viene primero, y la reelección es posible.

La ley del Ombudsman establece bajo qué circunstancias sería impropio para este funcionario realizar acciones incompatibles con sus deberes oficiales y con su imparcialidad e independencia. La ley no impone requisitos formales para ser elegido, aunque la pericia y conocimiento legales de la administración pública son los criterios obvios de selección.

La Cámara Baja puede despedir al Ombudsman Nacional por los motivos establecidos en la ley, los cuales son semejantes a los aplicables a miembros de la magistratura. Uno de estos motivos es que, según la opinión de la Cámara Baja, incurra en actos u omisiones que lleven a socavar gravemente la confianza depositada en él.

La institución del Ombudsman Nacional se estableció a fin de dar a los individuos una oportunidad, además de las vías judiciales, para interponer las quejas sobre las prácticas del gobierno ante un cuerpo independiente y experto. Acudir al Ombudsman puede tener como resultado que los particulares adquieran mayor confianza en la institución y en su incidencia ante el gobierno, lo cual contribuye a fortalecer la democracia. En vista de este papel en relación con el individuo, la ley del Ombudsman deter-

mina que una sola persona -el Ombudsman Nacional- presente a la institución ante los ojos del mundo exterior, como un contrapeso a la burocracia gubernamental.

El Ombudsman Nacional puede contribuir también a la calidad del gobierno, incidiendo en la forma en la que la administración realiza sus tareas. Es importante que las organizaciones del gobierno hagan su trabajo de una manera amistosa y efectiva hacia el cliente y, por lo tanto, es de gran importancia la implementación de una alta calidad en la política. Las quejas son las señales de una mala administración por lo que constituyen una fuente valiosa de información para los controles de calidad. Observar los criterios en la conducta apropiada de la administración contribuye, en resumen, a la racionalidad y la legitimidad de la administración pública.

1.2.3. El Ombudsman europeo

En un principio la Comunidad Europea (CE) tuvo como propósito el crecimiento económico por lo que no había una razón aparente para establecer algún tipo de protección a sus ciudadanos. El Ombudsman europeo fue creado al mismo tiempo que se propuso la ciudadanía europea con el propósito principal de que aquel protegiera los derechos de los ciudadanos europeos en el contexto de la ley de la Comunidad.

Dentro del contexto del desarrollo de la Comunidad, el Ombudsman es considerado como el contralor de la administración de las instituciones de la Comunidad Europea y sus cuerpos. Fennel explica que el Ombudsman europeo ve su trabajo como si fuera el abogado de los ciudadanos europeos de la Unión y considera que las quejas pueden ser elementos positivos de la administración ya que pueden llamar la atención sobre las debilidades y fracasos en sus actuaciones, y así establecer la línea de trabajo para mejorar sus actividades diarias³.

³ Fennel, Katja. *The European Ombudsman and the Principles de Good Administration*, p. 7.

En un desarrollo adicional, la Carta Europea de Derechos Humanos desarrolla un poco más el fin del Ombudsman europeo. Según este instrumento, cada ciudadano de la Unión o cada persona jurídica o individual que tiene su domicilio en un Estado miembro tiene el derecho de acudir al Ombudsman en casos de administración fraudulenta dentro de las instituciones y órganos de la Comunidad. La relación del Ombudsman europeo y los derechos humanos se enfoca en el derecho fundamental de cada ciudadano a una buena administración. De hecho, fue él quien propuso el desarrollo teórico de tal derecho, discutiendo que los ciudadanos europeos tienen el derecho a una administración abierta, responsable y con vocación de servicio.

El Ombudsman europeo, en un alcance diferente al del Procurador salvadoreño, protege el derecho fundamental específico de una buena administración. Su naturaleza no está relacionada con la protección de los derechos humanos sino más con el control de la administración. En caso de infracción de derechos fundamentales, existen otras instituciones que les protegen, tales como los Tribunales de Primera Instancia los cuales tienen la obligación de tutelarlos.

1.3. Mandato y funciones

El Procurador salvadoreño tiene una amplia variedad de funciones, las cuales se establecen en el artículo 194 de la Constitución salvadoreña:

- 1- Velar por el respeto y la garantía a los derechos humanos.
- 2- Investigar, de oficio o por denuncia que hubiere recibido, casos de violaciones a los derechos humanos.
- 3- Asistir a las presuntas víctimas de violaciones a los derechos humanos.

- 4- Promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los derechos humanos.
- 5- Vigilar la situación de las personas privadas de su libertad. Será notificado de todo arresto y cuidará que sean respetados los límites legales de la detención administrativa.
- 6- Practicar inspecciones, donde lo estime necesario, en orden de asegurar el respeto a los derechos humanos.
- 7- Supervisar la actuación de la Administración Pública frente a las personas.
- 8- Promover reformas ante los Órganos del Estado para el progreso de los derechos humanos.
- 9- Emitir opiniones sobre proyectos de leyes que afectan el ejercicio de los derechos humanos.
- 10- Promover y proponer las medidas que estime necesarias en orden a prevenir violaciones a los derechos humanos.
- 11- Formular conclusiones y recomendaciones pública o privadamente.
- 12- Elaborar y publicar informes.
- 13- Desarrollar un programa permanente de actividades de promoción sobre el conocimiento y respeto de los derechos humanos.
- 14- Las demás que le atribuyen la Constitución o la Ley.

La primera función del Procurador deberá ser proteger el respeto y la garantía de los derechos humanos. Las otras funciones se entienden como complementarias. En el caso de Europa, las funciones del Ombudsman tienen un enfoque diferente pues se enmarcan en el control de las actividades de las instituciones del gobierno. Sin embargo, el modelo europeo no está divorciado de la idea de proteger

a los ciudadanos del poder del Estado pese a existir marcadas diferencias en el hecho de que el ciudadano cuenta con los tribunales ordinarios para tutelar sus derechos.

De todas las funciones restantes, es importante resaltar la del ordinal 7°, donde el Procurador debe supervisar las acciones de la administración con relación al ciudadano. Sin embargo, esta función no se ha desarrollado completamente en términos de utilizar argumentos administrativos para imponer la protección de los ciudadanos ante las actividades del gobierno. Esta función, como muchas del mandato, se ven complementarias de la protección de los derechos humanos, lo que significa que el control de la administración se considera sólo si es aplicable proteger los derechos fundamentales, y esta conexión tiene que ser esencial en cada caso.

Al Ombudsman Nacional de los Países Bajos le es permitido revisar la manera en que las tareas del gobierno se llevan a cabo. Esto se deriva de la definición de *autoridad administrativa* contenida en la sección 1:1 de la Ley General Administrativa⁴, de la sección 1 de la Ley del Ombudsman Nacional de los Países Bajos y de varias definiciones contenidas en la sección 16 de esta última norma.

La sección 16 de la ley impone que las políticas públicas y las regulaciones generales o las leyes están fuera de la competencia del Ombudsman Nacional. Esto significa que él no pregunta en ningún momento sobre ciertas políticas ya que estas se consideran dentro de los poderes discrecionales del ejecutivo. Sin embargo, el Ombudsman puede investigar las acciones tomadas por autoridades administrativas en su capacidad legislativa, una esfera en que ellos cooperan con el Parlamento.

La falta de capacidad del Ombudsman Nacional en relación con la creación de una política pública no signifi-

⁴ Esta norma es conocida como GALA, abreviación de “General Administrative Law Act.”

ca que no es capaz de intervenir en las acciones tomadas por el ejecutivo para lograr tal política. Claramente no hay razón para que este intervenga en asuntos administrativos entre una autoridad y el Parlamento. Sin embargo, el Ombudsman Nacional puede recomendar -como resultado de su investigación sobre una acción específica realizada en la ejecución de la política- que parte de una ley o una política necesite ser enmendada.

El Ombudsman europeo debe examinar las quejas presentadas contra las instituciones y órganos de la Comunidad. No le es permitido investigar reclamos contra autoridades locales, nacionales ni regionales, aunque éstos puedan hacer referencia a la ley de la Comunidad. El alcance de la acción del Ombudsman europeo es muy estrecho; él no puede investigar las acciones contra los Estados miembros y sólo se le permite revisar la conducta de los órganos específicos creados por el Tratado de la Comunidad Europea u otros instrumentos relacionados con la Comunidad.

Las instituciones que están bajo la competencia del Ombudsman europeo son:

- La Comisión Europea.
- El Concilio Europeo de la Unión.
- El Parlamento Europeo.
- El Tribunal Europeo de la Auditoría.
- El Tribunal, pero en sus actividades administrativas y no en su función jurisdiccional.
- El Comité Económico y Social Europeo.
- El Comité Regional.
- El Banco Central Europeo.
- El Banco Europeo de la Inversión.

Cualquier otro órgano de la Comunidad (menos la Corte Europea y el Tribunal de Primera Instancia en su función jurisdiccional).

El Ombudsman europeo actúa como un intermediario entre el ciudadano y las autoridades de la Comunidad. Tiene derecho a hacer recomendaciones a las instituciones de la Comunidad y a referirse a asuntos del Parlamento Europeo. El Ombudsman es designado después de cada elección del Parlamento por un período renovable de cinco años, correspondiendo al período de duración legislativo.

1.4. La jurisdicción del Ombudsman

La Constitución salvadoreña permite al Procurador intervenir en toda clase de procesos y promover acciones legales cuando sea necesario. Debido a esta atribución constitucional, la Procuraduría adquiere la facultad para intervenir en distintos procesos ya sean judiciales o administrativos. El texto constitucional en este respecto no es técnicamente bueno, puesto que permite a la Procuraduría intervenir en procesos judiciales como si se tratara de un fiscal. Esto es totalmente diferente de la experiencia del Ombudsman Nacional, quien se inhibe de conocer el caso una vez que está en los tribunales; así, los tribunales son libres de hacer las consideraciones que estimen convenientes sobre los hechos y no se da la impresión de que ambas instituciones –que ejercen control- están en debate.

Según la visión del Procurador salvadoreño la facultad constitucional de promover acciones legales debe ser orientada a la protección de los derechos humanos. La promoción de tales procesos por parte de la Procuraduría sólo se justifica cuando el resultado eventual del mismo podría significar una protección de aquellos. Esta posibilidad de acción de la Procuraduría no se limita exclusivamente a la jurisdicción nacional, sino que se extiende a diferentes niveles donde exista un proceso judicial o admi-

nistrativo a fin de promover la protección de los derechos humanos. En tal sentido, esta atribución constitucional permite que la Procuraduría también promueva –teóricamente- acciones de protección de los derechos humanos aún en el ámbito internacional.

A nivel nacional, el Procurador puede intervenir en un caso después de la presentación de una queja que ha sido calificada como una violación de derechos humanos; esta queja no puede ser anónima y puede ser presentada en persona, por carta o por teléfono. El Procurador también puede empezar una investigación por iniciativa propia. Si el caso no constituye una infracción a los derechos humanos, entonces se manda a la institución correspondiente y se cierra. Si se admite, el Procurador realiza una investigación y emite una resolución y recomendaciones dentro de los siguientes treinta días. Si un caso se admite, lo más probable es que concluya con la emisión de una resolución puesto que no se usan otras maneras alternativas para resolver el asunto.

En el caso del Ombudsman holandés, este primero debe determinar si tiene jurisdicción sobre una queja determinada. Una vez que la petición se ha examinado bajo los criterios pertinentes de prevención y evaluación, se estudia su admisibilidad. El Ombudsman Nacional tiene poderes discrecionales que le permiten decidir no continuar la investigación de un caso o terminarlo en alguna etapa del proceso. Las provisiones más importantes en este respecto se relacionan con:

- a. El primer paso para el Ombudsman Nacional es determinar si tiene jurisdicción.
- b. Una vez que se decide sobre la jurisdicción, se examina también la admisibilidad.
- c. El Ombudsman Nacional tiene los poderes discrecionales que le permiten decidir si seguir la investigación solicitada o finalizarla en cualquier etapa del proceso.

Al respecto, las provisiones más importantes sobre los requisitos de una petición son:

- Estar dentro de una fecha tope del año.
- Que la petición tenga fundamento manifiesto. El Ombudsman Nacional no empezará una investigación si la información del peticionario es insuficiente.
- Que el interés del peticionario y la seriedad de la acción sean manifiestamente suficientes.
- Que el peticionario sea la persona afectada por la acción en cuestión; si no, que se cuente con el consentimiento de la persona directamente afectada antes de avanzar con la investigación.
- Que el recurso no haya sido presentado ni tratado por el Comité Parlamentario de una de las dos cámaras del Parlamento para prevenir la duplicidad de acciones.
- Que la queja no sea tratada por otro cuerpo independiente.
- Que el peticionario, en caso de poderse oponer o apelar contra la acción en cuestión, no haya dejado pasar esa oportunidad negligentemente.
- Que la queja no sea de la competencia de otra autoridad administrativa.

En el caso del Ombudsman europeo, todo reclamo queda registrado en la institución. El primer paso es informar al demandante acerca del examen de la queja. Esto entra dentro de las competencias del Defensor. Según el artículo 195 del Tratado de la Comunidad Europea, el Ombudsman puede recibir las quejas de cualquier ciudadano de la Unión o cualquier persona jurídica con oficina registrada en un Estado miembro respecto a casos de administración

fraudulenta en las actividades de las instituciones de la Comunidad, con excepción de la Corte y el Tribunal de Primera Instancia en su papel judicial. Esto significa que el primer paso del examen es determinar si la persona tiene derecho de presentar una queja y si la autoridad demandada pertenece a las instituciones de la CE. En consecuencia, un caso estará fuera de la esfera de su competencia:

- Si el demandante no es capaz de presentar un reclamo.
- Si el reclamo no es contra una institución de la Comunidad.
- Si el reclamo es contra la Corte o el Tribunal de Primera Instancia respecto de sus funciones jurisdiccionales.
- Si el reclamo no está relacionado a un caso de administración fraudulenta.

En caso de que la queja esté contra un Estado miembro de la Comunidad o contra alguna institución nacional de un Estado miembro, entonces el Ombudsman europeo se inhibirá de conocer el caso y contactará a los defensores del pueblo nacionales si lo considera conveniente.

CAPÍTULO II

EL DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

2.1. La protección de los derechos humanos

Los derechos humanos o fundamentales son vistos como normas de derecho creadas para garantizar a las personas una existencia decente⁵. Este concepto básico incluye las libertades personales y de la voluntad así como la dig-

⁵ Burkens, M. C. Principios de derechos fundamentales en el derecho constitucional holandés. Libro de derecho constitucional y administrativo, Volumen II, Zwolle 1989, p. 50.

nidad de la persona humana. Estos elementos pueden ser protegidos solamente si se garantiza a cada persona una serie de condiciones que permitan el desarrollo personal.

Un aspecto importante de los derechos humanos es el rol de los individuos como sujetos de gobierno⁶. El gobierno debe cumplir ciertas funciones para viabilizar los derechos humanos y las personas deben contar con los medios para hacerlos efectivos y reclamarlos en caso de que les sean negados.

Los derechos humanos se fundamentan en reconocer que su implementación depende de ciertas formas de acciones gubernamentales. En ciertos casos, los gobiernos se encuentran compelidos a omitir actos que violenten estos derechos, mientras que en otros casos, la obligación gubernamental es realizar actividades necesarias para posibilitarlos. Los derechos humanos proveen la base para legitimar las acciones del gobierno en la medida en que afecten el funcionamiento de los individuos y la sociedad⁷.

La necesidad de los gobiernos de respetar los derechos fundamentales y las libertades de los individuos se encuentra fuera de duda, pero su mayor o menor protección marca el control de la administración pública. En países donde estos se encuentran amenazados, tanto las oficinas de los Ombudsman como el órgano judicial tienen que trabajar duro para asegurar que las autoridades observen el debido respeto de tales derechos y libertades. Solamente cuando el respeto de los derechos fundamentales está suficientemente garantizado, se puede dar una oportunidad de considerar otros elementos para una apropiada administración.

Los derechos humanos, incorporados en las constituciones, representan una expresión acerca de las expectati-

⁶ The Ombudsman Journal, No. 12, 1994, pp. 1-17.

⁷ Idem.

vas que la sociedad tiene sobre las autoridades⁸. En todo caso, la protección de la persona de las acciones de la administración, especialmente aquellas que pueden impactar a la sociedad, deben ser consideradas dentro de la visión de la protección de los derechos humanos. Estos son una limitación al poder del Estado y a las acciones de sus funcionarios.

2.2. El control de la administración

Las personas deben ser protegidas en sus derechos humanos, responsabilidad que recae en todos los órganos del Estado. Sin embargo, es obligación del Ombudsman controlar que el gobierno cumpla esa obligación. En El Salvador, y de conformidad con el mandato constitucional, la Procuraduría es el “gran controlador” de las operaciones de las instituciones del Estado, que incluye al órgano judicial, la Corte de Cuentas y el Parlamento.

Sin embargo, la Procuraduría no es una enorme corte administrativa responsable de dictar “sentencias morales” en miles de casos; esta percepción errada solo ha contribuido a generar una idea ambigua de su alto mandato constitucional⁹. El control de la administración de parte de la Procuraduría no substituye otras instituciones en la ejecución de sus acciones, pero sí las empuja a cumplirlas según las leyes, la Constitución y los instrumentos internacionales.

Dentro de esta perspectiva, la Procuraduría debe operar como una especie de auditor. Tal como lo ha interpretado el mismo Procurador, en la lógica de la transparencia y la efectividad, un auditor es un experto independiente que revisa que la utilización de los fondos que una institución ha gastado sea conforme a reglas admisibles y válidas, las cuales eventualmente pueden ser objeto de una

⁸ *Ibidem*.

⁹ Constitución de los Países Bajos y Ley del Ombudsman Nacional de los Países Bajos, sección 2, subsección 2.

revisión o examen de cumplimiento de ciertos objetivos de trabajo no económicos. Al final de un período específico, el auditor envía su reporte a la Asamblea General de Accionistas - en el caso de asociaciones privadas - para indicarles si el manejo ejecutivo de ese negocio ha sido transparente y efectivo, notificándoles las dificultades y errores observados, incluidos aquellos casos donde tales dificultades y errores condujeron a mandatos ambiguos de la misma asamblea¹⁰.

Sin pretender una comparación mecánica, la función de la Procuraduría en relación con la administración puede ser asimilada con la de auditor en el sentido de que el Procurador es responsable de revisar que el poder confiado por el pueblo al Estado está limitado por y enfocado hacia la protección de los derechos humanos.

2.3. Un concepto de buen gobierno

Existen diversas y ambiguas definiciones de buen gobierno provenientes de distintas fuentes. Todas cubren ciertos aspectos de lo que se espera sean los actos de la administración. Sin pretender dar una definición final, se debe analizar algunas de las definiciones más comunes:

- Desde una aproximación de los derechos humanos, buen gobierno es la transparencia y el logro responsable de las funciones de la autoridad y el uso apropiado de los recursos por el gobierno... Buen gobierno concierne el logro de tres tareas elementales de todo gobierno: garantizar la seguridad a todas las personas y la sociedad en general; establecer una franja efectiva de trabajo al sector público, al sector privado y a la sociedad civil y, promover ayuda económica, social y de otra índole, de acuerdo a los deseos de la población¹¹.

¹⁰ Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador: fundamentos del trabajo de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, San Salvador, 2002, p. 73.

¹¹ Human Rights Reference Handbook, p. 97.

- A nivel europeo, el gobierno envuelve la naturaleza de la interpretación entre las instituciones formalmente establecidas y la sociedad civil. La Comisión Europea interpreta al gobierno como reglas, procesos y conducta que afectan la forma con la cual los poderes son ejercidos a nivel europeo, particularmente en lo relativo a apertura, participación, responsabilidad, efectividad y coherencia. Buen gobierno está asociado a una serie de valores los cuales son sostenidos para aplicarlos tanto a los actores públicos como a los privados, así como al sistema en su conjunto¹².
- El Consejo de Ministros definió en su resolución de 1991 al *Buen Gobierno* como “una política económica y social sensible, un proceso de toma de decisiones democrática, una adecuada transparencia gubernamental y responsabilidad financiera, la creación de un ambiente de mercado amigable para el desarrollo, medidas para combatir la corrupción, así como el respeto del Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades de prensa y expresión. La Comisión Europea encuentra cinco principios de buen gobierno: Apertura, participación, responsabilidad, efectividad y coherencia. El Papel Blanco, donde se describen estos principios, fue creado al iniciar el proceso de construcción de una política gubernamental. Estos principios deberían guiar la Unión en organizar la forma en que trabaja y empuja hacia delante dentro del Tratado, pero también proveen a los hacedores para el debate del futuro de Europa”¹³.
- El PNUD define *buen gobierno* como “el ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa para manejar los asuntos de un país a todo nivel. Buen go-

12 Gobernabilidad europea, el Papel Blanco, COM (2001) 428 Final. 25 de julio de 2001.

13 Idem.

bierno es entre muchas cosas, participatorio, transparente, responsable. Es además efectivo y equitativo. Promueve el Estado de Derecho”¹⁴.

- *Buen gobierno*, para el Comité de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es democracia, respeto por todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, a un gobierno y administración transparente y responsable en todos los sectores de la sociedad, así como una participación activa de la sociedad civil, son partes esenciales de las bases necesarias de un desarrollo sostenible centrado en la realización social y personal¹⁵.

Todas estas definiciones comparten aspectos comunes como el respeto por el estado de derecho y los derechos humanos, transparencia, participación y responsabilidad¹⁶. Estos elementos dan una idea, todavía en debate, de la existencia de un concepto universal de Principios de Buen Gobierno y de que estos tienen asidero a nivel universal ya que pueden ser encontrados en cada sistema legal. Hasta cierto punto, la comparación de los principios en los sistemas legales salvadoreño, holandés y europeo constituye un intento por confirmar esta tesis.

2.4. El acto apropiado y el Ombudsman Nacional del Reino de los Países Bajos

La figura del Ombudsman Nacional de los Países Bajos ha sido incluida en el artículo 78 de su Constitución, pero no especifica sus funciones y tareas. La Constitución establece que el Ombudsman Nacional debe investigar acciones realizadas por las autoridades administrativas y

14 PNUD. Documento de política: Gobernabilidad para el Desarrollo Humano Sostenible, 1997.

15 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resolución 1998/ 72.

16 Oldenziel, Martine. Principios de Buen Gobierno en el Derecho Comunitario. Universiteit Utrecht, junio 2003, p. 14.

que sus facultades y mecanismos de acción deben ser regulados por un Acto del Parlamento, es decir, por una ley.

El artículo 26 de la Ley del Ombudsman expresa que su obligación es determinar si la autoridad administrativa actuó apropiadamente en el asunto bajo investigación. Con los reportes de la investigación, el Ombudsman formula su juicio en el que declara si el acto ha sido apropiado o no. El asunto es definir qué se entiende por apropiado bajo el ámbito de acción del Ombudsman Nacional.

La *propiedad*, como tal, no ha sido claramente definida. En su lugar, el Ombudsman hace uso de una serie de criterios de acierto o estándares para definir cuándo una conducta es apropiada; estos serán explicados más adelante. Si la autoridad actúa conforme a los estándares, entonces se dice que actuó apropiadamente. El diseño de tales estándares responde a lo que se espera que la administración haga en cada acto y aunque el Ombudsman no los asemeje con los Principios de Buen Gobierno, el contenido de ambos es muy similar.

2.5. El concepto de mala administración en el sistema europeo

El Tratado de la Comunidad Europea ha incluido el concepto de *mala administración* para calificar las actuaciones de los organismos comunitarios. Este concepto está vagamente definido, no sin numerosas críticas. Mientras unos argumentan que la falta de definición puede ser perjudicial en algunos casos, otros consideran esta situación como una fortaleza, pues no se limita el concepto y se permite considerar varios aspectos de la mala administración conforme las circunstancias del caso¹⁷. Según el Ombudsman europeo, la mala administración se produce cuando “un organismo público no realiza sus acciones de conformidad con las normas a las que se prevé ligado”¹⁸.

17 Fennel, Katja, op. cit., p. 5.

18 Ombudsman europeo: Reporte Anual 2001, p. 13.

Según la visión de Jacob Sodermann, primer Ombudsman europeo, era positivo sostener la vaguedad del concepto, pues debía ser la jurisprudencia de las Cortes y la literatura del derecho administrativo europeo y de los sistemas nacionales las que debían hacer entender mejor qué es una buena o una mala administración. De ahí que se produzca una referencia vaga al concepto de mala administración en el primer reporte anual del Ombudsman europeo de 1995. Este documento explica que puede existir mala administración si una institución o cuerpo comunitario falla en actuar de conformidad al Tratado y con los actos de la Comunidad que son obligatorios, o fallan en observar las reglas y principios de derecho establecidos por la Corte de Justicia y las Cortes de Primera Instancia; la mala administración también puede derivarse de situaciones tales como irregularidades administrativas, negligencia, omisiones, retrasos injustificados o rehusar dar información¹⁹.

El Parlamento Europeo, sin embargo, instó al Ombudsman a definir mala administración de forma clara. En el reporte anual de 1997, Sodermann declaró que,

“la mala administración ocurre cuando una entidad pública falla en actuar de acuerdo a un principio o regla al cual se encuentra obligado”²⁰.

En 1998, el Ombudsman europeo dio un paso más hacia delante en la clarificación del concepto, creando una serie de reglas de lo que constituye una buena administración. Estas reglas serían establecidas en el Código de Buena Conducta Administrativa el cual explica el comportamiento esperado de los oficiales en relación con el público. Este instrumento recoge las normas y principios que las instituciones y cuerpos de la Unión Europea, su administración y sus oficiales deben respetar en su rela-

19 Ombudsman europeo: Reporte Anual 1995, Luxemburgo: Oficina para las Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea, 1996, sección I.3.2.

20 Ombudsman europeo: Reporte Anual 1997, p. 22 f.

ción con sus habitantes. La definición también impone informar a las personas sobre el comportamiento que pueden esperar de la administración y sus oficiales²¹.

En todo caso, el Ombudsman sigue siendo de la opinión que sería más satisfactorio que los estándares de buena administración desarrollados en cada caso - como principios de buena administración - fueran incluidos en el Código de Buena Conducta Administrativa y no como regulaciones con una definición supuestamente finalizada.

2.6. La conexión entre derechos humanos y buen gobierno

Los derechos humanos y el buen gobierno son dos caras de una misma moneda. Por una parte, los derechos humanos son un aspecto importante del buen gobierno en el sentido de que el comportamiento de la administración puede marcar la diferencia entre asegurar o no la dignidad humana; en todas las definiciones, los derechos humanos son uno de los elementos asociados con el buen gobierno. Por otra parte, el buen gobierno es una herramienta trascendental para proteger algunos aspectos de los derechos humanos. Si en los derechos humanos se hace uso del concepto de buen gobierno, la responsabilidad del Estado es más fácil de identificar, y esto hace las resoluciones en este campo más efectivas. En otras palabras,

“buen gobierno y derechos humanos se encuentran íntimamente relacionados. Ellos pueden fortalecerse mutuamente de maneras importantes. A ambos les interesa el tema del estado de derecho y la equidad en los resultados de las políticas públicas. Ellos se entrecruzan en áreas específicas, aunque su objetivo esencial se mantenga distante. El buen gobierno trata de proveer a la sociedad con un marco de trabajo para la efectiva y equitativa generación y distribución de la riqueza, mientras que los derechos humanos se con-

21 Fennel, Katja, op. cit., p. 7.

centran en proteger la dignidad inherente a todos y cada uno de los individuos”²².

Los derechos humanos son entendidos como inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables equitativamente a todos, y los Estados deben realizar actividades para protegerlos y reforzarlos. Estos derechos se encuentran protegidos por el estado de derecho, el cual debe crear *inter alia* cortes imparciales e independientes y procesos justos a fin de tutelarlos. Es en este sentido que el buen gobierno y los derechos humanos se encuentran conectados. Ambos quieren alcanzar el respeto por el estado de derecho y la equidad en los resultados de la actividad del Estado²³.

El enlace entre buen gobierno y derechos humanos ha cambiado a lo largo de los años. En los setenta, el castigo era impuesto a países receptores de ayuda que violentaran los derechos humanos. En los ochenta, el desarrollo se enfocó en la promoción de los derechos humanos aún en países en conflicto, y con el fin de alcanzar el desarrollo humano, era necesario que la población participara en el proceso de desarrollo. En los noventa, el apoyo para el desarrollo también fue dirigido a los individuos y no a los gobiernos si estos continuaban violando los derechos humanos. Las iniciativas estaban dirigidas a promover los derechos humanos y la democracia. Esto incluía además fortalecer sistemas democráticos y de elecciones, fortalecer el órgano judicial y promover el papel de las organizaciones no gubernamentales (ONGs)²⁴.

22 Human Rights Reference Handbook, p. 97.

23 Addink, G.H. From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance. Escrito para el IUS Commune Seminar, junio 2002, p. 13.

24 Oldenziel, Martine, op. cit., p. 22.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO EN EL SALVADOR, EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS Y EUROPA

3.1. ¿Por qué el uso de principios?

En un sistema de tipo francés los principios pueden ser utilizados como herramientas para proteger un derecho en caso de vacío legal. Los principios, pese a generar acciones y ser obligatorios, poseen mayores limitaciones que los derechos respecto a su tutela y protección, y pueden ser más complicados de definir y proveen medios más difusos de protección.

Sin embargo, en otros sistemas legales existe más espacio para el uso de otro tipo de normativas que, sin ser tan detalladas como una ley, pueden incluir elementos que las hagan más contundentes en su obligatoriedad. En esta clase de sistemas, donde se les permiten ciertos poderes discrecionales a las autoridades, los principios pueden ser útiles para determinar responsabilidades. Puede discutirse que los aspectos de obligatoriedad legal de los principios son posibles porque existe la discrecionalidad y porque clarifican las reglas interpretadas aplicables a actos derivados de tal discrecionalidad.

El tema del uso de principios se encuentra en discusión desde la visión positivista. Se alega que el marco de trabajo del positivismo está limitado porque no puede contar para todos los principios morales que figuran en la práctica legal. El rol que algunos principios morales juegan en el derecho sólo puede ser tomado en cuenta dentro de la perspectiva hermeneútica ausente. Algunos, como Harts, erróneamente reducen la dimensión hermenéutica del derecho a una descripción sociológica del comportamiento social, esto es limitativo a la auto imagen y auto concepción de los abogados²⁵.

²⁵ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Londres, 1986, capítulo 2, en Addink, G. H., op. cit., p. 8.

Se hace una distinción entre principios y reglas y se establece que los principios de una administración justa son principios y no reglas. Este carácter instrumental de tales principios debe encajar dentro del sistema del derecho administrativo que tradicionalmente los reconoce como garantías judiciales en lugar de instrumentos. Esto se logra definiéndolos instrumentalmente en su función de proveer garantías, y las garantías jurídicas como instrumentos. Esto resulta en un sistema que, conforme a las ideas de Dworkin, puede llevar a obtener respuestas a preguntas del derecho que actualmente son de interés en una comunidad como las respuestas que proveen la mejor interpretación posible de las políticas y el derecho dentro de la comunidad²⁶.

En parte debido a la dimensión dogmática legal, la perspectiva del enfoque de los principios es especialmente sensible a la fuerza legal de tales principios. Existen dos puntos de particular importancia. El primero es que los principios que implican la mejor interpretación de una materia legal relevante forman parte del derecho. Esto por supuesto en una descripción ideal; en la realidad uno probablemente ve una evolución gradual en diferentes principios desde el derecho caracterizado por suave o blando²⁷ hasta constituir derecho duro, el cual para algunos es el verdadero derecho. El segundo punto es que estos principios se encuentran relacionados a la materia legal la cual trae su propia normativa obligatoria específica²⁸.

Se puede afirmar que los principios generales no son, o ya no son, utilizados simplemente para llevar vacíos dejados entre las provisiones legales dictadas por los creadores de normas, constituciones o tratados. Por el contra-

26 *Ibid.*, p. 10.

27 Conocido como *soft law*: se discute si son fuentes de derecho.

28 *Idem*, p. 11.

rio, son una parte integral de las herramientas conceptuales utilizadas actualmente por los jueces para la resolución de conflictos²⁹.

Los Principios de Buen Gobierno constituyen una interpretación de reglas expresadas en las normas jurídicas; en ese sentido se relacionan a estas en dos maneras. Por un lado tienen que ser, como cualquier herramienta de interpretación, coherentes para encajar con dichas normas. Sin embargo, los principios exhortan a influir en tales reglas. Dworkin clarifica este punto en un ejemplo imaginario de lo que deben ser las “Reglas de Cortesía”, donde los requerimientos de estas no son necesariamente o exclusivamente lo que siempre se han considerado que son, sino que son sensibles en este punto, el establecer y entender reglas estrictas que van a ser aplicadas, extendidas, modificadas, calificadas o limitadas por ese punto. Como un caso especial podemos mencionar la situación en la que un principio que implícitamente ha sido parte del derecho es, en cierto momento, codificado como parte de la legislación³⁰.

En este momento la tendencia clásica del *ius naturalismo* ha tratado de deducir en una forma analítica los principios del derecho en el concepto humano de naturaleza, encontrando poco apoyo. En lugar de esto, el *ius naturalismo* busca la fuente de los principios legales en la generalidad del consenso racional, producto del diálogo libre y sin exclusiones entre los seres humanos en situación de equidad y atendiendo a los resultados de las experiencias históricas³¹.

²⁹ Koopmans, T. *General Principles of Law in European and National Systems of Law: a Comparative View*, en *General Principles of European Community Law*. Kluwer Law International, 2000, p. 25.

³⁰ Ver Addink, G.H., *op. cit.*, p. 12.

³¹ Schiffrin, Leopoldo H. “Consideraciones sobre la Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Interamericana”. Doctrina publicada en la revista del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Tomado de: www.csj.gob.sv.

Existen diferentes definiciones de los principios de buena administración. Se ha considerado que tales principios son un balance entre las necesidades de los servidores públicos mientras realizan sus funciones y una apropiada administración. De alguna forma describe cómo los servidores públicos deben comportarse y cómo los intereses de las instituciones deben ser preservados³².

3.2. Principios de Buen Gobierno en el sistema legal de El Salvador

En El Salvador no existe una codificación de los Principios de Buen Gobierno. Muchos principios, sobre todo derivados del derecho constitucional, son usados en diferentes áreas, incluida la administrativa, los cuales son encontrados en la jurisprudencia salvadoreña. Los principios descritos en esta investigación han sido desarrollados por la Corte Suprema de Justicia, específicamente en las salas de lo constitucional y de lo contencioso administrativo. Algunos principios, no relacionados con asuntos administrativos, pueden ser encontrados en varias leyes, pero estos no serán detallados aquí por no ser relevantes para el propósito de esta investigación. Esta parte refleja sólo los principios constitucionales y administrativos que están directamente relacionados con el concepto de buen gobierno.

3.2.1. Principio de interpretación según la Constitución

En todo Estado de derecho la Constitución es la norma suprema; de ahí se extrae el principio de que la ley o cualquier otro tipo de normas deben ser interpretadas conforme a la Constitución. En caso de que existan diversas posibilidades de interpretación de la norma, se debe escoger aquella que sea acorde con la Constitución y rechazar la que se oponga a esta.

³² Ver Papadonpolou, Rebecca. *Société des usines à tuves de la Sarre*.

Este principio se fundamenta en la unidad de todo el ordenamiento jurídico, del cual se crean preceptos, principios y valores constitucionales. Esto permite aplicar normas tomando en consideración la supremacía del texto constitucional, conforme al artículo 246 de la Constitución³³.

3.2.2. Principio de legalidad

Conforme al artículo 11 de la Constitución salvadoreña, nadie puede ser privado de su libertad o de cualquier derecho fundamental sin haber sido oído y vencido en juicio conforme a leyes previamente establecidas. Además, el artículo 8 determina que nadie se encuentra obligado a realizar lo que la ley no manda ni a privarse de lo que esta no prohíbe. En otras palabras, y considerando una interpretación de estos artículos, una persona solamente puede ser privada de sus derechos fundamentales conforme a las leyes y puede realizar cualquier acto no prohibido por la ley. Si bien la existencia de una ley es condición indispensable para poder restringir conductas, se requiere además que dicha ley se apegue a la Constitución.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha definido que el principio de legalidad tiene una serie de consecuencias: a) el principio de reserva de ley; b) la prohibición de la retroactividad; c) el principio de inferencia y seguridad legal; d) la prohibición de la analogía; y, e) el principio *non bis in idem* o prohibición de doble juicio³⁴.

Debido a tales consecuencias, la legalidad implica no solamente la sujeción a las leyes sino, además y sobre todo, la sujeción a la Constitución. No se debe olvidar que sobre la expresión “ley”, y por virtud de los principios

33 Sentencia del 28/05/97, Ref. 45-B-95, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

34 Sentencia del 16/II/99, Cámara de San Vicente, El Salvador.

constitucionales de supremacía, jerarquía regulatoria y regularidad legal, las leyes deben estar conforme en contenido y forma con la normativa constitucional, al igual que los razonamientos administrativos y judiciales.

La aplicación del principio en todo proceso implica, que la idea previa de proceso debe ser legal y, sobre todo, constitucionalmente adecuada: debe respetar los derechos y principios constitucionales así como los derechos, obligaciones y oportunidades de las partes de recibir iguales oportunidades en cualquier instancia³⁵.

Dentro del derecho administrativo, este principio implica la sujeción de la administración al cumplimiento de las atribuciones y competencia establecidas por las leyes; es decir, todas las entidades públicas se encuentran ligadas por este principio mientras cualquier acción de estas se entienda necesaria para ejercer el poder atribuido por cualquier norma legal, la cual concede y limita³⁶. Conforme al artículo 86 de la Constitución, la administración de El Salvador está sujeta a este principio en el sentido de que, en el ejercicio de una función administrativa, no posee más facultades legales que las explícitamente reconocidas por las leyes.

La administración pública esta circunscrita a los parámetros establecidos en el marco legal y al hecho de que la administración es estrictamente delimitada en su forma y campo de acción; en teoría esto implica que sus actos siempre se entienden ajustados a las leyes, que a su vez se apegan a la Constitución, y por tanto deberían ser legales. Sin embargo, en la práctica, la administración siempre se sale de tales parámetros y, por tanto, el legislador incluye dentro de las regulaciones la posibilidad de que esto ocu-

35 Sentencia del 25/V/1999. Ref. 167-97, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

36 Sentencia de inconstitucionalidad, 31/VIII/ 2001, Ref. No. 33-2000, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

rra y las consecuencias y responsabilidades en tales casos (por ejemplo, establecer nulidades, la inexistencia del acto dictado en casos de mayor seriedad, penas o multas, arresto, etc.).

Sin lugar a dudas, el principio de legalidad es el más utilizado dentro de todas las áreas del derecho. En el caso de la administración, cualquier queja deber ser analizada bajo este principio. Si bien el sistema legal salvadoreño se basa principalmente en el sistema francés, el rol de la legalidad es crucial. Para el Procurador, la legalidad también juega un papel determinante a fin de establecer responsabilidades administrativas; sin embargo, él hace el análisis desde la perspectiva de la Constitución y los instrumentos de derechos humanos a nivel regional e internacional, dejando a un lado el uso de este principio que en diversos casos puede ser más sólido para fundamentar la resolución.

3.2.3. Principio de certeza legal (seguridad jurídica)

De alguna manera, la certeza legal ha sido desarrollada a partir de la seguridad jurídica. Este principio se relaciona con el tratamiento que toda persona debe recibir de la administración, de conformidad con la ley. La Constitución está muy relacionada con el principio de igualdad, mencionado en los artículos 3 y 11, ligados a la necesidad de tener un proceso pre-establecido conforme a la ley para poder afectar derechos fundamentales. Los artículos constitucionales también se vinculan con el artículo 15, el cual determina que:

“Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”.

Los artículos antes mencionados son de importancia para este principio. La Sala de lo Constitucional ha explicado que para establecer el principio de certeza legal se

hace indispensable señalar lo que fue indicado por la Comisión de Redacción de la presente Constitución de 1983.

Este reporte estableció que:

“El artículo 2 del proyecto determina que toda persona tiene el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, el empleo, la propiedad y la posesión y debe ser protegida en la conservación de estos. Un concepto similar fue incluido en el artículo 163 de la Constitución de 1962. La comisión adicionó el derecho a la seguridad. Este concepto de seguridad que se incluye es, en opinión de la comisión, algo más que un simple concepto material de seguridad. No se refiere solo al derecho de una persona de garantizarle su libertad o estar exenta de peligro, daño o riesgo, o ser protegida de cualquier amenaza legal a sus derechos, sino además al derecho a la seguridad legal como concepto etéreo. Es la certeza en el Estado de Derecho, en el sentido que el Estado siempre protegerá los derechos tal cual los declara. Así en consecuencia, este principio impone a todos los Estados la obligación ineludible de asegurar la protección de los derechos constitucionales, limitando de esta forma las facultades de los poderes públicos... desde la perspectiva del derecho constitucional, la seguridad legal es la condición resultante la preexistencia de un código legal, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a las arbitrariedades del poder público, condiciones indispensables para el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho.

La seguridad legal constituye de tal suerte un derecho fundamental que toda persona posee contra el Estado y constituye una obligación para el Estado así como para los gobernados, pero entendió como una obligación de naturaleza positiva, entendida no como un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias por la misma ley”³⁷.

Al respecto, Enrique Alvarez Conte sostiene que la seguridad legal es un principio que afecta directamente a los

³⁷ Sentencia de amparo, 15/VI/1999, Ref. 74-98 y sentencia de amparo, 26/X/1999, Ref. 221-98, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

ciudadanos, por ello deben poder predecir la aplicación de un derecho por parte de los poderes públicos; en otras palabras, es

“la expectativa razonablemente fundamentada del ciudadano la cual debe ser la acción del poder en la aplicación del derecho”.

De acuerdo a las líneas jurisprudenciales salvadoreñas, la seguridad jurídica debe ser entendida como la certeza que el individuo posee de que su situación legal no será modificada más allá que por el proceso regular y las autoridades competentes, ambas establecidas previamente por la ley y de conformidad con la Constitución, sin temor a la arbitrariedad o la opresión. Por tanto este principio, considerado un derecho fundamental, está íntimamente ligado a la prohibición de la arbitrariedad y el uso indebido del poder utilizados en los Países Bajos. La seguridad legal implica una actitud de confianza en la validez del uso de la coerción, y una previsión razonable de lo que puede suceder en el futuro en términos de la aplicación del derecho en casos concretos. En otras palabras, este “derecho” le permite a la persona predecir las consecuencias legales de sus acciones, así como las garantías constitucionales involucradas en estas³⁸.

3.2.4. Principio de prohibición de la retroactividad

La jurisprudencia constitucional ha indicado la idea fundamental de determinar si existe o no la aplicación retroactiva de la ley, y esto implica considerar si una situación legal que sería regulada lo ha sido durante la vigencia de la norma previa o durante la nueva norma. La retroactividad implica, en términos básicos, que la nueva ley es aplicada suprimiendo o modificando las consecuencias legales de un hecho ocurrido bajo el imperio de una ley anterior. Una norma es retroactiva cuando extiende su

³⁸ Ver sentencias de amparo, 08/VI/1998, Ref. 110-98 y 08/VI/1999, Ref. 115-98, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

eficacia a hechos consumados con anterioridad, previo el tiempo o fecha de su sanción o promulgación.

Este principio tiene rango constitucional puesto que el artículo 21 de la Constitución establece que

“Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente. La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad para determinar, dentro de su competencia, si una ley es o no de orden público”. En ese sentido, el artículo 9 del Código Civil contempla la irrevocabilidad como una regla general, expresando que “la ley no puede aplicarse sino para el futuro y nunca tendrá efecto retroactivo”³⁹.

Este principio, sin embargo, tiene las excepciones claramente establecidas en la Constitución y la ley civil. En la Constitución, la retroactividad debe ser aplicada en el campo penal, cuando una nueva norma sea más beneficiosa que la anterior. Existen muchas discusiones en este punto sobre si este artículo se refiere también al procedimiento penal y hasta dónde la retroactividad será usada en el pasado. Además, también se discute qué puede ser considerado como un asunto público y cómo tal circunstancia puede ser determinada por la Corte Suprema de Justicia. Aún no existe un procedimiento claro dentro de la Corte para que esta determine la naturaleza pública de una ley a efecto de que sea aplicada retroactivamente.

En el caso de la ley civil, el segundo párrafo del artículo 9 determina que las leyes que están limitadas a declarar el sentido de otras leyes cuyos conceptos son oscuros o confusos, serán consideradas como incorporadas a la ley anterior pero no pueden afectar los efectos de las sentencias pronunciadas con anterioridad. Este artículo, en términos generales, confirma la irrevocabilidad de este prin-

³⁹ Sentencia de inconstitucionalidad, 27/III/2001, Ref. 22-1997, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

cipio salvo en casos de leyes creadas para interpretar otras normas, con los efectos legales previamente considerados, las que no pueden afectar resoluciones hechas con otras interpretaciones distintas a las de nueva ley⁴⁰.

3.2.5. Principio de igualdad

En cuanto al principio de igualdad, la Constitución hace referencia a este en su artículo tercero⁴¹. Adicionalmente, la Sala de lo Constitucional distingue la igualdad en la formulación de leyes relativas a la igualdad en la aplicación de las leyes. Esta última no implica una igualdad absoluta que obliga siempre a tratar igual todos los casos que se suponen son similares. Supone que, en casos donde existe una identificación sustancial, cualquier diferencia debe ser suficientemente razonada o motivada. Desde esta perspectiva, existe una obligación de la administración de motivar todas las resoluciones que han sido separadas de un criterio continuo en acciones previas.

En ese sentido, cuando existe una similitud completa entre las circunstancias objetivas y subjetivas de dos casos concretos, la conclusión más consecuente será que el criterio adoptado en el caso precedente sea el mismo en ambas situaciones. Pese a esto, si la administración acepta cambiar un criterio, este debe estar fundamentado por una justificación para modificarlo, es decir, mostrar las razones objetivas que llevaron a resolver diferente del criterio mantenido hasta ese momento en relación con el significado de los derechos y principios constitucionales que deben ser protegidos en el caso particular⁴².

40 Sentencia de lo Contencioso Administrativo 28/05/97, Ref. 45-B-95, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de El Salvador.

41 “Artículo 3. – Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencia de nacionalidad, raza, sexo o religión”.

42 Sentencia de amparo, 30/XI/2001, Ref. 245-2000. Sala de lo Constitucional de El Salvador.

Stare decisis

Además del principio de igualdad, y como un desarrollo posterior de este, la Sala de lo Constitucional ha establecido jurisprudencia relativa al *Stare decisis*. A fin de apoyar los principios constitucionales de seguridad legal e igualdad legal, la sala considera la necesidad de que ante hechos iguales la decisión debe ser igual, resolviendo que si ambos casos son análogos, tanto en su relación lógica como en sus condiciones, eso lleva necesariamente a aplicar un proceso igual a ambos⁴³.

3.2.6. Principio de cuidado

Este principio tiene diversas manifestaciones. Implica una investigación apropiada y preparación de expedientes, la posibilidad de tener acceso a documentos y derechos procesales. Como Principio de Buen Gobierno se ha desarrollado en los Países Bajos y, como tal, será explicado en el capítulo siguiente. En el caso de El Salvador, la jurisprudencia ha resuelto varios aspectos de este principio que son presentados a continuación:

a) Debido proceso

El debido proceso es considerado como una serie de principios constitucionales que pretenden articular el desarrollo de los procesos, particularmente en derecho penal, aunque extensible a otras áreas del derecho. Estos principios permiten que la investigación de una falta y la decisión de responsabilidad sean concordantes con parámetros previamente establecidos por la regulación constitucional y el proceso legal. El debido proceso reúne otras garantías como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la igualdad procesal, las cuales hacen posible

⁴³ Sentencia de amparo, 28/II/2000, ref. 105-2000. Sala de lo Constitucional de El Salvador.

que el proceso asegure un respeto eficiente de los derechos fundamentales⁴⁴.

La Sala de lo Constitucional entiende por debido proceso la obligación de todo juez de ser guiado y basar sus resoluciones en las leyes promulgadas con anterioridad al caso, de apegarse al texto de la Constitución y las leyes sin arbitrariedad o abuso del poder.

b) Pronta y debida justicia

El retraso injustificado de las resoluciones puede afectar derechos fundamentales. La obligación de dar resoluciones en todo asunto se ha desarrollado en el derecho penal en el que un retraso injustificado puede producir detención ilegal. La Sala de lo Constitucional ha dicho que,

“el derecho procesal [en área penal] es claro en indicar que al final de la audiencia preliminar, después de las notificaciones respectivas, la diligencia será remitida dentro de las cuarenta y ocho horas al tribunal de sentencia, y hacer lo contrario constituye una violación al debido proceso. El derecho al debido proceso asegura a los ciudadanos la observancia de las reglas constitucionales en todo proceso, con el propósito de, por una parte, asegurar el respeto de los derechos fundamentales básicos que no pueden ser limitados sin razones justificadas, y por la otra, obtener una sentencia acorde a la ley”⁴⁵.

Sin importar su referencia al derecho penal, el derecho a una pronta y propia justicia no es aplicable sólo en esta área. En el derecho administrativo, la Cámara de lo Contencioso ha condenado al Estado por la dilación en sus resoluciones, especialmente cuando esto puede causar daño a los ciudadanos. Si la administración no resuelve el asunto principal discutido y, debido a esto, el proceso no puede continuar, la Corte Suprema de Justicia declara la

44 Sentencia de habeas corpus 9/III/1999, ref. 587-98. Sala de lo Constitucional de El Salvador.

45 Sentencia de habeas corpus 25/IV/ 2000, Ref. 334-99. Sala de lo Constitucional de El Salvador.

ilegalidad de tal conducta y forzará la continuación del proceso administrativo⁴⁶.

c) Derecho de audiencia

Dentro del marco legal salvadoreño, el derecho de audiencia tiene contenido procesal relativo a una serie de otros derechos como: a) que la persona a quien se le intenta privar de un derecho fundamental continúe bajo la protección de la ley; b) que el proceso sea celebrado ante las cortes o autoridades administrativas previamente establecidas por la ley; c) las formalidades esenciales deben ser observadas en todo el proceso; d) la decisión debe ser dictada conforme las leyes existentes con anterioridad a los hechos que motivaron el proceso.

Para la Sala de lo Constitucional el derecho de audiencia puede ser violentado por el Estado cuando la decisión ha sido hecha sin dar a las partes una oportunidad real de defensa y sin el procedimiento o proceso correspondiente en el que la administración no haya cumplido con las formalidades esenciales establecidas en las leyes⁴⁷.

d) Acceso a mecanismos de recursos

El derecho de audiencia también incluye la oportunidad del afectado de recurrir la decisión ante una instancia previamente establecida en la ley. Este recurso será presentado de acuerdo a la naturaleza de la pretensión y las normas legales aplicables. El acceso a las apelaciones legales no constituye desde la perspectiva constitucional un derecho sustantivo en sí, sino que es parte del derecho de audiencia. Si un mecanismo de apelación establecido por ley es denegado por las cortes o la administración, esto puede resultar en una violación al derecho de audiencia.

46 Ver sentencia de lo contencioso administrativo, 30/IV/1998, Ref. 26-E-97. Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador.

47 Ver sentencia de amparo, 13/XII/1998, Ref. 459-97, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

El derecho de audiencia, por tanto, se entiende no sólo para una primera instancia del órgano jurisdiccional, sino que incluye el derecho de apelar a instancias superiores previamente establecidas en el sistema procesal con los requerimientos determinados por la ley⁴⁸.

e) Motivación

La resolución administrativa debe ser apropiadamente motivada. La motivación consiste en exponer los motivos que influyeron a la administración pública a emitir la resolución⁴⁹ y constituye un requerimiento ineludible, especialmente en resoluciones desfavorables para el administrado. Lo anterior implica que la inexistencia de una resolución formal en estos términos derivará en otro motivo de ilegalidad, puesto que la motivación es elemento del acto que le brinda condiciones de validez⁵⁰.

f) Coherencia

De acuerdo con este principio, las resoluciones pronunciadas por la administración deberán ser claras y coherentes con respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición. La motivación contenida en las resoluciones administrativas debe guardar relación con el problema que intenta resolver. De esta forma, el individuo sabe el motivo de la decisión en caso de ser desfavorable, recurriéndola ante la autoridad competente. A través de la motivación, el elemento objetivo del acto administrativo, la administración expresa las razones para adoptar la decisión. La revisión de la motivación del acto reclamado resulta vital para examinar la legalidad del acto que en sí mismo es adverso⁵¹.

48 Ver inadmisión del proceso de amparo, 16/II/1999, Ref. 13-99, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

49 Sentencia de lo contencioso administrativo 20/III/1998, Ref. 75-A-95, Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador.

50 *Idem*.

51 Sentencia de lo contencioso administrativo 30/IV/1998, Ref. 26-E-97, Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador.

3.2.7. Principio de participación pública (en relación con el Parlamento)

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha establecido la necesidad de la participación pública en relación con el trabajo del Parlamento pero no ha hecho otras consideraciones sobre la apertura en los debates de otros órganos o instituciones. Sobre el Parlamento, esta sala ha explicado que la publicidad implica una doble dirección: desde la Asamblea Legislativa hacia los ciudadanos - que será enfocada en un marco de trabajo basado en la libertad de información, la publicidad de las agendas, debates, votaciones y decisiones –y desde los ciudadanos hacia el poder legislativo– concerniente en la participación de asambleas ordenadas entre individuos o grupos de ciudadanos, por medio de sus representantes, y dejando el caso excluido de la publicidad y las comisiones parlamentarias o la Asamblea General, no sólo para presentar sus puntos de vista o necesidades sino para proponer acciones concretas que provengan del órgano legislativo.

Con todo esto, la publicidad cumple tres funciones básicas: educación política de los ciudadanos, fortalecimiento y promoción del principio de representatividad y control social de los órganos de gobierno; todo esto impacta positivamente en un principio de democracia. Este principio requiere que las reglas de las acciones legislativas deben ser públicas y pueden ser usadas como argumento para determinar la eficacia del trabajo legislativo así como para justificarlo razonablemente. Al mismo tiempo, esto no elimina la necesidad de la Asamblea de ser expedita y llevar a cabo con cierta confidencialidad ciertas acciones, sin embargo, no puede esconder el propósito que persigue con la emisión de la respectiva ley⁵².

52 Sentencia de inconstitucionalidad, 13/ XI/ 2001, Ref. 41-2000, Sala de lo Constitucional de El Salvador.

3.3. Desarrollo de los Principios de Buen Gobierno en los Países Bajos y Europa

3.3.1. De las normas jurídicas a la Ley de Administración General

Los Principios de Buen Gobierno pueden ser vistos como la combinación de las reglas clásicas de derecho y de normas de democracia. El Estado democrático de derecho es la fuente principal para crear tales principios; de conformidad con algunos autores⁵³ estos principios pueden clasificarse en principios de una administración apropiada; principios de una administración transparente; principios de administración con participación pública; y principios de administración de derechos humanos. Sin embargo, también se incluyen los principios de una administración responsable y principios de una administración efectiva.

El principio de legalidad implica que las actividades de la administración se basan exclusivamente en el derecho. El legislador establece principios por escrito mientras que los jueces desarrollan principios no escritos. La división de poderes se relaciona con tres funciones: legislativa, ejecutiva y de control (sea judicial o no judicial) la cual es llevada a cabo por diferentes instituciones. Tradicionalmente, el Parlamento y el órgano judicial cumplen funciones de control, sin embargo dos instituciones independientes se involucran en esta actividad cada vez más: el Ombudsman Nacional y la Corte General de Auditoría.

El desarrollo de los Principios de Buen Gobierno tiene una larga tradición pese a parecer relativamente nuevo. Se encuentran relacionados con el estado de derecho. Después de la Segunda Guerra Mundial, surgieron ideas novedosas sobre el rol del Estado en la sociedad las cuales fueron incorporadas a la administración y el derecho. Esta vi-

⁵³ Ver Addink, G. H. Op. cit., p. 15.

sión consistía en crear más legislación con mayor poder para diferentes campos de la administración. La consecuencia fue además el crecimiento del poder del órgano judicial y la necesidad de generar la participación ciudadana, especialmente en la discusión de políticas de gobierno⁵⁴.

Muchos países europeos, como Alemania y Francia, crearon desde hace muchos años leyes generales de derecho administrativo pero, en el caso de los Países Bajos, la Ley General Administrativa (GALA) fue aprobada hasta 1994, es decir, muchos años después. La función de la GALA es “armonizar la legislación y codificar los principios que han sido desarrollados en las leyes y en los casos. En muchos países estos descansan de forma general en la Constitución (Alemania) o en leyes administrativas generales (Francia), mientras que en el Reino de los Países Bajos los principios están especificados en la GALA”⁵⁵.

Hasta principios de 1990 existía mayor énfasis en los principios de una administración apropiada, que es un componente, pero no la totalidad, de los Principios de Buen Gobierno. Los principios de una administración apropiada fueron desarrollados en la rama judicial a través de casos. Bajo una aproximación histórica, esto ha sido un elemento importante en la legislación de los Países Bajos que ha coadyuvado a la aceptación de los principios, y esto se percibe en 1950 con el efecto obligatorio de las normas no escritas de una administración apropiada, desarrollada por el órgano judicial vía jurisprudencia. El término “principios de una adecuada administración” fue utilizado por primera vez en ese año.

54 Ver Addink, G. H. New development in criteria used by the Ombudsman in Central America, in the European Union and in the Netherlands. Universidad de Utrecht, Países Bajos, junio de 2003, p. 13.

55 *Idem*, p. 16.

3.3.2. Instrumentos europeos y jurisprudencia sobre buen gobierno

La Unión Europea ha desarrollado una serie de Principios de Buen Gobierno dentro de sus distintas instancias. En muchos aspectos, la Comisión, la Corte de Justicia, la Corte de Primera Instancia, la Corte de Auditoría y el Ombudsman se han centrado en la construcción y aplicación de estos principios; algunos de ellos se pueden encontrar directamente en regulaciones y directivas mientras otros son definidos vía jurisprudencia.

El *Papel Blanco de Gobernabilidad Europea* presentado por la Comisión Europea, se refiere a la forma en que la Unión usa el poder otorgado por sus ciudadanos. La Comisión remarca que este documento fue dirigido primeramente a todas las instituciones del gobierno central, regiones y sociedad civil de los Estados miembros y que debía incluir una propuesta para cambiar la visión de los actos de la Unión vía instrumentos no legislativos. El *Papel Blanco* incluyó solamente los principios de apertura, participación, responsabilidad, efectividad y coherencia, los cuales reforzarían los principios de proporcionalidad y subsidiaridad.

Sin embargo, el Papel Blanco no representa -como la GALA- la codificación de todos los principios dentro de las instituciones de la Unión, y todas las críticas a este instrumento se basaron en el hecho de que, además de no incluir todos los principios dispersos a nivel de la Unión Europea, este documento no aportaba ninguna novedad de lo que se había hecho en términos de contenido e interpretación de los principios.

Además del Papel Blanco, existe la necesidad de analizar otros documentos tal como el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa -elaborado por el Ombudsman europeo- así como el desarrollo jurisprudencial y las directivas.

3.4. Principios de Buen Gobierno en los Países Bajos y Europa

En términos generales, los principios en ambos sistemas -de los Países Bajos y Europa- se dividen en principios de una administración responsable, principios de una administración democrática, principios de una administración transparente, principios de una administración de derechos humanos y principios de una administración apropiada. Aquí no se hará referencia específica al Código de Buena Conducta Administrativa pues este será desarrollado en el capítulo siguiente.

Pese a que los principios son similares en ambos sistemas, existen algunas diferencias especialmente en relación con algunos principios de una administración apropiada, por ejemplo en la proporcionalidad o en la expectativa legítima, o en los principios de administración participativa en los que no hay una regulación o participación en el sistema europeo; además, el principio de transparencia en la administración no ha sido incluido en la regulación general. Los principios de la administración en derechos humanos no tienen diferencia de trato o interpretación así como tampoco una aplicación directa en la regulación europea o su transposición a la ley nacional. Pese las diferencias, es posible analizar ambos sistemas en conjunto debido a sus enormes similitudes.

3.4.1. Principios de una administración responsable y efectiva

A nivel europeo estos principios están más desarrollados que en los Países Bajos. En el nivel nacional, los principios de una administración efectiva son relativamente nuevos y particularmente estipulados en la nueva Ley de Cuentas del Gobierno del 2001. En términos generales, cualquier desarrollo posterior de estos principios en los Países Bajos será más efectivo debido a la influencia de la Unión Europea. Los principios de una administración res-

ponsable se pueden encontrar en la norma constitucional de los Países Bajos y también en las leyes penales y civiles⁵⁶.

Estos principios no están definidos con claridad por la Corte Europea de Justicia, la Corte de Primera Instancia o el Ombudsman europeo. En la discusión sobre buen gobierno, la responsabilidad es mencionada como un elemento pero no ha sido diseñada como principio en sí. Esta es asociada con la responsabilidad fiscal. La responsabilidad no puede ser asegurada sólo con medidas fiscales sino, además, debe ser asegurada por ley. Una persona es responsable con otra por cualquier acción y, por ende, hasta el punto de justificar tales acciones. En el caso de la responsabilidad legal, esta requiere un cuerpo público para explicar y justificar sus acciones de forma que las cortes hagan arreglos si las normas han sido transgredidas⁵⁷. Oliver ha definido la responsabilidad legal como

“responsable es sobreestablecer un marco de trabajo dentro del cual las instituciones públicas están obligadas a fortalecer el interés público y cumplir con justificar sus acciones en tales términos (justicia, humanidad y equidad); para modificar políticas si resulta que no han sido bien concebidas; y para hacer enmiendas si se han hecho errores de juicio”⁵⁸.

En el Papel Blanco del 2001, el asunto de la responsabilidad fue abordado por la Comisión Europea y fue definida como,

“los roles en los procesos legislativos y ejecutivos deben ser claros. Cada una de las instituciones de la Unión Europea deben ser explicadas y deben tomar responsabilidad por lo que hacen en Europa. Pero existe la necesidad para mayor

⁵⁶ Idem, p. 18.

⁵⁷ Arnall, Anthony. Introductions the European Union's Accountability and Legitimacy Deficit in Accountability in the European Union, en Oldenziel, Martine, op. cit., p. 16.

⁵⁸ Oliver, D. Government in the United Kingdom (1991) en idem, p. 17.

claridad y responsabilidad de los Estados miembros y en cuanto a la responsabilidad de las instituciones, se les debe reenfocar. La Comisión llamó al Consejo para “reforzar su capacidad de tomar decisiones y cortar diferentes intereses sectoriales” y “por medio de asumir su responsabilidad política bajo el método de la Comunidad, el Consejo liberará al Consejo Europeo para establecer orientaciones a más largo plazo”⁵⁹.

Este principio incluye una serie de derechos para los ciudadanos y acciones para la administración. Responsabilidad no sólo se refiere a responder sino que también se relaciona fuertemente con transparencia y acceso a información, así como a remedios administrativos o jurídicos. Compensar es también un elemento de la responsabilidad. Con esto en mente, la responsabilidad puede realizarse si estos elementos son usados efectivamente.

Tanto la Corte como el Tribunal -así como el Ombudsman- son instancias que permiten al público retar las decisiones tomadas por las instituciones comunitarias y Estados miembros. El *Locus Standy* ante el Ombudsman es más fácil para el público que ante la Corte o el Tribunal.

La responsabilidad incluye una serie de elementos como compensar y acceso a la información, incluyendo documentos relacionados con la política y documentos o archivos para ciertos casos.

Si algo afecta negativamente el interés de los miembros del público, el interesado puede presentar una queja al Secretario General de la Comisión. Más aún, puede comenzar un procedimiento judicial o una queja ante el Ombudsman europeo⁶⁰.

59 Ibidem.

60 Idem, p. 32.

3.4.2. Principios de una administración democrática

Estos principios requieren que existan derechos de participación en un proceso público de toma de decisiones. Tales derechos pueden incluir audiencias públicas; el público puede hacer comentarios en la preparación de la decisión. Los principios de una administración democrática requieren que el público se involucre en el proceso de toma de decisiones y puedan expresar su visión. En los Países Bajos estos principios se relacionan con la participación pública en las actividades de la administración. No existe una regulación general de este principio en el nivel europeo, contrario a lo que sucede en la GALA.

En el caso de los Países Bajos, estos son llamados “principios de una apropiada participación” y a veces son vistos como parte específica de los principios de una apropiada administración, particularmente con el principio de debido cuidado. Estos principios se encuentran en un tipo de legislación específica, como en leyes medio ambientales o de planificación (a principios de los 80 en lo ambiental). Sin embargo, desde 1994 han sido armonizados en la Ley General Administrativa.

A nivel europeo, y dependiendo de la naturaleza de la decisión, es deseable consultar a ciertos grupos que representan a los ciudadanos de la Unión Europea⁶¹. Revisando los casos dentro de la Unión, no existen las acciones populares en el derecho comunitario pese a que el Ombudsman ha administrado algunas quejas en las que la demanda se deriva de la acción popular. El derecho de participación se encuentra en directivas, regulaciones y en la *Convención de Aarhus*. Posteriormente, también se ha respetado lo establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre el acceso a los documentos, consultas y participación pública en asuntos medio ambientales. La Comu-

⁶¹ Idem, p. 33.

nidad Europea la ha firmado y así la Convención Aarhus se ha vuelto aplicable en el derecho comunitario.

Sin embargo, los derechos de participación no han sido desarrollados en el derecho de casos. La Corte ha establecido que la participación es un principio de la democracia que existe y se debe consultar al Parlamento Europeo, y si este no es consultado, al menos un representante debe serlo. Para el resto, la aproximación y visión es procesal. La Corte examina si se ha seguido el proceso apropiado. El Ombudsman hace lo mismo. Se esperaba que el Ombudsman tuviera más casos sobre los derechos de participación ya que este ha sido creado bajo el concepto de la ciudadanía europea. Los derechos de participación son un elemento necesario de esta. El Ombudsman también ha mencionado el derecho a la participación del público en su definición de transparencia⁶².

3.4.3. Principios de una administración transparente

Estos principios incluyen otros, por ende se les considera un supra principio. En los Países Bajos se considera que existen cinco elementos de transparencia: acceso a documentos; conocimiento sobre quién toma la decisión; comprensión y acceso en la toma de decisión; consulta, y la obligación de dar razones para la toma de decisión.

La falta de transparencia es una de las grandes críticas a la Unión Europea. Los ciudadanos no saben qué sucede en las instituciones de la Unión y no entienden su importancia. Para mejorar la transparencia, las leyes así como los papeles verdes y las recomendaciones han hecho enmiendas que han sido corregidas por la Unión. Para el Ombudsman europeo, la tarea de su institución debe ser,

“buscar formas para enlazar las estructuras de responsabilidad y transparencia en las instituciones europeas, para con-

62 Ver *idem*, p. 35.

tribuir a la reducción del déficit democrático y mejorar la calidad de la democracia a nivel europeo”⁶³.

El principio de transparencia es una unión de muchos Principios de Buen Gobierno que incluye acceso a la información y a los documentos. En la Unión Europea existen muchos casos donde tal acceso ha sido permitido. En las decisiones 93-731 y 94-90 se establecen reglas de acceso a documentos. La Comisión y el Consejo han adoptado conjuntamente el Código de Conducta en el Acceso a Documentos; una nueva regulación, válida desde diciembre del 2001, ha redefinido las excepciones de acceso a documentos, basadas en exámenes de posible daño, interés público y la protección de documentos internos⁶⁴.

Otro elemento importante de este principio es la apertura al proceso de toma de decisión. Este principio se encuentra escrito en el artículo 1(2) del Tratado de la Unión Europea y expresa que “una decisión en la Unión debe ser tomada con la mayor apertura posible”. La Declaración 17, ligada al Tratado de Maastricht, sostiene que “la transparencia del proceso de toma de decisión fortalece la naturaleza democrática de las instituciones y la confianza pública hacia la administración”.

Puede haber una aproximación a la transparencia desde la perspectiva del acceso a los documentos y al proceso de toma de decisiones, y la Corte los reconoce como tal. En este punto el Ombudsman ha fallado en considerar la falta de transparencia como un caso de mala administración. El acceso a documentos se puede encontrar en la legislación secundaria, de donde ha sido interpretado por la Corte. Esta ha formado el principio general del acceso a documentos el cual fue posteriormente codificado en el tratado, conduciendo a la adopción de regulación para

63 Discurso del Ombudsman europeo, señor P. Nikiforos Diamandouros, en ocasión de su toma de posesión en la Corte Europea de Justicia, Luxemburgo, 1 de abril de 2003.

64 Regulación 1049/2001 del 30 de mayo, OJ 2001 L 145/43 de 31.5.2001.

dicho acceso. Tanto el Ombudsman y la Corte son de la opinión que el público debería poseer amplias posibilidades de acceso a documentos y, por tanto, sus excepciones deberían ser mínimas. Las instituciones comunitarias tienen cinco razones para no permitir el acceso público a ciertos documentos⁶⁵.

3.4.4. Principios de una administración de derechos humanos

En los Países Bajos los principios de una administración de derechos humanos se encuentran en términos de los derechos clásicos al debido proceso de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y en términos de los derechos sociales, parcialmente establecidos en su Constitución, y más específicamente en las leyes administrativas aplicadas a una política específica, pese a que algunos aspectos de estos principios se encuentran establecidos en la GALA.

Estos principios requieren que los derechos humanos sean respetados al momento de tomar decisiones. El Ombudsman pidió en febrero del 2000 que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -proclamada en Niza y sometida en diciembre del 2000- incluyera como derecho fundamental el derecho de los ciudadanos a una administración abierta y responsable. En el capítulo V de la Carta – sobre los derechos de los ciudadanos- el artículo 41 contiene el derecho a una buena administración que proclama que toda persona tiene el derecho a que sus asuntos sean tratados de forma imparcial, justa y resueltos en un plazo razonable de tiempo por las instituciones de la Unión. Particularmente, este derecho incluye que el individuo pueda acceder a su propio archivo y la obligación de la administración de dar razones para sus decisiones: el derecho de todos a tener una buena administración.

65 Oldenziel, Martine, op. cit., p. 89.

Hablar de derechos humanos es hacer énfasis en un concepto muy vago, pues denota un espectro de una gran diversidad de derechos. El concepto envuelve todas las condiciones preliminares para una existencia valiosa de la dignidad humana. Se ha hecho una distinción doctrinaria entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos civiles son subdivididos nuevamente entre los de previsión de la discriminación y los de equidad, el derecho de integridad y el derecho a un debido proceso. Los derechos sociales son subdivididos en derechos socioeconómicos y derechos culturales. En términos generales, el sistema europeo trata, a través de sus códigos y regulaciones, de encontrar un balance entre los derechos individuales y los objetivos de la administración.

Pese a la distinción entre derechos sociales e individuales, no es posible asegurar la protección de los derechos humanos desde una perspectiva de derechos disgregados, puesto que la dignidad de la persona humana sólo puede alcanzarse si todos los derechos -sociales e individuales- son cubiertos. Por ello se prefiere una aproximación integral de los derechos humanos especialmente en los países en vías de desarrollo, la cual es cada vez más aceptada.

3.4.5. Principios de una adecuada administración

En los Países Bajos, el principio de una apropiada administración ha sido analizado desde tres perspectivas: la primera (de 1970) se enfocó en la forma en que los jueces usaron este principio para examinar la administración y, en consecuencia, anular sus decisiones porque no eran conforme con ciertos principios. En la segunda (de 1990), la actividad del juez se relaciona con ciertas fases en la toma de decisión por parte de la administración; la idea es que toda fase tiene sus propios principios y las fases identificadas fueron la preparación, el proceso de toma de decisión, la toma de decisión, determinación de los conteni-

dos de la decisión y la publicación de la decisión. La tercera perspectiva (a finales de 1990) inició describiendo el contenido teórico de cada principio, comenzando con los principios sustantivos y posteriormente los principios formales; la consecuencia fue que cada principio se encuentra en las normas y en las leyes derivadas de los casos⁶⁶.

Desde la perspectiva de la Unión Europea, estos principios se originan en el democrático *estado de derecho* que, conforme al concepto alemán de *Rechtsstaat*,

“es un principio general que expresa que el poder del Estado tiene que ejercitarse en el marco de la ley y contiene la protección de una esfera que salvaguarda legalmente al ciudadano contra el Estado”⁶⁷.

Los principios de una apropiada administración se enfocan en la relación entre las autoridades administrativas y el individuo. Estos principios aseguran que los intereses de los ciudadanos o los intereses de personas legales sean protegidos al tomarse una decisión. La administración debe crear una forma apropiada con requisitos y decisiones. Ellas constituyen cierta guía para la administración cuando se toma una decisión o política. Los principios de una apropiada administración son el punto central al discutir los aspectos de las reglas de derecho y el buen gobierno⁶⁸.

a) Abuso de poder

Entre los principios de una adecuada administración el más desarrollado es la prohibición del abuso o no uso adecuado del poder que sostiene que el poder no debe ser usado para otros fines que los previamente determinados.

En los Países Bajos, el principio de prohibición de abuso del poder significa que un cuerpo administrativo o

⁶⁶ Ver *idem*, p. 17.

⁶⁷ Fennel, Katja. *The Principles of a Proper Administration in Dutch and German Law*, p. 23.

⁶⁸ *Ibidem*.

cualquier entidad legal no puede usar su poder para otro fin que el previamente establecido. Dicho principio se deriva del principio de legalidad y, si es aplicado, significa que el cuerpo administrativo no es competente para usar su poder por el propósito que trata de alcanzar. Este principio se encuentra en la sección 3:3 de la GALA⁶⁹.

En el derecho comunitario el mal uso del poder es solo aplicable en casos donde un órgano se encuentra investido de poder discrecional. Usualmente se utiliza como base para la ilegalidad, pero la Corte raramente ha anulado una decisión sobre la base del abuso de poder.

La prohibición de arbitrariedad demanda que las órdenes administrativas resulten de un balance de intereses que obviamente deben ser razonables. En este contexto, la administración tiene el poder legal de actuar de cierta forma - así el asunto de la legalidad no es discutido aquí - pero la decisión tomada debe ser la opción más razonable después de revisar los hechos. Este principio está regulado en la sección 3:4 de la Ley General Administrativa de los Países Bajos.

b) Certeza legal

La certeza legal no es homónima de la legalidad. La legalidad, por ejemplo, sostiene que no deberían haber límites establecidos en la acción de nulidad para que un acto no legal pueda ser anulado. La certeza legal, por otro lado, requiere que los actos que se confía son legales no resultarán inválidos.

El Fiscal General, en el caso *Cosmos vs. Duff* explicó la conexión entre certeza legal, expectativas legítimas y legalidad. Él estableció que tanto la certeza legal como las expectativas legítimas se derivan del principio de legalidad. En su opinión, el derecho comunitario debería poseer un grado de certeza para que las instituciones comunita-

⁶⁹ Ver Langbroek, Philip M. *General Principles of Proper Administration in Dutch Administrative Law*, p. 94.

rias o autoridades nacionales puedan marcar cuidadosamente los límites de sus competencias y los individuos puedan saber sus derechos y obligaciones dentro del orden legal comunitario.

En el caso de los Países Bajos, la certeza legal es explicada de dos formas; en la primera se requiere que el significado de una orden administrativa sea claro en su contenido. En este caso el principio de justificación o motivación se encuentra directamente relacionado al principio de certeza legal. El segundo se refiere a que el cuerpo administrativo no gire órdenes contra los intereses de una persona u organización con efecto retroactivo, lo que significa que la ley será aplicable sólo a casos futuros y bajo ninguna circunstancia puede afectar derechos adquiridos. Los elementos de la certeza legal, según algunos⁷⁰, son: legalidad, prohibición del efecto retroactivo y requerimiento de certeza. La certeza legal consta de elementos formales y sustantivos. El elemento formal es tener claridad y conocimiento sobre las tareas y obligaciones. El sustantivo es la prohibición del efecto retroactivo, emitir resoluciones en tiempo razonable y proteger los derechos adquiridos⁷¹.

El principio de certeza legal no ha sido codificado en la Ley General Administrativa de los Países Bajos. En el sistema europeo este es un principio esencial. Se le considera como un principio general de derecho el cual requiere de normas legales para ser claro y preciso, “y con el fin de asegurar que las situaciones y relaciones con los gobernados establecidas en las leyes comunitarias puedan ser efectivas y ejecutadas”⁷². Esto significa que los ciudada-

⁷⁰ Ver Addink, G. H. *From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance*, p. 15.

⁷¹ Oldenzel, Martine, *op. cit.*, p. 58.

⁷² La legislación europea establece que los oficiales deben actuar conforme a la ley y aplicar las reglas y procedimientos establecidos en el derecho comunitario. El oficial debe, en particular, tener cuidado que las decisiones que afecten los derechos o intereses de los individuos tengan base legal y que su contenido cumpla con el derecho.

nos deben saber su posición legal todo el tiempo, que la ley no puede ser aplicada retroactivamente, que los derechos adquiridos son protegidos y que las expectativas legítimas deben ser preservadas.

El principio de certeza legal está muy relacionado con el de las expectativas legítimas, pero este último se refiere al principio general del derecho comunitario que está combinado con el principio de legalidad.

c) Expectativa legítima

Este principio no ha sido codificado en la GALA. En todo caso, está fuertemente relacionado con la forma en que pueden ser reclamadas las expectativas legítimas. Se relaciona con la información dada en algunos aspectos de la ley, con las decisiones tomadas en los asuntos comparables y con la proposición de políticas públicas, posiblemente permitidas en reglas de creación de políticas. Este principio se deriva de los estándares generales de la certeza legal, lo que no significa, sin embargo, que las políticas administrativas concernientes a la implementación de regulaciones obscuras o vagas no deban ser cambiadas⁷³. De todas maneras, las expectativas legítimas dependen del ejercicio de poderes discrecionales otorgados por ley a las instituciones administrativas. En el caso de usar tal poder, la administración debe cumplir esas promesas hechas a los ciudadanos y lograr las metas trazadas.

El principio en cuestión se define en el derecho comunitario como “la forma particular de predicción económica para la cual un agente económico puede pedir validez legal en el derecho comunitario, al tener creencia que le era legítimo actuar de tal forma en que él sería tratado por la administración en la forma en que se aplican las regulaciones comunitarias”⁷⁴. Si una autoridad ha creado, bajo sus facultades discrecionales, cierta impresión de segu-

⁷³ Langbroek, Philip, op. cit., p. 101.

⁷⁴ Sharpston, Eleanor. Legitimate Expectations and Economic Reality, en Oldenziel, Martine, op. cit., p. 60.

ridad en una política, no puede adoptar una distinta que signifique perjuicio al individuo si este tiene buenas bases para creer que esa política debe ser seguida⁷⁵.

d) Igualdad

En los Países Bajos este principio determina que “casos iguales deben ser tratados iguales”. La dificultad es definir cuáles casos son iguales o en qué aspectos relevantes pueden diferir. Para evitar arbitrariedades debe haber claridad tanto en definir diferencias relevantes en casos aparentemente similares como en cuál puede ser una distinción arbitraria. El principio de igualdad no ha sido codificado en la Ley General Administrativa pero tiene base constitucional –en la sección 1 de la Constitución holandesa– así como protección internacional en tratados y otros instrumentos.

En la Comunidad Europea este principio sostiene que casos iguales deben ser tratados iguales y casos distintos deben ser tratados diferente. Si casos iguales no son tratados igual, debe ser justificado objetivamente. Si este no es el caso, existe discriminación. El tratamiento igual requiere que hombres y mujeres sean tratados en igualdad en el tema de pagos por el mismo trabajo. Los principios de tratamiento igual son muy importantes en el derecho comunitario, especialmente si existe la ciudadanía europea y el libre movimiento de personas y trabajo.

e) Proporcionalidad

De acuerdo con Langbroek, una vez que se ha identificado el punto de análisis y se identifican los intereses en juego, y el cuerpo administrativo sopesa todos los intereses, se saca a relucir el contenido de esa política administrativa. El principio de proporcionalidad requiere que el impacto de la orden administrativa sea proporcional a su objetivo. Este principio ha sido codificado en los Países

⁷⁵ Ver *idem*, p. 62.

Bajos en el artículo 3:4, subsección 2 de la Ley General Administrativa⁷⁶.

La proporcionalidad está muy bien determinada en los principios generales del derecho comunitario. En Alemania, de donde proceden estos principios, este fue inicialmente usado como base para retar medidas sobre el argumento de que eran excesivas o innecesarias en relación con el objetivo perseguido. El principio de proporcionalidad está parcialmente codificado en el artículo 5 EC. El tercer párrafo establece “La Comunidad tomará cualquier acción para no sobrepasar lo necesario para lograr los objetos del tratado”. El principio de proporcionalidad significa relaciones apropiadas entre medios y fines y que las consecuencias adversas para los individuos no son desproporcionadas en relación con el propósito y objetivos de la medida⁷⁷.

Dentro de las consideraciones del ECJ, surgen tres preguntas: ¿es la medida apropiada para lograr el objetivo de tal medida?, ¿es la medida necesaria para lograr el objetivo? y, ¿es la medida proporcionada *stricto sensu*? En todo caso, si se elige entre varias medidas apropiadas, se debe escoger la menos onerosa y la Corte tiene que examinar si se daña el interés de manera desproporcionada. Si eso es así, se debe otorgar una compensación⁷⁸.

f) Cuidado

Este es un supra principio, lo que significa que cubre una serie de aspectos y elementos. No existe una definición exacta de todo su contenido. El principio de cuidado “requiere que la administración, cuando conduce una investigación, recolecte y considere todos los puntos legales relevantes de cada caso individual de forma imparcial y

⁷⁶ Langbroek, Philip, op. cit., p. 102.

⁷⁷ Ver Oldenziel, Martine, op. cit., p. 72

⁷⁸ Ver *ibidem*.

cuidadosa”⁷⁹. Esta es una definición de cuidado procesal, fundamentalmente sobre los elementos del juego limpio e investigación cuidadosa. Este principio también tiene una parte sustantiva que consiste en balancear todos los intereses en juego. El cuidado sustantivo consiste en tomar en consideración todos los posibles intereses y tomar decisiones que conlleven el menor daño posible. Las consecuencias del cuidado sustantivo tienen que ver con si se necesita un período de transición mayor o un arreglo para compensaciones. El cuidado sustantivo está ligado al principio de proporcionalidad. Sopesar intereses debería así no solo ser proporcional, sino también cuidadoso. Los aspectos procesales y el tratamiento correcto, una investigación cuidadosa, una audiencia cuidadosa y una publicación cuidadosa⁸⁰.

El tratamiento correcto es también llamado “principio de juego limpio” que significa que la administración necesita tener una actitud correcta para considerar tanto el interés individual como el público. La administración debe ser imparcial y debe incluir el derecho del ciudadano de retar la decisión. De esta forma, el principio se relaciona con el derecho de audiencia y el de defensa lo que significa que la parte no debe ser privada de la oportunidad de expresar su punto de vista sobre los hechos y circunstancias.

En las leyes administrativas de los Países Bajos este principio se desarrolla en una categoría distinta y concierne la obligación de cualquier entidad pública (como parte del Estado) a no obstruir las oportunidades procesales de cualquier parte interesada⁸¹.

Cuidado implica la obligación de cualquier cuerpo administrativo de investigar el caso a fin de encontrar infor-

79 Nehl, Hanns Peter. Principles of Administrative Procedure in EC Law, part B, p. 32.

80 Oldenziel, Martine, op. cit., p. 75.

81 Langbroek, Philip, op. cit., p. 99.

mación que pueda ser tomada en cuenta en la decisión; de dar a las partes interesadas oportunidades procesales de presentar a las entidades de decisión información relevante a sus intereses antes de que la decisión sea tomada; a identificar adecuadamente los hechos relevantes e intereses concernientes a la decisión⁸².

En los Países Bajos parte de este principio ha sido codificado en las secciones 3:2, 4:7 y 4:8 de la Ley General Administrativa.

El deber de cuidado es una forma de tener contrapeso ante el poder discrecional del Estado. En el derecho comunitario, la Comisión tiene poder discrecional en las competencias de la ley. No se encuentra obligada a iniciar un procedimiento si recibe una queja. El deber de cuidado al menos obliga a la Comisión a considerar cada una de las quejas con el debido cuidado. El demandante frecuentemente tiene la posibilidad de expresar su punto de vista. Esto permite que el individuo tenga protección procesal⁸³.

El principio de cuidado ha sido reconocido por las cortes comunitarias y ligado al principio de buena administración. En el caso *Nolle*, la Corte determinó que,

“...sujeta a revisión cuidadosa, respecto a la observación de formalidades esenciales y a principios de buena administración, los cuales incluyen el deber de cuidado. La Corte define en este caso que el principio de cuidado se tiene cuando una institución, donde amplia discrecionalidad es conferida, ha determinado con el debido cuidado que los aspectos de un hecho de derecho donde el ejercicio de sus poderes discrecionales. Por esto el énfasis es puesto en el derecho de defensa, prevención del abuso de poder, establecer las razones a tomar en todos los factores esenciales”⁸⁴.

⁸² Ver *idem*, p. 98.

⁸³ Oldenziel, Martine, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁴ *Nolle*, párrafo 28, *Feriol vs. la Comisión*, C 70/87, (1989), ECR 1797, *Italia vs. la Comisión*, C 10/88 (1990), ECR I-1229, *Tradax Graanhandel vs. la Comisión*, C 64/82 (1984), ECR 1359.

g) Motivación

Este principio –que también se refiere a la justificación o razonamiento– significa que las órdenes administrativas deben ser explicadas y sostenidas. La motivación incluye no sólo la obligación de la administración de explicar el fondo de su decisión sino además hacerlo de forma comprensiva. Cualquier persona debe entender qué es lo que por obligación legal le es permitido hacer u omitir. Este principio está muy relacionado con la certeza legal y ha sido codificado en el artículo 4.1.4. de la Ley General Administrativa.

La obligación de razonar está en el artículo 253 EC, el cual requiere que las regulaciones, directivas y decisiones deben establecer las razones sobre las que se basan y deben hacer referencia a propuestas y opiniones requeridas para llevar a cabo el Tratado. Si no se dan razones o estas son insuficientes, puede desencadenar la anulación de la decisión. La obligación del Estado a dar razones es un requerimiento procesal de acuerdo con la Corte Europea. Según el artículo 230 EC, la Corte Europea de Justicia puede cuestionar la validez de los actos del Parlamento Europeo, actos del Consejo, de la Comisión y ECB, en tanto que no concierna dar consejo o recomendación que tenga consecuencias legales para terceros, con base en la violación de requerimientos procesales esenciales.

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO EN EL TRABAJO DE LOS OMBUDSMAN

4.1. Uso de los Principios de Buen Gobierno por el Procurador salvadoreño

En términos generales, estos principios están distribuidos en leyes, resoluciones y jurisprudencia. Pese a que de la ley de la Procuraduría y su reglamento interno se pue-

den inferir algunos, esta normativa no hace una referencia específica y tales principios han sido más desarrollados dentro del marco de las resoluciones.

Los principios tienen base legal en cuanto a que implícitamente se encuentran en las regulaciones, pero la falta de codificación y definición de su contenido legal hace difícil su aplicación. Adicionalmente, los Principios de Buen Gobierno no han sido desarrollados de forma amplia en la doctrina de la Procuraduría y, por tanto, no hay claridad en su uso e interpretación.

Existen diversos principios constitucionales que han sido asentados en la jurisprudencia constitucional. Estos principios han sido más utilizados por el Procurador, en términos que puedan ser aplicables para proteger derechos humanos, pero no bajo la perspectiva del derecho de cada ciudadano a tener una buena administración. Pese a haber principios constitucionales relacionados con la conducta administrativa, el Procurador no los ha ligado a su trabajo.

Las regulaciones del Procurador incluyen en forma tácita algunos principios que son cercanos al *principio de transparencia*. El artículo 45 de la ley de la Procuraduría determina que,

“los procesos ante el Procurador son gratuitos, impulsados de oficio, cortos y sencillos; deben estar sometidos solo a las formalidades esenciales requeridas en sus campos específicos. Los actos del Procurador deben responder a los principios de discrecionalidad, sin intermediarios y ser rápidos. Se debe procurar la comunicación directa con el demandante, las víctimas, testigos, autoridades y presuntos responsables, a fin de evitar comunicaciones escritas que retrasen el proceso”.

Adicionalmente, el artículo 62 del reglamento de la Procuraduría establece que,

“cuando una misma acción que violente derechos humanos sea investigada por otra autoridad u oficial del Estado, el Procurador tendrá acceso a toda la información pertinente. De igual manera, el Procurador podrá aportar a la autoridad competente con todos los elementos provenientes de su propia investigación”⁸⁵.

Estos artículos se usan mucho para sostener el trabajo del Procurador y la cuestión sobre la apertura de documentos y archivos. Sin embargo, al mismo tiempo impone al Ombudsman la obligación de confidencialidad de cualquier información que pudiera producir daño de cualquier manera. El acceso a la información se ve desde dos ángulos: el primero, con relación al acceso a los archivos y documentos del Ombudsman por cualquier parte interesada, y segundo, en cuanto al acceso que este debe tener a la información de cualquier cuerpo administrativo.

La doctrina del Procurador hace referencia directa al *principio de notificación* relacionado al principio de transparencia. En este se determina la obligación de la administración de informar a cada persona afectada de la decisión sobre la misma, así la persona puede tomar todas las medidas necesarias ya sea para apelar la decisión o prevenirse de cualquier efecto dañino.

La legislación de la Procuraduría también hace referencia clara a los elementos del *principio de cuidado*, tal como la prohibición de retrasos injustificados y el acceso a procesos simples y comprensibles. En muchos de los casos llevados por la institución se han hecho referencias continuas a este principio. Se entiende como obligación de la administración tener el debido cuidado al tomar diferentes decisiones. También se relaciona con la transparencia y el acceso público a la información. Todos los que vayan a ser afectados por una decisión administrativa tie-

85 Reglamento Interno de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador.

nen derecho a ver sus expedientes a fin de saber el fundamento de tal decisión.

El establecimiento de un tiempo límite para resolver ha sido incluido en el artículo 51 de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, que manifiesta:

“Cuando existan suficientes razones para presumir la violación de derechos humanos, el Procurador promoverá las acciones que considere convenientes, y establecerá un plazo no mayor de treinta días para concluir con su investigación”.

Este principio también se encuentra en el artículo 48 de la ley de la Procuraduría que expresa que si los informes de las instancias administrativas no son enviados a la Procuraduría en un tiempo límite, el Procurador presumirá por cierto las afirmaciones de los demandantes para los efectos de continuar la investigación, sin perjuicio de la responsabilidad legal en que pueda incurrir el violador. Además, los informes de la administración pueden ser tomados en consideración sólo si son presentados en tiempo, de acuerdo con el artículo 49 de la misma ley.

Muy relacionado con el debido cuidado, el Procurador ha hecho referencia explícita al *principio de razón o motivación*; muchas resoluciones tratan asuntos relacionados a la falta de motivación. Este principio establece el derecho del afectado de conocer las circunstancias de la decisión administrativa.

El *principio de legalidad* merece especial atención, puesto que ha sido usado en muchas resoluciones. El Procurador lo usa como obligación del Estado de seguir la ley y los procedimientos, a menos que estos violen los derechos fundamentales. La legalidad es la obligación de la administración de actuar en concordancia con las regulaciones y dentro de las facultades dadas por la ley. Sin embargo, este principio debe verse junto con el principio de

supremacía de la Constitución⁸⁶, en la medida en que este principio es la única excepción a la legalidad. Cuando una norma es contraria a la Constitución, el funcionario debe seguir el precepto constitucional⁸⁷.

Otros principios que el Procurador ha utilizado en sus resoluciones son los siguientes:

Principio de responsabilidad: El Procurador ha dicho que cuando el Estado realiza un procedimiento errado, está obligado a compensar a las personas afectadas. Esto se relaciona con el derecho de restitución cuando, además de compensar, la administración debe establecer el derecho o el bien afectado bajo circunstancias ilegales⁸⁸.

Principio de participación pública: En el caso de la comunidad del Cantón Acachapa vs. la municipalidad de Sonsonate, el Procurador consideró que para proteger a la persona y la integridad de sus derechos, las autoridades locales o nacionales deben hacer uso de mecanismos de consulta a los ciudadanos cuando se discuten proyectos en los que se puedan ver afectados.

El principio de prohibición de arbitrariedad: Este principio, el cual ha sido mencionado en el artículo 11 de la Constitución, no ha sido definido apropiadamente y, por tanto, puede haber muchas confusiones en su aplicación. En un sentido amplio es entendido como la restricción de la administración de realizar acciones que son prohibidas y, en otros casos, se entiende cuando la administración actúa más allá de sus facultades. Esta última forma de interpretación puede confundirse con el principio de uso errado del poder.

86 Este principio se explicó previamente en el capítulo III.

87 Artículos 185 y 235 de la Constitución de El Salvador.

88 Caso sobre reducción de plazas en la administración y caso sobre destitución de personal de vigilancia del Puerto de Acajutla por CEPA, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, 2002.

El principio de indivisibilidad de los derechos humanos: contrario a la visión tradicional de los derechos humanos (como de primera, segunda y tercera generación) el Procurador ha argumentado la protección integral de todos ellos. Esta perspectiva está ligada a la precaria situación de los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador; en ese sentido, los Estados deben proteger a los ciudadanos de las afectaciones a sus derechos, como la libertad de tránsito, la propiedad y el trabajo, tutelados de igual forma por la ley. El Estado debe garantizar a la población una existencia en la que no haya una afectación seria de sus derechos económicos y sociales, sin riesgos ambientales y con acceso a trabajos bien remunerados y con seguridad social.

4.2. El Ombudsman Nacional y los criterios de acierto

El estándar de una conducta apropiada -establecida en la sección 26, subsección 1- ha sido desarrollado en un sistema de criterios de acierto de las acciones gubernamentales. El criterio es la base para el razonamiento que forma la conclusión de si la conducta investigada ha sido apropiada o no y lleva a la uniformidad en la forma en que el Ombudsman Nacional llega a su decisión. Los criterios de acierto son muy relevantes en el aspecto educativo del trabajo del Ombudsman Nacional y son agregados cada año en el reporte anual.

Tales criterios de acierto utilizados por el Ombudsman Nacional caen en uno de estos dos grupos:

- a) *El estado de derecho:* se refiere al requerimiento que establece que el gobierno debe actuar en concordancia con estatutos escritos, los cuales expresan la voluntad del Parlamento, y con principios legales no escritos. Si una acción del gobierno entra en choque con estos estatutos y principios, y no se justifica en otra base, no puede decirse que se ha dado una conducta apropiada.

En este sentido, el Ombudsman Nacional revisa la acción que se encuentra en investigación a la luz de las provisiones del derecho escrito en un sentido -tal como aquellas relativas a derechos humanos y derechos constitucionales-, definiciones de competencias y provisiones sobre la forma de gobierno, sustantivo y procesal. Por otro lado, el Ombudsman revisa la acción a la luz de principios legales no escritos desarrollados en la ley o la doctrina legal, que son igualmente relevantes para la decisión relativa a la legalidad de la conducta gubernamental. Ejemplos de estándares pueden ser relevantes en tales decisiones sobre los principios de igual tratamiento en casos iguales de razonabilidad, proporcionalidad entre medios y fines, certeza legal y expectativas legítimas, el requisito de proveer razones para las decisiones, y ciertas obligaciones de cuidado⁸⁹.

- b) *Guías de buen gobierno*: estas son usadas cuando una acción gubernamental que conforma un requerimiento de legalidad -en un concepto amplio de legalidad- no es apropiada en otros sentidos. En este contexto, el Ombudsman Nacional usa estándares que pueden ser vistos como guías para el buen gobierno que contribuyen a la propiedad de la forma en que las autoridades ejecutivas actúan. Ellas pueden sumarse y traer la obligación de cuidado, la cual se manifiesta en ciertos estándares aceptados por el proceso administrativo y la conducta del servidor público en relación con los individuos. Estos estándares incluyen el requerimiento de actuar sin retraso, suplir al individuo con la información relevante y escuchar su punto de vista, tratar a las personas con justeza, respetar la dignidad humana y ser cooperativo e imparcial. Finalmente se establece el estándar para la organización gubernamental - coordi-

⁸⁹ El Ombudsman Nacional de los Países Bajos: una breve introducción, p. 24.

nación, monitoreo del progreso, protección de la privacidad de los individuos, accesibilidad de las autoridades y lugares adecuados⁹⁰.

Los siguientes criterios pueden distinguirse del primer grupo: 1. Derechos básicos (derecho internacional) y 2. Regulaciones generales regulatorias (estatutos escritos). Pero además existen algunos principios no escritos relevantes: 3. Justeza/balance, 4. Certeza legal, 5. Equidad (trato igual a casos iguales), 6. Razonamiento (o motivación), 7. Cierta obligación de cuidado⁹¹.

La obligación de cuidado también se relaciona con el segundo grupo, que incluye los siguientes subcriterios: prontitud (actuar sin retraso), proveer información activamente (dar al individuo la información relevante), adquirir información activamente, precisión administrativa, adecuación de la administración y la organización, adecuación de las facilidades físicas, tratamiento adecuado, respeto y protección de la privacidad, misceláneos⁹².

El Ombudsman Nacional aplica estos criterios en las deliberaciones que conducen a su decisión final sobre la propiedad de la conducta investigada. En todos los reportes, los casos se concluyen usando el método de investigación al cual se aplica el criterio, y de esta forma los datos pueden alimentar la base de datos legales.

4.3. Ombudsman europeo: el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa

El 6 de septiembre de 2001, el Parlamento Europeo adoptó una resolución aprobando el Código de Buena Conducta Administrativa que las instituciones y cuerpos de la Unión Europea deben aplicar cuando tratan al públi-

⁹⁰ *Idem*, p. 21.

⁹¹ Addink, G. H. The criteria developed by the Dutch Ombudsman and an analysis of the enforcement methods, julio 2001, p. 22.

⁹² *Ibidem*.

co. El código contiene los principios clásicos sustantivos y procesales del derecho administrativo así como algunas reglas de buen funcionamiento administrativo, como la posibilidad de apelación⁹³. El Ombudsman europeo, en adición al Estatuto del Ombudsman, ha usado este código a fin de determinar si en las entidades de la Unión Europea han existido casos de mala administración.

Existe una discusión sobre la definición del contenido de los Principios de Buen Gobierno a nivel de la Unión. El Ombudsman confía que las cortes comunitarias definan en la jurisprudencia el contenido de tales principios. Él considera que si se produce jurisprudencia sobre los principios que son de importancia, lo más conveniente es seguirla. En este sentido, el Ombudsman puede prevenir las paridades de llevar una queja ante las cortes comunitarias porque es en estas instancias que se deben regular estos puntos.

Sin embargo, existe un importante rol para el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa en términos de dar contenido a los diferentes principios. Sin la pretensión de definir cada uno de ellos, el Código los explica en términos generales:

- a. *Legalidad* (artículo 4): Este principio indica al oficial no actuar contra la legislación de la Comunidad Europea y sin las bases legales adecuadas en decisiones que afecten los derechos o intereses individuales. De esta forma, el Ombudsman escoge el modelo de protección individual de este principio en contraste con el modelo de la Corte de Justicia Europea, donde se acostumbra ver a la Comunidad en relación con las competencias de los Estados miembros. En este caso, el Ombudsman se enfoca en la relación entre los ciudadanos europeos y las instituciones de la Unión y no en la relación entre los ciudadanos y cada Estado miembro.

⁹³ Ver Fennel, Katja, op. cit., p. 3.

Dentro del alcance de este principio existe la discusión si el Ombudsman puede intervenir en casos donde se involucran los poderes discrecionales de las instituciones de la Unión Europea. En el poder discrecional es esencial que la autoridad que toma la decisión tenga la posibilidad de escoger legalmente entre al menos dos posibles rumbos de acción y así la mala administración sólo ocurrirá si la institución o cuerpo concerniente se sale de los límites de su autoridad legal. Esto significa que la institución debe considerar todos los factores relevantes, sopesando si estos pueden constituir mala administración sólo si la decisión es hecha de una forma manifiestamente no razonable o injusta y, en todo caso, contraria a la ley.

- b. *No discriminación* (artículo 5): Este artículo contiene el derecho de tratamiento igual a las personas, siempre que no se justifique un trato desigual por razones objetivas relevantes en el caso. La subsección 3 de este artículo establece áreas donde la distinción debe ser prohibida, como el sexo, la raza, el color, el origen social y étnico, aspectos genéticos, lenguaje, religión o credo, opiniones políticas o de otra clase, membresía a una minoría nacional, propiedad, nacimiento, habilidad disminuida, edad u orientación sexual.
- c. *Proporcionalidad* (artículo 6): Las decisiones deben balancear la medida a tomar y el objetivo perseguido con esta a fin de asegurar una relación razonable entre ambos, y también deben equilibrar los intereses de las personas privadas y el público en general cuando se toman decisiones.
- d. *No abuso de poder* (artículo 7): Este artículo pide a los oficiales no abusar de su poder y usarlo para los fines para los cuales ha sido establecido. En otras palabras, el poder no puede ser usado para fines que no tengan base legal o que no sea motivado por los intereses pú-

blicos. Este principio está ligado a la legalidad por la necesidad de tener bases legales para las acciones oficiales.

- e. *Imparcialidad e independencia* (artículo 8): Existe una aproximación distinta a la del Procurador salvadoreño. Para este, además de la visión tradicional de independencia, los funcionarios se relacionan con otros tres tipos: a) jerárquica, es decir, no tener interferencias de instancias superiores; b) política, los funcionarios no pueden tener presiones políticas para tomar ciertas decisiones; c) administrativa, no se puede imponer presión administrativa a los funcionarios.
- f. *Objetividad* (artículo 9): Este principio puede ser ligado al principio de proporcionalidad, que implica que el oficial debe sopesar apropiadamente los elementos relevantes a considerar y no tomar en consideración cualquier factor irrelevante. Si la instancia actúa conforme a aspectos irrelevantes del caso, puede haber un caso de arbitrariedad el cual puede ser considerado como mala administración.
- g. *Expectativas legítimas, consistencia y aviso* (artículo 10): Este principio está dividido en dos partes distintas de este artículo. La protección de la consistencia en la conducta administrativa y la obligación de dar aviso al público sobre cómo un asunto es tratado tal cual es listado en la provisión, lleva a cubrir el total del principio de protección de las expectativas legítimas. En todo caso, no existe un caso claro de aplicación de este principio que pueda describir su contenido más concretamente tal como ha sido incluido en el artículo 10 del código.
- h. *Justeza* (artículo 11): El oficial debe actuar imparcial, justa y razonablemente. Es razonable decir que este principio se relaciona con la proporcionalidad, objetividad, equidad, independencia e imparcialidad. El Om-

budsman ha dicho en una de sus conclusiones que “al menos al fallar en dar al demandante la oportunidad de someter sus observaciones en el fraude alegado antes de rechazar su aplicación en este punto... la Comisión erró en manejar estas aplicaciones justa y objetivamente”.⁹⁴. Ni el Código ni los casos aclaran las razones para la creación del principio de justeza como un principio separado de la buena conducta administrativa.

- i. Cortesía* (artículo 12): Este principio, que es evidente para los servidores del sector privado, se aplica cuando el servicio requiere ser correcto, cortés y accesible en las relaciones con el público.
- j. Derecho de defensa* (artículo 16): El código usa el principio establecido en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos relativa al derecho de ser escuchado y de hacer declaraciones antes de que una decisión sea tomada.
- k. Tiempo razonable para tomar decisiones* (artículo 17): Este principio también clarifica su contenido en el artículo 41 de la Carta, demandando que las decisiones de cualquier tipo deben ser tomadas en un límite razonable de tiempo y no posterior a un periodo de dos meses. Si esto no es posible, se puede demandar que se dé información a la persona interesada lo más pronto posible.
- l. Deber de establecer la base de la decisión* (artículo 18): La administración debe motivar en términos individuales la decisión. La motivación incluye declarar las razones, incluir los hechos relevantes y la base legal de la decisión, las cuales deben estar comprendidas en la resolución.

⁹⁴ 1613/2000/GG; elevado el 05.12.2000, cerrado el 30.11.2001.

- m. Indicar la posibilidad de apelación* (artículo 19): El código estipula que cualquier decisión debe expresar de manera clara el posible proceso de apelación y, especialmente, definir la naturaleza del proceso, la entidad competente, el tiempo de resolución y la posibilidad de apelación ante el Ombudsman europeo.
- n. Acceso a la información solicitada* (artículos 22 y 24): Toda persona que va a ser afectada con una decisión administrativa debe tener acceso a su expediente o a cualquier documento o información. Esta es la única forma de asegurar su derecho de audiencia y defensa. Este acceso incluye además el deber de cualquier oficial de explicar y dar asesoría sobre cómo iniciar un proceso administrativo dentro del campo de su competencia.
- o. Acceso a documentos* (artículo 23): Según este artículo es un principio de buena conducta otorgar acceso a los documentos dentro de los límites de ciertas leyes comunitarias.

Además de estos principios de buena conducta administrativa, el código contiene otros relacionados con los principios clásicos, sustanciales y procesales del derecho administrativo, así como algunos principios no escritos inferidos del texto. Estos últimos no van a ser incluidos en esta investigación. Todos ellos, sin embargo, merecen mayor atención debido a su importancia y alcance.

CAPÍTULO V

MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO Y SEGUIMIENTO

5.1. La relación entre el Ombudsman, la administración y los ciudadanos

Todo Estado debe proteger los derechos humanos, sea por la aplicación directa de la norma internacional o por la transposición de estos en la norma nacional. En el caso de

El Salvador, los derechos humanos se reconocen como derechos fundamentales y también como aplicación directa de la norma internacional, según el artículo 144 de la Constitución.

En relación con su protección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido dos obligaciones primarias de los Estados: proteger y respetar los derechos humanos. Esta visión fue establecida en la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. En esa ocasión la Corte dijo que:

“En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”.

La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión,

... la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”

Con base en tales obligaciones, el Procurador puede usar cualquier fuente de información. En este sentido, el artículo 38 de la ley de la Procuraduría expresa que cuando la misma presunta violación de un derecho humano está siendo investigada por otra autoridad o funcionario del Estado, el Procurador tendrá acceso a toda la información relevante. En el mismo sentido, podrá brindar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación. Conforme al artículo 39, esto es también aplicable en casos en los que el Procurador comienza una investigación de oficio.

En relación con las responsabilidades del Estado hacia los ciudadanos, la relación gobierno-individuo puede analizarse desde dos ángulos. El primero es la “relación legal”: la ley obliga y regula muchas formas de acción de las autoridades mientras que el producto de tales acciones muchas veces asume una forma legal. Desde esta perspec-

tiva, la función ejecutiva del gobierno involucra la aplicación de la ley.

Sin embargo, todas las acciones gubernamentales que tienen que ver con el público se desarrollan por ley o tienen consecuencias legales: la relación individuo-gobierno se hace por contactos entre personas que no tienen sus roles determinados por ley. Este segundo tipo de interacción se puede calificar como “relación social”. Desde este ángulo, la acción de la autoridad es un asunto de cómo el gobierno trata al público y sobre el manejo de los cuerpos e instituciones gubernamentales.

El Ombudsman es un controlador del gobierno y, como tal, existe no sólo la obligación del segundo de cooperar en cualquier actividad de aquel sino, además, la administración debe producir un cambio de conducta. Sin embargo, el Procurador de El Salvador también ve la necesidad de reforzar la responsabilidad de la administración, especialmente cuando el poder judicial no cumple su mandato constitucional y, por tanto, el cambio de conducta no es suficiente para esta institución o para la persona afectada.

5.2. Cumplimiento institucional y mecanismos de seguimiento

Las instituciones de los Ombudsman cuentan con muchas formas de promover un cambio en la conducta de la administración. Sin embargo, hay un alcance muy amplio en este punto ya que para algunos este cambio no es suficiente y existe un punto objetivo de responsabilidad estatal en ciertos casos. Si es una violación masiva, al punto de que se puede iniciar una acción civil o penal, talvez se vuelva relevante no estar satisfechos con un simple cambio de conducta y perseguir la responsabilidad estatal. Por otra parte, si la demanda es por algo que no afecta en mayor forma a la persona, entonces una solución amistosa puede traer mejores resultados y, por tanto, ser más aconsejable.

En términos generales, esta distinción no se hace en El Salvador donde la admisión de un caso casi siempre termina en resolución final y recomendaciones. Pese a esto, la institución trata, especialmente en casos menores, de encontrar una solución amistosa sin llegar a una resolución final. Desde una lógica diferente, pero en casos donde pesa su gravedad, el Ombudsman Nacional puede cerrar el caso sin resolverlo si existe un medio más efectivo para el afectado o se logra un cambio de conducta por parte de la administración.

Este capítulo explicará diferentes mecanismos de cumplimiento y seguimiento utilizados por las tres instituciones de análisis: la Procuraduría del El Salvador, el Ombudsman Nacional y el Ombudsman europeo, y examinará las soluciones según la gravedad y afectación de la administración.

5.2.1. Mecanismos preventivos

Existen muchos mecanismos que el Procurador puede usar para el proceso de cumplimiento y seguimiento⁹⁵. Estos pueden analizarse según la gravedad de la medida. Primero, se da el acceso a soluciones preventivas de los conflictos establecidas en el artículo 36 de la Ley de la Procuraduría:

“Al recibir la denuncia, tener conocimiento de los hechos o en cualquier estado del procedimiento, para evitar que se consumen daños irreparables a la persona, el Procurador podrá adoptar las medidas cautelares que estime necesarias y eficaces. La adopción de tales medidas no prejuzga la materia de la resolución final”.

⁹⁵ La investigación del 2003 estaba enfocada hacia el procedimiento de queja, criterios de admisibilidad y resolución, por tanto, eso no será explicado. En su lugar, esta investigación describirá el proceso de cumplimiento y seguimiento.

Este artículo permite el uso de medidas preventivas para asegurar una solución del caso; sin embargo, estas son consideradas más una medida provisional que una solución. Esto significa que la adopción de estas medidas no resuelve el asunto principal, pese al cambio de conducta de la administración: el Procurador sigue con la obligación de pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado y emitir sus recomendaciones. Tal tarea la confirma el artículo 60 del reglamento interno de la Procuraduría, el cual se expresa en términos similares al artículo de la ley antes citado.

Esta lógica está más ligada a la idea del Procurador como defensor que como mediador. La dificultad se presenta con los casos pequeños - la gran mayoría- debido a que, aún resolviéndose con una alternativa preventiva, la institución debe condenar a la administración. En este punto la administración se vuelve renuente al cambio al ser condenada siempre.

En el pasado, el Procurador tenía una sección de asistencia que podía obtener mejores resultados haciendo una llamada telefónica o enviando una carta que condenando al Estado. Esta oficina no era parte de las dependencias orgánicas de la institución establecidas por la ley; debido a ello dependía del Procurador en turno decidir si continuaba su labor o no. El año pasado fue eliminada pues se consideró que la institución debía reforzar el área de investigación y resolución. No obstante, todavía existe la práctica informal de proveer asistencia legal a las personas.

En el caso del Ombudsman Nacional y del europeo, muchos de sus casos son resueltos con mecanismos preventivos. Desde una perspectiva diferente, la solución preventiva cierra el caso y, por tanto, no se produce una resolución final o recomendaciones. Desde la óptica de estas instituciones no hay razón alguna para condenar a la administración si esta decide cambiar su conducta – que

es el resultado esperado por el Ombudsman y el peticionario – por tanto, puede ser beneficioso cerrar el caso y realizar las mismas acciones en casos similares.

El Ombudsman Nacional ha establecido que “el trabajo del Ombudsman puede hacerse sentir en diversas formas. La forma más rápida de alcanzar resultados es el método de intervención, el cual usualmente lleva a la eliminación del problema que ha llevado a la queja”⁹⁶. Cuando esta intervención ha logrado un cambio en la administración, entonces se entiende que el caso está cerrado.

El Ombudsman basa parte de su trabajo en la intervención temprana. Esta visión se usa en casos en los que, en principio, el demandante necesita una acción pronta del Ombudsman Nacional o del europeo; el objeto en estos casos es resolver el problema en el que tal acción tiende a ser efectiva. Así, el Ombudsman Nacional puede decidir informar a la autoridad administrativa correspondiente sobre la queja y preguntar si existe alguna posibilidad de solución al problema. En la práctica esto lleva a una respuesta de las autoridades, ya sea clarificando el asunto o prometiendo una solución. De esta forma, el demandante logra alcanzar su meta y no tiene interés en continuar con la investigación. Después de una intervención exitosa, el Ombudsman Nacional informará a todas las partes involucradas por escrito sobre su decisión de no continuar con la indagación. Sin embargo, si el Ombudsman es de la opinión que existen razones para continuarla, podrá hacerlo.

Además de esta actividad, el Ombudsman europeo también puede resolver casos de forma preventiva. Si durante el curso de una investigación él encuentra indicadores de mala administración, su primera labor es tratar de encontrar un remedio amistoso que satisfaga al demandante. Si tal solución es alcanzada o el cuerpo comunita-

⁹⁶ El Ombudsman Nacional de los Países Bajos: una breve introducción. Séptima edición, 2000, p. 15.

rio realiza un cambio de conducta en sentido positivo, entonces el Ombudsman cerrará el caso. En un sentido similar al del Ombudsman Nacional de los Países Bajos, no existirá una resolución o recomendación final.

Pese a los beneficios en términos de eficiencia y efectividad de los métodos preventivos, estos no pueden ser usados en todos los casos. Ciertamente el Procurador de El Salvador debería estar más abierto a utilizar tales mecanismos para cerrar demandas que requieren una solución rápida y que no constituyen una violación mayor de derechos humanos, pero esto no significa que todos los casos deban ser resueltos de esta forma o que soluciones más estrictas no se deban usar. Como se ha dicho antes, algunos casos de violaciones tan graves no permiten soluciones amistosas ni basta con el cambio de conducta de la administración, especialmente si esta es responsable de las violaciones.

5.2.2. Remisión a otras instancias

Se debe hacer una distinción en este punto con respecto a los casos en los que el Procurador determina que la demanda debe ser atendida por otra instancia de control y los casos en que las instituciones administrativas no han cumplido con sus resoluciones, y las consecuencias legales de esta conducta.

En la primera circunstancia, el Procurador puede -y lo hará- continuar con la investigación, aún si el caso también es conocido por otras instancias, como la judicial. El artículo 37 de la ley de la Procuraduría establece que

“En el ejercicio de sus funciones, el Procurador puede recurrir al Procurador General de la República, los Tribunales, la Fiscalía General de la República u otra dependencia del Estado y comenzar, de conformidad a la ley, las acciones o procesos tendientes a investigar y resolver cualquier asunto de su competencia, especialmente cuando el caso sea sobre la violación de un derecho humano que constituye una ofen-

sa criminal, sin perder la facultad de continuar el proceso dentro de la Procuraduría”.

Este artículo demuestra cuán amplias son las facultades del Procurador al punto de que ni una solución amistosa ni la remisión del caso a la instancia judicial le impide continuar con la investigación o emitir una resolución. El problema surge cuando las resoluciones del Procurador difieren de las de las otras instancias.

Adicionalmente, el artículo 61 del reglamento interno de la Procuraduría expresa que:

“En el ejercicio de sus funciones, el Procurador podrá recurrir, por cualquier medio a la Fiscalía General de la República, a los tribunales y a otras dependencias del Estado, a efecto de que inicien de conformidad con la Ley, las diligencias o procedimientos encaminados a investigar y resolver situaciones de la competencia de esas entidades, especialmente cuando se trate de violaciones de los Derechos Humanos constitutivas de hecho punible; lo cual no obsta para que continúe el trámite pertinente ante la Procuraduría. Esas entidades están obligadas a informar al Procurador en un plazo prudencial, sobre el desarrollo y los resultados de su gestión”.

Esta situación difiere totalmente del caso del Ombudsman Nacional de los Países Bajos, donde él se retira de conocer el caso si otra institución de control tiene competencia para resolverlo. El Ombudsman Nacional no es competente para investigar acciones que están sujetas a la jurisdicción de las cortes (sección 16, primer inciso y literal g).

Una vez que al Ombudsman Nacional se le previene de no actuar -por lo menos temporalmente- este puede objetar o apelar en el derecho administrativo; límites de tiempo cortos se aplican en estos casos. Sin embargo, si tal remedio es viable respecto a un fallo de la autoridad administrativa para alcanzar una decisión en buen tiempo, el Ombudsman Nacional tiene la facultad de iniciar una in-

vestigación. De igual forma, tal limitación temporal de competencia del Ombudsman Nacional no se aplica cuando el demandante confía en una acción respecto de la cual la petición ha sido instaurada en las cortes civiles. En tanto que la objeción o procedimiento de apelación -o el procedimiento ante una corte o la administración- continúe, el Ombudsman Nacional no puede investigar. Más aún, el Ombudsman no puede investigar en los casos en que una corte administrativa ya se ha pronunciado o en asuntos en litigio; debe entonces reconsiderar, algunas veces temporalmente, investigar ciertos casos concernientes a la relación entre las autoridades administrativas y judicial⁹⁷.

Una situación puede surgir cuando el individuo acude ante el Ombudsman Nacional y tiene un recurso para objetar o apelar; en la práctica esto rara vez ocurre, pero en tales casos el Ombudsman está obligado a remitir la petición al cuerpo judicial apropiado.

La limitación de la competencia del Ombudsman Nacional en relación con la jurisdicción de las cortes administrativas afecta la clase de acciones que investiga. Cuando el gobierno toma acciones que afectan derechos individuales de los particulares en la forma específica de decisiones administrativas, la acción descansa, con pocas excepciones, en las cortes administrativas de los Países Bajos. Esto significa que el ámbito de competencia del Ombudsman Nacional comprende principalmente el área de prácticas diarias de los cuerpos gubernamentales.

En el caso del Ombudsman europeo, este mantiene contacto con los Ombudsman nacionales de Europa en casos que se encuentran fuera de su competencia, enviándolos a la instancia adecuada. También da asesoría al ciudadano sobre a cuál instancia acudir. Si es posible, el Ombudsman dirige la acción al órgano competente, previo

97 Acta del Ombudsman Nacional, sección 16, primera sentencia y (c), (d), (e) y (f).

consentimiento del demandante, y cuando la demanda está apropiadamente motivada.

De acuerdo al reporte anual del Ombudsman europeo del 2002, la institución recomendó en 1,299 casos que se remitieran a otra instancia; en 618 casos se sugirió que la demanda fuera presentada ante un Ombudsman regional o nacional; en 215 casos se sugirió presentar la petición al Parlamento Europeo, enviando al mismo tiempo 12 peticiones a esta instancia previo consentimiento de la parte afectada. En 241 asuntos se sugirió contactar directamente a la Comisión Europea; y en 183 casos se asesoró contactar a otras entidades⁹⁸.

Remisión a la instancia penal

En la legislación salvadoreña la forma más extrema de remisión a otra instancia es cuando la administración no coopera con la institución u obstaculiza la investigación. En este caso, la ley establece que el caso debe remitirse a la instancia penal donde el Fiscal General de la República puede iniciarlo ante una corte. El artículo 76 del reglamento interno expresa que:

“Toda persona que impidiere, coartare u obstaculizare en cualquier forma al Procurador, no enviare los informes que el Procurador le solicitare; o negare su acceso a expedientes, lugares, documentos e investigaciones necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones, incurrirá en las responsabilidades penales o administrativas correspondientes.

En cualquiera de los casos precitados, el Procurador dará aviso inmediato al Fiscal General de la República para que ejerza la acción penal pertinente; y en su caso, a la autoridad administrativa que correspondiere”.

Pese a la existencia de esta figura, rara vez se hace remisión a lo penal, sobre todo porque no existe un tipo penal que cubra esta circunstancia, dificultando a los fiscales iniciar un caso por esta causa.

⁹⁸ Ombudsman europeo, Reporte Anual 2002, p. 19.

5.2.3. Reportes especiales

Conforme al artículo 43 de la ley de la Procuraduría, el Procurador puede elaborar y publicar reportes sobre situaciones generales o especiales que afecten los derechos humanos. Con tal fin, y si lo considera conveniente, puede pedir asesoría y cooperación de personas naturales, autoridades, funcionarios u otras entidades relevantes.

Estos reportes tienen dos fines: determinar la existencia de una situación general que constituya una violación a derechos humanos y establecer la responsabilidad del Estado. El Procurador inicia de oficio la investigación de cualquier asunto que considere relevante en ese momento. A pesar de la gran práctica en la emisión de tales reportes, usualmente estos corresponden a un asunto político relevante sin estar programados en relación con otras consideraciones.

Estos reportes difieren del informe anual en el sentido de que este representa un vínculo entre el Procurador y el Parlamento. Si el Parlamento lo considera necesario puede usar el reporte para entrevistar al funcionario involucrado, pero esto responde más a intereses políticos que a un interés de carácter administrativo. No existe obligación para el Procurador de enviar estos reportes al órgano legislativo, aunque sí a las autoridades responsables; muchas veces los reportes son presentados al público con el fin de que tengan mayor impacto y efecto. Algunas veces los reportes pueden ser usados para evacuar una serie de casos investigados por denuncia; sin embargo, aquellos no deben confundirse con las resoluciones finales.

El reglamento interno de la Procuraduría determina la facultad de preparar informes o reportes especiales en ciertos casos. Según su artículo 75, los informes también pueden ser solicitados por cualquier persona natural, autoridad o entidad estatal. El Procurador tiene la opción de

determinar si elabora el reporte solicitado; en ese caso, el Parlamento puede pedir informes y, de manera similar al Ombudsman Nacional de los Países Bajos, el Procurador tiene la facultad de no realizarlos.

Los Ombudsman de Europa y los Países Bajos pueden hacer informes especiales, sobre todo en casos en los que la institución administrativa no cumple las recomendaciones. Para el Ombudsman Nacional la falta de cumplimiento de la resolución produce el envío del informe a la Cámara Baja del Parlamento, que llama a la autoridad más alta de la institución para que explique las razones de su incumplimiento.

En el caso del Ombudsman europeo, si la institución no quiere seguir la resolución, este puede enviar un reporte especial, el cual puede o no contener recomendaciones, al Parlamento Europeo y a la institución u organismo responsable. El Parlamento puede llamar a la autoridad responsable para que explique su posición respecto al cumplimiento de la resolución.

5.2.4. Reportes anuales

El Procurador salvadoreño debe preparar cada año un reporte a la Asamblea Legislativa sobre su gestión. Este reporte, sin embargo, no siempre ha sido sobre la situación de los derechos humanos sino más bien sobre las actividades de la institución. Ha sido recientemente que el Procurador ha comenzado a valerse del reporte para hablar de la situación de los derechos humanos. La Constitución prohíbe esto, por lo que el Procurador considera que “los reportes solo tienen sentido si ellos hacen cuenta del trabajo desrayado y de los obstáculos encontrados, con el propósito lógico que los mismos sean corregidos y suprimidos, bajo el entendido que todos los órganos del Estado deben asumir el cumplimiento total y el respeto de los derechos humanos y que es una obligación fundamen-

tal que se desarrolla como un valor esencial en la tendencia constitucional”⁹⁹.

El reglamento interno de la Procuraduría establece:

“Artículo 79.- En los primeros quince días de Enero, todas las dependencias administrativas de la Procuraduría tendrán que preparar un reporte del trabajo realizado durante el año precedente. Estos reportes serán la base del reporte anual que el Procurador debe presentar a la Asamblea Legislativa”.

En el caso de los Ombudsmen de Europa y los Países Bajos, estos envían el informe anual a sus respectivos parlamentos, incluyendo los resultados de sus investigaciones y la efectividad de su trabajo. En Holanda, el Ombudsman debe reportar anualmente a ambas cámaras del Parlamento y a los ministros¹⁰⁰. Este reporte es publicado como un documento parlamentario y tiene amplia distribución; contiene una revisión de los resultados de las investigaciones en diversas áreas, datos estadísticos y, como un apéndice, un breve detalle de todos los reportes emitidos durante el año en cuestión.

A nivel europeo, este reporte es debatido y aprobado por la plenaria del Parlamento Europeo y por su Comité de Peticiones.

Estos reportes no sólo son una gran fuente de información para la comunidad sino además una forma de controlar sus instituciones. El Ombudsman puede dar una visión clara de las fortalezas y debilidades de la administración mediante la recolección de datos. Esta información también es relevante para el público, el cual puede analizar el desarrollo de las instituciones administrativas y entender el trabajo que hacen. Esto es particularmente relevante en

⁹⁹ Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, op. cit., p. 73.

¹⁰⁰ Ley del Ombudsman Nacional de los Países Bajos, sección 28, subsección 1.

la Unión Europea ya que las actividades realizadas por sus instituciones son desconocidas para la generalidad del público.

5.2.5. Resoluciones y recomendaciones

Ámbito de la investigación

Los tres Ombudsman en análisis tienen como su principal herramienta la investigación de casos bajo su competencia. Tales investigaciones terminan normalmente en una resolución y recomendaciones. En El Salvador la ley establece que toda investigación debe terminar con una resolución y, en la mayor parte de los casos, incluir recomendaciones. Para los Ombudsman europeo y holandés, con una visión diferente, no todas las resoluciones deben incluir recomendaciones. Su visión es clara: si la administración actúa inapropiadamente, el objeto de la acción será en principio lograr un cambio de conducta dentro del gobierno y, si se produce este cambio, no existe razón para señalar responsabilidades. Si la instancia administrativa no cambia de conducta, entonces existen suficientes fundamentos para que el Ombudsman recomiende la forma de lograrlo.

Los Ombudsman de Europa y los Países Bajos buscan, en primer lugar, el cambio administrativo y no la responsabilidad administrativa, a la inversa de lo que hace una corte: esta instancia mirará primero si la administración necesita reajustar algunas acciones para tratar a los individuos de una forma apropiada y buena. Esta meta significa que la intervención del Ombudsman habrá terminado una vez que sea alcanzada.

Esta situación no es aplicable al Procurador salvadoreño quien, como ha sido explicado, tiene el deber constitucional y legal de proteger los derechos humanos. En este caso, aquel busca ciertas formas de responsabilidad a fin de establecer la responsabilidad del gobierno en la violación de derechos humanos. El asunto del cambio de con-

ducta es secundario y, por tanto, el Procurador siempre tratará de determinar si la autoridad violentó ciertos derechos humanos sentando responsabilidades y dando recomendaciones para el caso en cuestión.

Facultades durante la investigación

Los tres Ombudsman poseen un amplio margen de poderes para realizar la investigación, tales como el poder de inspección *in situ* o el poder de exigir datos a las autoridades administrativas, peticionarios, testigos y expertos. Pueden, si es necesario, hacer resúmenes. Los testigos pueden ser escuchados bajo juramento. La autoridad administrativa está obligada a proveer la información solicitada y permitirle al Ombudsman el acceso a todos los lugares donde deba realizar su trabajo. El personal de estas instituciones frecuentemente visita los cuerpos administrativos para tomar evidencias *in situ*¹⁰¹. El deber de proveer información se extiende a ver documentos o información clasificada como confidencial en el caso de servicios de inteligencia o seguridad, y en algunos datos de la fiscalía o los tribunales.

Específicamente en el caso del Procurador salvadoreño, la ley de la institución determina en el artículo 42,

“Artículo 42.- Cuando el Procurador advirtiera una práctica sistemática de violación a los derechos humanos o en casos y situaciones que revistan especial gravedad o trascendencia nacional, sin perjuicio de la resolución sobre los hechos individuales, debe adoptar cualquiera de las medidas adicionales siguientes:

- 1) Hacer las investigaciones necesarias para determinar la naturaleza y las causas de la violación;
- 2) Elaborar y publicar un informe especial, sobre el resultado de la investigación, las conclusiones y sus recomendaciones; y

101 Ver la Ley del Ombudsman Nacional de los Países Bajos, secciones 19, 20, 21, 22, 23, 24.

3) Establecer los mecanismos correspondientes para vigilar el cumplimiento de sus recomendaciones.”

El artículo 73 del reglamento interno también incluye la facultad del Procurador de impulsar investigaciones y terminarlas con una resolución y recomendaciones si es aplicable. En todo caso, si la demanda no es archivada en el proceso, el resultado final será una resolución y recomendaciones.

Una vez finalizada la investigación, las tres instituciones tienen que elaborar un reporte final. En el caso de El Salvador tal reporte siempre contendrá una recomendación para la institución responsable, mientras que en Europa y los Países Bajos podrá haber casos en los que tales reportes no se realicen.

Resoluciones y recomendaciones

El reporte final, en los casos aplicables, debe incluir un claro detalle sobre las bases de la decisión así como sobre los hechos relevantes del caso en cuestión. El artículo 52 del reglamento de la Procuraduría salvadoreña expresa:

“El Procurador, al reunir suficientes elementos y considerar establecida la violación de los Derechos Humanos ordenará la preparación de un informe contentivo de hechos y conclusiones, y además;

a) Promoverá el cese inmediato de la violación y la restitución de los derechos violados, si fuere posible; e interpondrá los recursos judiciales y administrativos pertinentes;

b) Si lo considera conveniente, hará las recomendaciones pertinentes para cambiar las prácticas o reformar las políticas, leyes, reglamentos o disposiciones normativas que propicien la violación;

c) Podrá solicitar la aplicación del debido procedimiento legal respectivo contra el responsable inclusive su destitución o la imposición de cualquier otra sanción prevista en otras leyes y reglamentos;

ch) Recomendará la indemnización a la víctima; y si esta hubiere muerto a sus familiares; y

d) Adoptará cualquier otra medida que considere necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones y la garantía de los Derechos Humanos en general.”

Como se ha dicho en repetidas ocasiones, el reporte final en El Salvador siempre incluye una recomendación si existen pruebas de la violación de un derecho humano. No existe posibilidad de suspender el caso bajo el supuesto de un cambio de conducta de la administración. Esto significa que a pesar del cambio, la responsabilidad de la administración siempre será considerada en la resolución final.

En el caso holandés, la sección 27, subsección 1 de la Ley del Ombudsman Nacional establece:

“cuando la investigación ha sido cerrada, el Ombudsman elaborará un reporte conteniendo sus hallazgos y su decisión... esta decisión se basará en sus hallazgos: el Ombudsman deberá determinar si la autoridad administrativa actuó apropiadamente en el asunto bajo investigación”.

Lo que es considerado un reporte del Ombudsman Nacional es de hecho una resolución final pero sin recomendaciones en todos los casos. Sus decisiones se discuten separadamente, con referencia particular a los estándares de una conducta propia que es el criterio estatutario que gobierna tales decisiones. La decisión puede ir acompañada de una recomendación. El reporte se envía al peticionario, a la autoridad administrativa y a los oficiales involucrados. Una versión del reporte -que no revela la identidad de los individuos- es hecha pública y enviada a la Cámara Baja y a otros receptores interesados. La publicación del reporte cierra la investigación.

A nivel del Defensor europeo, si la autoridad presuntamente responsable toma la iniciativa para resolver el asunto y satisfacer al demandante, el caso se archiva como resuelto por el Ombudsman. Otra forma de archivar el

caso es cuando el peticionario no continúa con la queja. De forma similar al Ombudsman holandés, el europeo puede finalizar el caso sin resolución o recomendaciones. Aun los casos con resolución pueden no contener recomendaciones. Si existe un caso grave de mala administración, el Ombudsman puede tomar una decisión que incluya un proyecto de recomendaciones dirigidas a la institución u órgano afectado, que deberá enviar un reporte detallado dentro de los tres meses aceptando la decisión del Ombudsman y describiendo las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones.

5.2.6. Censura pública

Este es uno de los recursos más extremos de los mecanismos de control de la Procuraduría de El Salvador (el otro es la remisión del caso a la Fiscalía General de la República para seguir una acción penal). El uso de esta figura está limitado a dos situaciones particulares: cuando una institución niega seguir las recomendaciones y cuando se ha producido una violación masiva de derechos humanos. En todo caso, la censura pública debe ser justificada.

De acuerdo con el artículo 54 del Reglamento de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, se determina que:

“Cuando en la resolución se hicieren recomendaciones a ser cumplidas por la persona, autoridad o entidad responsable si en el plazo razonable señalado por el Procurador, no se toman las medidas o no se informare de las razones para no adoptarlas, emitirá censura pública; sin perjuicio de hacer del conocimiento de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del caso y las recomendaciones sugeridas.

El Procurador podrá publicar la resolución si lo estimare conveniente a emitir resoluciones de censura pública, en casos de graves violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos; de falta de colaboración o de obstaculización de sus actuaciones; de incumplimiento de sus recomendaciones; y

en otras situaciones que se determine, tales como las que revisten especial gravedad o trascendencia nacional, o en casos de reiteradas violaciones.”

Esta figura no es utilizada por los Ombudsmen de Europa o los Países Bajos; sin embargo, existen algunas similitudes con los reportes especiales para el Parlamento. Ambos son hechos cuando el cuerpo administrativo afectado se niega a seguir la recomendación, o cuando el caso es muy severo. Otra similitud es la obligación de informar sobre el uso de esta medida a la máxima autoridad de la institución administrativa involucrada. La mayor diferencia es que estas instancias se usan para presionar a la administración a cumplir con la resolución: en el caso salvadoreño se da énfasis a la opinión pública y las cortes mientras que en los Países Bajos y Europa el énfasis se pone en el rol del Parlamento. A pesar de que ambos incluyen presión política, el acercamiento del Ombudsman parece ser más efectivo en términos de controles internos y también representa una mejor forma de discutir el asunto de forma política y legal.

5.2.7. Cumplimiento y seguimiento

La Procuraduría salvadoreña tiene un Departamento de Seguimiento de Resoluciones. Este departamento recibe las resoluciones, las clasifica y analiza la naturaleza de la recomendación. Conforme a la ley, el Procurador debe incluir en la resolución final el procedimiento de seguimiento. Pese a esta obligación, muchas resoluciones no incluyen tales indicaciones y, por tanto, el Departamento de Seguimiento debe inferir si las recomendaciones pueden ser seguidas o no en un tiempo razonable. Actualmente, y debido a una recomposición de ese departamento, no existe suficiente sistematización sobre su trabajo, acciones y resultados.

En Holanda y en la Unión Europea las oficinas de los Ombudsmen no cuentan con un departamento de segui-

miento. Además de tener poco personal, ambas oficinas no tienen el problema de controlar la efectividad de su trabajo. Ellos tienen contacto constante con los cuerpos administrativos y hacen reportes regulares sobre sus acciones. Las resoluciones tienen normalmente un tiempo límite para cumplir las recomendaciones dadas y raramente las instituciones no las siguen. Además, el número de casos de las resoluciones procesadas -224 casos presentados a nivel europeo y 1,466 en los Países Bajos, en comparación con 3,303 del Procurador salvadoreño- hacen más fácil el manejo de decisiones finales.

Finalmente, la posibilidad de terminar un caso si la autoridad administrativa toma los pasos necesarios durante su investigación, representa la mayor ventaja en términos de la efectividad del trabajo del Ombudsman. En estos casos, el compromiso institucional de cambiar se adiciona al reporte, seguido por una conclusión con la aprobación de los Ombudsman sobre los pasos realizados para modificar la acción cuestionada. Si nadie toma medidas y existen razones que sugieran que la autoridad deba considerar tomarlas, esa sugerencia es hecha al final del reporte bajo el título de recomendación.

5.3. Otros mecanismos de control

Esta sección trata de determinar si las actividades con otras instituciones pueden significar una forma indirecta de alcanzar una buena conducta administrativa. Los Ombudsman deben contar con el esfuerzo conjunto de otras instituciones para mejorar el impacto de sus resoluciones. Algunas de estas entidades son también de control, como el órgano judicial; otras son más políticas, como el Parlamento, o más sociales, como las ONGs; todas ellas pueden presionar al gobierno a seguir las recomendaciones del Ombudsman. En algunos casos estas instituciones de control pueden ser más efectivas que la institucional.

5.3.1. Control jurisdiccional y administrativo

Existe la práctica legal de considerar al órgano judicial bajo la competencia de control del Procurador en El Salvador. Esto significa no sólo revisar o dar opiniones sobre decisiones judiciales -dadas dentro de las facultades de las cortes y no relacionadas con sus actividades administrativas- sino, además, continuar una investigación paralela pese a que el caso se ventila en una corte penal, civil o administrativa. Esta situación ha producido duplicidad de esfuerzos que han dado distintas resoluciones para el mismo caso y, por tanto, disputas entre ambas instituciones.

El Procurador es visto como la instancia superior donde las sentencias judiciales pueden ser revisadas y, en la práctica, la institución ve la legalidad del proceso y si los derechos de defensa fueron respetados. Sin embargo, la instancia llamada por la Constitución para realizar tal acción es en realidad la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a través de un proceso de amparo. Esta situación no ha sido suficientemente debatida y este vacío resulta en la continuidad de dicha práctica actualmente.

La relación Corte - Procurador en El Salvador es más bien difícil, basada más en debates de jurisdicción y en la naturaleza de las acusaciones. En términos generales, gran parte de la población no tiene confianza en el sistema judicial por lo que este órgano se encuentra siempre bajo el ojo del huracán, acusado de permitir la impunidad. Bajo este clima es muy difícil en el corto plazo mejorar la relación y cooperación entre ambas instituciones, a pesar de la necesidad de lograr mecanismos más efectivos de cumplimiento para mejorar la labor del Procurador.

En lo concerniente a los Ombudsman holandés y europeo, se ha dicho que una vez que el caso está bajo la competencia de los tribunales, el Procurador se exime de conocerlo. El asunto puede ser reabierto en el futuro si la

instancia judicial determina que no era apelable, pero normalmente el Ombudsman no puede contradecir la sentencia ni actuar como instancia de apelación; tampoco puede cambiar el fondo de la sentencia o de la decisión judicial. La naturaleza de los casos, la clara visión de la jurisdicción pero, sobre todo, una administración de justicia efectiva y confiable, es la clave para un mayor respeto y cooperación entre ambas instituciones de control.

5.3.2. El rol del Parlamento

La Asamblea Legislativa podría tener un rol mayor a fin de mejorar la efectividad de la labor del Procurador salvadoreño. A este se le permite dar opiniones sobre proyectos de ley de relevancia en derechos humanos. Por su parte, la Asamblea también puede pedir informes especiales o reportes al Procurador sobre asuntos relevantes para la protección de los derechos humanos. Sin embargo, en la realidad este rol no es completamente un hecho y existe tensión entre ambas instancias. La práctica general es que el legislador presiona al Ombudsman para que se comporte de cierta forma bajo la perspectiva de la posibilidad de reelegirlo en su cargo. Tal posibilidad ha hecho que algunos procuradores sean débiles en la ejecución de sus actividades. Por el contrario, aquellos procuradores que han mostrado interés real en proteger los derechos humanos son los que no han sido reelectos, a pesar de su buena gestión.

La Asamblea Legislativa salvadoreña aprueba el presupuesto anual de la institución lo que representa una forma de restringir sus actividades. El presupuesto anual del Procurador salvadoreño no ha sido aumentado en varios años, por lo que no se han podido hacer mejoras salariales o cubrir otras necesidades de la institución. Esto representa el mayor reto de la institución y su mayor limitación, ya que debe realizar muchas funciones y atribuciones constitucionales con un presupuesto deficiente.

La oficina del Ombudsman Nacional tiene una relación de apoyo y contribución con el Parlamento en el escrutinio a la administración pública. El Comité de la Cámara Baja del Parlamento para las Relaciones del Interior y del Reino es responsable por los asuntos institucionales concernientes al Ombudsman Nacional, tales como su legislación, asuntos presupuestarios, visitas y emisión del reporte anual.

El Ombudsman envía al Comité de Peticiones de la Cámara Baja cuatro revisiones de las respuestas a sus recomendaciones recibidas en los tres meses anteriores, antecedidas por un breve resumen de los puntos relevantes. Esto da al Comité la oportunidad de seguir las partes relevantes del trabajo del Ombudsman Nacional y, si es necesario, de hablar con el ministro o secretario de Estado responsable. Tanto el Comité de Peticiones como el Comité Permanente para las Relaciones del Interior y del Reino reciben todos los reportes del Ombudsman.

Si la administración no cumple con las recomendaciones del Ombudsman, este enviará un reporte al Parlamento que incluirá el nombre de la autoridad responsable y entrevistará al funcionario para determinar las razones del incumplimiento de las recomendaciones. Con la extensión de las competencias del Ombudsman Nacional a las provincias y a un buen número de municipalidades, el reporte anual también se envía a sus asambleas representativas, a las provincias del Estado y a los consejos respectivamente.

Estas acciones, además de la colaboración cercana entre el Parlamento y el Ombudsman, prueban un punto importante: el primero es una instancia crucial para mejorar la efectividad del trabajo del Ombudsman en el sentido de que puede apoyar las acciones de la institución y ayudar a controlar las actividades del poder ejecutivo. Sería deseable que la Asamblea Legislativa salvadoreña trabajara junto al Procurador en lugar de limitar sus funciones cons-

titucionales. De igual forma, el Procurador podría encontrar en el órgano legislativo un importante aliado para proteger los derechos humanos y forzar a las instituciones a trabajar eficientemente. Sin embargo, este escenario utópico sólo es posible si se eliminan la corrupción y la falta de transparencia de las instituciones del Estado, incluida la Asamblea.

5.3.3. El rol de los ciudadanos y la participación pública

Los ciudadanos, a nivel individual u organizados en ONGs, constituyen una parte importante en el trabajo y efectividad del Procurador. Algunas resoluciones han debido su impacto a la cobertura por los medios de comunicación, pero la participación ciudadana produce una mayor influencia. Sin embargo, el rol del público en El Salvador no ha sido bien definido y la presencia de la sociedad civil en asuntos de su interés no siempre se garantiza.

No obstante, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos es una de las instituciones más confiables (48%). Después de la Iglesia, a la Procuraduría se le considera la institución más confiable del Estado debido a su imparcialidad y sus esfuerzos para proteger derechos humanos fundamentales. Anualmente la Procuraduría recibe más de tres mil casos, además de los que la institución inicia de oficio.

La institución ha tratado en los últimos años de ser transparente. En el marco legal, el artículo 77 del reglamento interno de la Procuraduría le permite hacer público el ámbito y limitaciones de cualquier entidad en el área de protección, promoción y educación en derechos humanos, siendo cuidadosa de separar las funciones y atribuciones del Procurador de aquellas que corresponde a otras entidades estatales. Esta facultad ha sido usada para presentar una serie de documentos explicando las dificultades de la institución y justificar una serie de cambios dramáticos a fin de mejorar su eficacia y alcances.

En el caso del Ombudsman Nacional holandés, la posibilidad de cumplir su rol se debe a su impacto público. De acuerdo con esta visión, el público debe tener confianza en su imparcialidad y método de cooperación. Cuando al gobierno le concierne, se ha notado que las decisiones hechas por el Ombudsman Nacional no son legalmente vinculantes. Los contactos entre el público y el Ombudsman Nacional se hacen por teléfono, correspondencia o entrevistas. Varios miles de personas se han acercado al Ombudsman cada año (21,000 en el año 2000), no sólo con preguntas - tales como si la demanda puede ser sometida - pero además con peticiones de asesoría e información que caen fuera de su actuación, las cuales tratan de responderse de la mejor forma posible. Una boleta con información sobre el Ombudsman Nacional es distribuida nacionalmente a través de numerosas entidades. Nueve de cada diez peticiones se presentan al Ombudsman Nacional directamente, más que a un intermediario como un abogado u oficinas de queja policiales. Si la información suministrada es insuficiente para decidir si se inicia una investigación, el peticionario tiene la oportunidad de proveer más información sea por carta o por teléfono.

Durante una investigación, el contacto se puede hacer por carta o teléfono -dependiendo de la clase de queja- o directamente, visitando la oficina del Ombudsman Nacional, o con el personal de la oficina del Ombudsman cuando toman las peticiones *in situ*. Además de proveer información en asuntos específicos y de los contactos que esto significa, existe una política activa de diseminar publicidad general con el fin de mostrar el perfil del Ombudsman Nacional como servidor de los individuos. Esto se hace a través de los medios y de la emisión de escritos.

Para el Ombudsman europeo existe interés especial sobre el conocimiento público de las actividades de la institución. Uno de los problemas más grandes del derecho comunitario es la falta de conocimiento de sus ciudadanos

sobre las actividades que realizan sus instituciones. El Ombudsman europeo ha tratado de informar más sobre sus actividades a todas las personas de la Unión mediante comunicaciones en los medios y visitas a las instituciones y a los Estados miembros. Tales actividades refuerzan la transparencia de la institución y aumenta la confianza del público. También existen comunicaciones con parlamentos locales e intercambio de opinión y experiencias con organizaciones civiles e instituciones nacionales y regionales.

CAPÍTULO VI

MEJORAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO Y SEGUIMIENTO DEL CONTROL ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR

6.1. Impacto y efectividad del trabajo del Procurador

Pese a las múltiples funciones y atribuciones de la Procuraduría, el grado de efectividad es bajo y no existe una conciencia general de la necesidad de seguir sus recomendaciones. Por el contrario, el Ombudsman Nacional de los Países Bajos presenta un gran nivel de cumplimiento – 90% de las recomendaciones son seguidas – y el Ombudsman europeo también presenta cifras altas en cuanto a la efectividad del trabajo que desempeña.

En los casos de Holanda y de la Unión Europea es inconcebible la idea de que la administración diga que simplemente no seguirá las recomendaciones de sus Ombudsmen porque no tienen carácter vinculante. Si esto ocurriera y los cuerpos administrativos no quisieran seguir la resolución, lo procedente sería enviar un reporte al Parlamento para que este entreviste al funcionario responsable al respecto. En el caso de El Salvador, la Procuraduría cuenta con un Departamento de Seguimiento cuya labor, sin embargo, no mejora la eficiencia de las resoluciones.

Donde el poder formal está ausente, el respeto a la autoridad del Ombudsman Nacional y sus decisiones es muy importante si se pretende que estas tengan algún impacto. La autoridad de la institución se determina en primer lugar por la cualidad del trabajo, a través de la investigación, resoluciones bien razonables y reportes comprensibles. La calidad es condición indispensable pero no suficiente. Es la solidez interna, pero además la externa que es vital: el apoyo político del Ombudsman Nacional y el conocimiento público de su trabajo, particularmente a través de los medios de comunicación.

La decisión del Ombudsman Nacional no es legalmente exigible; depende de la autoridad administrativa decidir qué acción -si toma alguna- va a tomar bajo la luz de un reporte o decisión particular. Esta es la diferencia entre una decisión dada por el Ombudsman Nacional y la sentencia dada por un juez en la corte.

El hecho de que las decisiones del Ombudsman Nacional no sean legalmente exigibles significa que la calidad de su trabajo es más importante, puesto que forma la base esencial para su autoridad y así se fortalece la efectividad de su trabajo. Por tanto es esencial que:

- La investigación de los hechos sea llevada a cabo de forma consciente y produzca conclusiones que no estén abiertas a futuras disputas.
- La decisión y cualquier recomendación deben ser persuasivas. Esto establece el estándar de dar razones en cada decisión.

Estos requerimientos son particularmente importantes puesto que no existe el derecho de apelar la decisión del Ombudsman Nacional. Más aún, es importante atarse a la decisión.

La investigación también tiene efecto en el hecho de que el Ombudsman Nacional decida investigar un caso de

oficio y traer el asunto a la atención de altas autoridades y políticos. Esto regularmente resulta en que se toman los pasos necesarios ante el Ombudsman Nacional para que publique su reporte. La rapidez con que la organización sepa sobre el asunto tiene efectos extremadamente valiosos. Por otro lado, existen casos en los que el reporte indica si la acción investigada era impropia y la autoridad gubernamental responsable no tomó los pasos necesarios para corregir su conducta; en tales casos, el Ombudsman puede ejercer su poder para emitir una recomendación con el objeto de lograr un fin específico o general. La experiencia muestra que normalmente las recomendaciones son seguidas siempre dentro de un plazo razonable.

En relación con el cumplimiento de las recomendaciones emanadas del Ombudsman holandés, esto dependerá de las posibilidades de la institución responsable. Uno de los puntos fundamentales considerados por el Ombudsman es que la recomendación sea realista y que su cumplimiento sea posible. En el caso de El Salvador, la ley no definió esta limitación para el Procurador y, por tanto, las posibilidades para emitir recomendaciones son tan amplias que pueden incluir compensaciones u otra clase de disposiciones. En algunos casos, estas recomendaciones pueden ser imposibles de cumplir por la sola voluntad de la institución señalada, lo que hace más difícil obtener un resultado positivo de ellas.

El efecto de un reporte emitido por el Ombudsman Nacional puede variar. Algunas veces la autoridad gubernamental puede tener iniciativas en favor de la persona que sometió la queja ante aquel. Aparte de esta suerte de impactos en casos individuales, se produce también un efecto estructural: la práctica administrativa de que reglas existentes son alteradas en respuesta a un problema señalado por el Ombudsman Nacional vía reportes individuales o reporte anual, con el objeto de prevenir futuras quejas. Un buen ejemplo es la introducción de la práctica de

enviar un acuse de recibo de correspondencia aunque esto tome tiempo para hacerse. De esta forma, el trabajo del Ombudsman puede tener efecto preventivo.

En sentido amplio, la sola existencia del Ombudsman Nacional puede tener un impacto en cualquier caso en el que la autoridad administrativa decide por su propia iniciativa mejorar la práctica administrativa, a fin de dar la menor cantidad de motivos posibles para interponer demandas ante aquel; este es también el caso con respecto a la implementación de procesos internos para lidiar con quejas puestas por las mismas autoridades. Muchas veces resulta efectivo para el público solamente indicar que se está planeando interponer una demanda ante el Ombudsman Nacional.

6.2. El mejoramiento de la demanda de seguimiento

6.2.1. La naturaleza de las resoluciones y la posibilidad de cumplimiento

Hay dos elementos relevantes a considerar dentro de las resoluciones del Procurador salvadoreño. El primero tiene que ver con la naturaleza de las quejas presentadas en El Salvador y Holanda. Mientras que en los Países Bajos las denuncias más frecuentes versan sobre la prontitud (46% de las quejas)¹⁰², en El Salvador la cuestión más relevante es el abuso policial hacia la integridad de los detenidos. La diferencia de contenido de la violación puede dificultar el cambio de conducta de la administración. Las resoluciones de casos sobre faltas menores en los que sólo se necesitan pequeños cambios son más fáciles de cumplir. Por el contrario, si los casos son acerca de graves violaciones a los derechos humanos, el cuerpo administrativo tenderá a evitar el asunto y el cambio será menos probable.

¹⁰² Esto se relaciona con la prontitud de las resoluciones de la administración. Al respecto, ver el reporte anual del Ombudsman Nacional holandés de 2002, p. 12.

La naturaleza de los casos es además un factor que puede afectar el contenido de las resoluciones. En casos de menor importancia –que es lo más común en las quejas ante el Ombudsman Nacional– será más fácil para el Ombudsman resolverlos sin llegar a recomendaciones, especialmente si durante la investigación de los hechos la administración presenta un cambio real; sin embargo, en asuntos de violación grave a los derechos humanos –la mayoría de los casos en El Salvador– será más difícil tener un cambio de conducta de la administración y las bases de las recomendaciones serán entonces mucho más fuertes.

Segundo, existe el problema de si hay verdaderamente la posibilidad de lograr que se cumplan las recomendaciones. En la práctica, el Procurador puede incluir cualquier clase de recomendación, aun si esta no es alcanzable por la institución o si el cambio de conducta depende de políticas gubernamentales. Este último factor puede ser otra de las razones principales del por qué las resoluciones del Procurador no son seguidas por la administración pública. En el caso de los Países Bajos y Europa, las recomendaciones deben ser realizables por las instituciones y nunca pueden referirse a una política pública de la administración o a un cambio legislativo del Parlamento.

6.2.2. El uso de mecanismos preventivos

Como ya se mencionó, los mecanismos preventivos son usados en El Salvador como medida temporal y no como solución alterna a la queja. En algunos casos, particularmente en aquellos de menor importancia, el Procurador deja abierta la puerta a soluciones amigables. Él nunca debe dejar su rol de mediador ya que en ciertos casos la mediación será más efectiva que intervenir condenando al Estado. Tales mecanismos también proveen una solución más pronta para el peticionario, llevándolo a lo que desea lograr. Las soluciones preventivas o amistosas, más que

una medida protectora o preventiva (como son consideradas en la ley), pueden convertirse en una forma de reducir el número de casos que entran a un proceso de investigación, permitiendo a la institución centrarse en aquellos casos de mayor relevancia que requieren una atención especial.

Uno de los mayores problemas de la institución hoy en día es el gran número de casos sin resolver. Como el Procurador salvadoreño ha señalado:

“el número de resoluciones suscritas no deben ser el solo parámetro para medir la eficiencia institucional. Es imposible resolver y suscribir cientos de casos individuales, si ellos no tienen tiempo y sin una remarcada incidencia sobre los casos violados (sin considerar los errores técnicos en las resoluciones, ya que en muchos casos se ha sacrificado la calidad por la cantidad)”¹⁰³.

Esta situación puede afectar positivamente para que el Procurador utilice mecanismos preventivos para finalizar casos pequeños. El objetivo de proteger derechos humanos no puede ser visto desde una óptica punitiva sino también preventiva hacia lograr el cambio de conducta de las instituciones, específicamente en aquellas donde la dignidad de la persona es afectada mínimamente.

En el caso de los Ombudsmen de los Países Bajos y de Europa, ellos hacen más uso del método de intervención en los casos aplicables. En los Países Bajos, el resultado fue un número significativo de quejas que, aunque inicialmente estuvieron sujetas a investigación, no concluyeron en un reporte. En el año 2000, las investigaciones se terminaron sin llegar a una conclusión en 87.5% de los casos relevantes, usualmente después de aplicar el método de intervención y lograr un cambio en la conducta administrativa. A nivel europeo, de 224 demandas, 66 fueron re-

103 Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, op. cit., p. 1.

sueltas por las presuntas autoridades responsables, con un porcentaje aproximado del 30% de los casos¹⁰⁴.

6.2.3. Relación con otras instituciones

Ser una institución de control no significa tener malas relaciones con la administración pública y otros organismos o instituciones de control. En el caso de El Salvador, tener relaciones positivas no debería ser interpretado como una falta de interés en proteger los derechos humanos. En ciertos casos, una llamada telefónica o una carta han probado ser efectivas y han aumentado la cooperación interinstitucional. La Asamblea Legislativa ha solicitado cuestiones que han resultado positivas en la protección de los derechos humanos, como la discusión de un proyecto de código sobre la niñez. Esta experiencia puede repetirse en otros casos en los que una intervención preventiva del Procurador puede resultar más efectiva.

En los Países Bajos, la institución del Ombudsman mantiene una relación cercana con el Parlamento, junto con una política de “segunda oportunidad”. Esto significa que el Ombudsman Nacional continúa con la investigación de los demandantes sólo cuando estos y la administración han fallado en resolver el asunto en cuestión. En este contexto, la autoridad administrativa revela un alto nivel de voluntad de cooperar con la visión de la segunda oportunidad. En el 85 % de los casos en los que los demandantes fueron enviados con la administración, se llegó a un acuerdo dentro de las doce semanas siguientes en el 47% de los casos y, en los restantes, se resolvió dentro de las cuatro semanas siguientes¹⁰⁵. Esta política permite no sólo una mayor efectividad en el trabajo del Ombudsman, sino también una relación positiva de cooperación entre instituciones de control y administrativas.

104 Ombudsman europeo. Reporte Anual 2002, p. 25.

105 Ombudsman Nacional de los Países Bajos. Reporte Anual 2002, pp. 5,6.

En el caso del Ombudsman europeo, pese a que él investiga las quejas contra las instituciones comunitarias, también realiza una extensa labor en establecer relaciones con ellas. Las instituciones en este contexto cooperan de forma constructiva en resolver los problemas señalados por el Ombudsman. Existe un intercambio continuo de correspondencia y reuniones frecuentes que contribuyen a mantener una relación positiva y fructífera¹⁰⁶.

6.3. El rol de los Principios de Buen Gobierno en el seguimiento

Los principios administrativos ya existen en El Salvador. Algunos se encuentran en la Constitución, como los principios de igualdad, prohibición de arbitrariedad y prohibición de retroactividad; otros han sido desarrollados por la Corte Suprema de Justicia. Estos principios pueden ser usados por el Procurador especialmente cuando la ley presenta vacíos. A pesar de su existencia y posibilidad de uso, el Procurador no ha tomado ventaja de ellos.

La tendencia general en El Salvador es resolver solamente argumentos de derechos humanos, aun cuando estos no sean aplicables al caso y el uso de regulaciones y principios administrativos puedan ser más efectivos. Esta tendencia ha sido una práctica continua desde la creación de la institución. Por otra parte, el Procurador mantiene una línea de trabajo más relacionada a instituciones internacionales de derechos humanos que a controlar el comportamiento de la administración. Esta concepción ha hecho que sus resoluciones sean más cercanas a lo que diría un organismo internacional de derechos humanos, en comparación con lo que cualquier Ombudsman en Europa resolvería.

Los Principios de Buen Gobierno representan la oportunidad de fortalecer los casos, especialmente cuando las

106 Ombudsman europeo. ¿Cómo el Ombudsman Europeo puede ayudarlo?, p. 31.

violaciones de derechos humanos no son muy claras y la responsabilidad de la administración puede ser concluida. Con esto en mente, es importante no sólo utilizar los principios existentes sino también establecer su contenido a fin de proteger los derechos humanos fundamentales.

Existen algunos principios que no han sido desarrollados en el sistema legal, o que su definición es limitada. El Procurador podría definirlos y utilizarlos en sus resoluciones. Estos son, a saber:

El principio de expectativa legítima no se encuentra en las leyes o jurisprudencia. Puesto que en El Salvador se parte de un sistema legal civilista se realza la protección del principio de certeza legal. La administración no se siente obligada a cumplir promesas formales hechas bajo mandato constitucional. El uso de este principio puede fortalecer la Constitución ya que se puede responsabilizar a la administración por las promesas no cumplidas hechas dentro de su potestad discrecional.

El principio de transparencia. Este principio se desarrolla más en relación con el gasto público. El Ombudsman ha usado este principio en otros casos pero no ha sido definido apropiadamente, ni siquiera en la Constitución.

El principio de cuidado, el cual no se usa en todo su significado. Está muy relacionado con la falta de información del afectado pero tiene una aplicación más amplia que incluye el acceso al expediente en caso de una demanda judicial o administrativa.

El principio de participación pública. El público no está consciente de las consecuencias de los actos del Estado y no existe una cultura de consulta por parte de este. El Procurador debe ampliar el uso de este principio para toda clase de casos; esto significa ir más allá del derecho del afectado de saber sobre la decisión administrativa o entender el impacto de ciertos proyectos, y buscar la participa-

ción real de la población en el proceso de toma de decisiones.

Prohibición del mal uso del poder y de la arbitrariedad. Pese a su desarrollo constitucional, existe confusión entre ambos. Sería beneficioso para la institución definir su contenido.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como se señaló en el Capítulo I, existen muchas diferencias entre los Ombudsman de El Salvador, los Países Bajos y Europa. Pese a tales diferencias, hay aspectos importantes a considerar y comparar, tales como sus acciones para controlar a la administración, proteger los derechos humanos y procurar una mayor efectividad en su trabajo.

A pesar de que sería deseable, tal como sucede con los Ombudsman de los Países Bajos y Europa, la disminución de las facultades del Procurador salvadoreño no es posible si las demás instituciones de control no cumplen sus funciones a cabalidad. En El Salvador, el Procurador está claro de que las instituciones de control deberían tomar seriamente sus obligaciones, lo que permitiría la remisión de muchos casos a otras instancias. Pero el diseño legal o la falta de confianza en estas instancias han forzado a la institución a controlar incluso a otras instituciones de control, creando tensión con tales entidades. La reducción de las facultades del Procurador sólo será posible cuando las demás instancias realicen sus acciones conforme a su mandato legal constitucional.

La protección de derechos humanos no es necesariamente una tarea de todos los Ombudsman. En el caso de los Países Bajos y Europa los derechos humanos son tutelados por una serie de remedios efectivos dentro de las cortes. Esta misma idea debe impulsarse en El Salvador, ya que tutelar los derechos humanos requiere más que el

trabajo del Procurador; se necesita una forma seria de protección que debe incluir remedios legales accesibles a la población. Se deben crear instancias efectivas, transparentes, independientes y justas. Si esto se hace, el trabajo del Procurador puede centralizarse aún más en controlar las instituciones y verificar que los procesos se hagan dentro de la legalidad.

Pese a este escenario utópico, que no depende de la voluntad del Procurador, existen algunas acciones que se pueden tomar momentáneamente a fin de mejorar la efectividad en el cumplimiento y seguimiento de las resoluciones que emanan de la institución. La principal es el uso de los Principios de Buen Gobierno como herramienta para proteger los derechos humanos: en sentido amplio, garantizar el vínculo entre los derechos humanos y buen gobierno de tal forma que no puedan separarse. Respetar y garantizar los derechos humanos incluye que la administración actúe correctamente; controlar a la administración es una manera de evitar abusos que puedan violar derechos humanos.

Los principios, como normas legales, tienen un significado más amplio que permite una mejor aplicación en casos oscuros o innovadores. Los principios son tan obligatorios como las regulaciones y pueden aplicarse a muchos casos. A pesar de su existencia y aplicabilidad en El Salvador, el Procurador no ha tomado ventaja de ellos incluyéndolos dentro de los argumentos administrativos para reforzar la protección de los derechos humanos. En esta investigación dichos principios han sido explicados en un esfuerzo por compararlos con aquellos existentes en el sistema legal holandés y europeo.

Finalmente, la efectividad del trabajo del Omdusman lleva al problema de la falta de impacto del Procurador salvadoreño. La naturaleza de los casos investigados, las resoluciones, la falta de uso de mecanismos de solución alternativos o preventivos, la relación inadecuada entre el

Procurador y las instituciones y la falta de seriedad en seguir las recomendaciones que este dicta, han llevado a la obtención de un bajo grado de cumplimiento en la labor que realiza en comparación con los resultados obtenidos por los Ombudsmen holandés y europeo.

En este ambiente, los Principios de Buen Gobierno pueden ser una forma -no la única o la definitiva- de mejorar esta situación. Estos principios pueden enfocarse en la responsabilidad del funcionario reduciendo la visión amplia de los argumentos de derechos humanos. Ellos no pueden resolver todos los retos de la institución, pero ciertamente pueden ayudar a aliviar la situación presente.

A continuación presento algunas recomendaciones. Ciertamente se debe profundizar en el análisis de esta materia ya que esta investigación representa un pequeño paso para la comprensión del contenido e importancia de los Principios de Buen Gobierno.

Las recomendaciones son:

- a) Proponer una revisión del marco legal institucional, especialmente en cuanto a la utilización de métodos alternativos para finalizar casos. Esta revisión incluye el reglamento interno de la institución y la recomposición de la misma.
- b) Proponer e impulsar una reforma legal en el órgano judicial a fin de mejorar la protección de derechos fundamentales en las instancias ordinarias.
- c) Iniciar más contactos con otras instituciones, especialmente con las que realizan tareas de control, a fin de clarificar el contenido de los Principios de Buen Gobierno y su uso en el marco de sus actividades.
- d) Mejorar las relaciones con otras instancias utilizando no sólo resoluciones y recomendaciones, sino también la mediación y negociación para resolver conflictos.

- e) Comenzar un programa de capacitación dentro de la institución y en diferentes instancias administrativas y otras instituciones de control sobre la protección de los derechos fundamentales y la buena conducta administrativa.
- f) Sistematizar dentro de la Procuraduría una lista de Principios de Buen Gobierno que se encuentren en el sistema legal; tratar de definirlos y entenderlos, y utilizarlos en aquellos casos donde la conducta administrativa deba ser reprendida.
- g) Iniciar un programa educativo para los ciudadanos sobre Principios de Buen Gobierno y sobre cuál debe ser la conducta de la administración para con los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos y textos

- Addink, G. H. From principles of proper administration to principles of good governance. Escrito para el IUS Commune Seminar, junio 2002.
- Addink, G. H. New development in criteria used by the Ombudsman in Central America, in the European Union and in the Netherlands, Utrecht University, The Netherlands, junio 2003.
- Addink, G. H. The criteria developed by the Dutch Ombudsman and an analysis of the enforcement methods, julio 2001.
- Boletín del Comité de Juristas de Derechos Humanos de los Países Bajos. Is there a link between the National Ombudsman of the Netherlands and human rights? I will answer this question in the affirmative and describe the link... Sección holandesa de la Comisión Internacional de Juristas (ICJ), Vol. 19/2, marzo, 1994.

- Burkens, M. C. Principles of fundamental rights under Dutch Constitutional Law, Handbook of Constitutional and Administrative Law, Vol. II, Zwolle 1989.
- Diamandouros, P. Discurso del Ombudsman europeo, señor P. Nikiforos Diamandouros, en ocasión de la toma de posesión de su cargo ante la Corte Europea de Justicia, Luxemburgo, 1 de abril, 2003.
- European Governance, “A White Paper”, COM (2001) 428 Final, July 25, 2001.
- Fennel, Katja. El Ombudsman Europeo y los Principios de Buena Administración.
- Human Rights Reference Handbook.
- Koopmans, T. General Principles of Law in European and National Systems of Law: a Comparative View, en: General Principles of European Community Law, 2000, Kluwer Law International.
- La Revista del Ombudsman, número 12, 1994.
- Langbroek, Philip M. Principios generales de una administración apropiada en el derecho administrativo holandés.
- Nehl, Hanns Peter. Principios del proceso administrativo en el derecho comunitario, parte B.
- Oldenziel, Martine. Principios de buen gobierno en derecho comunitario, Universiteit Utrecht, junio 2003.
- Ombudsman Europeo. ¿Cómo el Ombudsman europeo puede ayudarlo? Comunidad Europea, 2002.
- Ombudsman Nacional de los Países Bajos: Una breve introducción, 7º edición, noviembre 2000.
- Papadonpolou, Rebecca. Société des usines à tuves de la Sarre.

- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador. Fundamentos del trabajo de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, El Salvador, 2002.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Documento de políticas: Gobernabilidad para el Desarrollo Humano Sostenible, 1997.
- Schiffrin, Leopoldo H. “Consideraciones sobre la Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Interamericana”. Revista del Centro de Documentación y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador
- The Netherlands section of the International Commission of Jurists (ICJ), Vol. 19/2, marzo 1994.
- Veheecke, Olivier. The role and activities of the European Ombudsman, lectura a los delegados de las Oficinas de Ombudsman de Latinoamérica, Indonesia y Tanzania, 29 de abril, 2002.

Resoluciones y reportes internacionales

- Belisario Betancourt, Reinaldo Figueredo Planchart, Thomas Buergenthal: De la Locura a la Esperanza: 12 años de guerra en El Salvador. Reporte de la Comisión de la Verdad para El Salvador. Consejo de Seguridad de la ONU, Anexo S/25500, 1993.
- Resolución 1998/ 72 del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- 1613/2000/GG; abierto el 05.12.2000, cerrado el 30.11.2001

Normas jurídicas

El Salvador

- Constitución de la República de El Salvador, 1983.

- Reglamento Interno de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, acuerdo número 8, 17 de febrero, 1993, publicado en D.O. N.º 42, Tomo 318, 2 de marzo, 1993.
- Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, número 183, 20 de febrero, 1992. Publicada en el D.O. N.º 45, Tomo 314, marzo, 1992.

Los Países Bajos

- Constitución de los Países Bajos.
- Ley del Ombudsman Nacional, Bulletin of Acts and Decrees 35, febrero, 1981.
- Regulación 1049/2001, 30 de mayo, OJ 2001 L 145/43 de 31.5.2001.

Europa

- Tratado de la Comunidad Europea, Oficial Journal C 325, 24 de diciembre, 2002.
- El Papel Blanco.
- Estatutos del Ombudsman europeo.
- El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.

Reportes anuales

- Ombudsman Europeo. Annual Report 1995, Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Community 1996.
- Ombudsman Europeo. Annual Report 1997, Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Community 1998.
- Ombudsman Europeo. Annual Report 2001, Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Community, 2002.

- Ombudsman Europeo. Annual Report 2002, Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Community, 2003.
- Reporte Anual de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos del 2002.
- Reporte Anual del Ombudsman Nacional de los Países Bajos 2001.
- Reporte Anual del Ombudsman Nacional de los Países Bajos 2002.

Sitios web

- <http://www-org.eu2003.gr>
- <http://www.bibliojurídica.org>
- <http://www.csj.gob.sv>

Análisis comparativo del seguimiento y cumplimiento de las resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, el Ombudsman de Holanda y el Ombudsman de Europa. Una contribución al sistema guatemalteco

Jeannette Vargas Sandoval

Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala

Índice

INTRODUCCIÓN352

CAPÍTULO I

UNIDAD DE SEGUIMIENTO DE LA PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA .356

1.1. Antecedentes y base legal de su creación356

1.2. Objetivos de la Unidad de Seguimiento357

1.3. Atribuciones de la Unidad de Seguimiento357

1.4. Localización en el organigrama de la institución y estructura interna358

1.5. Logros alcanzados en la ejecución de las

recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos	360
1.6. Ejemplos del cumplimiento de las recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos	362
 <i>CAPÍTULO II</i> <i>BASE LEGAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS</i>	
2.1. Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala	365
2.2. Ombudsman de Holanda	372
2.3. Ombudsman de Europa	376
 <i>CAPÍTULO III</i> <i>USO DE LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO EN LAS RECOMENDACIONES DEL OMBUDSMAN ...</i>	
3.1. Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala	382
3.2. Ombudsman de Holanda	387
3.3. Defensor del Pueblo Europeo	392
 <i>CAPÍTULO IV</i> <i>EL SEGUIMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO POR PARTE DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA</i>	
4.1. Consideraciones generales	396

4.2. Forma preventiva	400	
4.3. Atribución específica de la Unidad de Seguimiento	404	
<i>CAPÍTULO V</i>		
<i>BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO DEL SEGUIMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES Y EL USO DE LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO EN LAS INSTITUCIONES DE LOS OMBUDSMAN DE AMÉRICA CENTRAL</i>		<i>406</i>
5.1. Guatemala	406	
5.2. El Salvador	407	
5.3. Honduras	408	
5.4. Nicaragua	410	
5.5. Costa Rica	411	
5.6. Panamá	414	
<i>CAPÍTULO VI</i>		
<i>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</i>		<i>415</i>
6.1. Conclusiones de la investigación	415	
6.2. Recomendaciones para el uso de los Principios del Buen Gobierno en el trabajo del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala	416	
ANEXOS	418	
BIBLIOGRAFÍA	432	

INTRODUCCIÓN

La Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, como miembro del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, participó por tercer año consecutivo en el Programa de Entrenamiento sobre Principios del Buen Gobierno y Derechos Humanos, organizado conjuntamente por la Universidad de Utrecht en Holanda y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica, y dirigido a los abogados que trabajan en las instituciones del Ombudsman en Centroamérica.

En una primera etapa, el programa de entrenamiento consistió en la preparación de los profesionales en derecho en el conocimiento y uso de los Principios del Buen Gobierno desarrollados y aplicados en la ley administrativa holandesa. La segunda etapa estribó en el desarrollo de una investigación comparativa entre las instituciones del Ombudsman de Europa, Holanda y el nacional del país de cada uno de los participantes.

Guatemala envió a su primer participante en el 2001, quien desarrolló el tema “Diferencias y similitudes entre el Ombudsman de Guatemala y el Ombudsman de Holanda”. Durante su investigación este estudiante desarrolló una breve historia sobre el nacimiento de la figura del Ombudsman en nuestro país, destacando el hecho de que Guatemala fue el primer país latinoamericano en crear dentro de su marco constitucional la figura del Procurador de los Derechos Humanos, influido por las figuras del *Ombudsman* de Suecia, creado en 1809, y por el *Defensor del Pueblo* de España, instaurado en 1978.

El concepto del Procurador de los Derechos Humanos se encuentra establecido en el artículo 274 de la Constitución Política guatemalteca que indica que este es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos prescritos en la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los

tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala. Para el desempeño de las atribuciones que la Constitución y la ley le asignan, el Procurador no se encuentra sometido a ningún órgano, institución o funcionario, y actuará con absoluta independencia.

Asimismo, el autor abordó los tópicos de la estructura interna de la institución y su informe anual. También desarrolló el origen del Ombudsman de Holanda, mencionando lo indicado en el Preámbulo del Acta Nacional que estableció la necesidad de investigar la manera en que el gobierno había actuado en cierta cuestión que afectaba al ciudadano individual, instituyendo la oficina del Ombudsman Nacional.

Quedó plasmado que veinte años de discusión y debate en círculos académicos y, posteriormente, en círculos políticos de Holanda, culminaron con la creación de la oficina del Ombudsman que inició oficialmente su trabajo el 1° de enero de 1982. El investigador indicó que, al igual que el Ombudsman guatemalteco, la institución holandesa tuvo sus orígenes en el Ombudsman sueco.

Después de una descripción cronológica de los pasos para el reconocimiento de la figura del Ombudsman en Holanda, en el trabajo de investigación se estableció que en marzo de 1999 la oficina del Ombudsman holandés fue incluida en la Constitución de ese país.

Finalmente, esa investigación abordó temas como la estructura interna de las instituciones, las funciones, la competencia, el criterio de admisibilidad, los procedimientos de investigación y los procedimientos de seguimiento tanto en la oficina del Ombudsman holandés como del Ombudsman guatemalteco.

En el 2002, Guatemala envió a su segundo participante, quien desarrolló el tema “Principios y criterios usados por el Ombudsman de Guatemala, el Ombudsman de Holanda y el Ombudsman de Europa”. Esta investigación to-

có aspectos como el criterio del Ombudsman de Guatemala, Holanda y Europa, las bases de calificación en Guatemala y en Holanda, los métodos de inspección en las resoluciones del Ombudsman de los Países Bajos, el criterio del buen gobierno y derechos humanos y, finalmente, hizo un breve análisis entre las funciones del Ombudsman de Guatemala, el europeo y el holandés.

Este año la institución del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala ha participado por tercera vez en este programa de entrenamiento cuyo tema central fue el seguimiento y cumplimiento de las resoluciones del Ombudsman, por lo que este trabajo de investigación versará sobre un análisis comparativo entre el cumplimiento y la aplicación de las resoluciones del Ombudsman de Guatemala, el de Holanda y el de Europa como una contribución al sistema guatemalteco.

Esta investigación nació de la necesidad de crear, en 1999, una nueva estrategia para lograr que las resoluciones y recomendaciones del Procurador no terminaran como simples valoraciones morales sin efectos positivos. De allí se originó la idea de crear una Unidad de Seguimiento que, a nivel interno, fuera la encargada de verificar que las recomendaciones emitidas por el Ombudsman cobraran validez.

A pesar de los logros alcanzados en materia de seguimiento —estos han ido creciendo positivamente durante sus cuatro años de existencia— todavía no se ha alcanzado el buen nivel que se necesita para garantizar el pleno respeto y cumplimiento de las recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos. Esto debido a que aún no se tiene la experiencia, las estrategias y las bases legales para alcanzar este objetivo.

Sin embargo, es necesario agregar que actualmente las tareas de seguimiento han ido aumentando día a día, ya que el Procurador ha fijado como una de sus principales

metas la plena ejecución de lo establecido en la ley respecto a la promoción del buen gobierno y la activación de una buena conducta administrativa para lograr el efectivo respeto de los derechos humanos.

La experiencia de los Ombudsman europeo y holandés en esta materia es extremadamente útil para el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala; los niveles de cumplimiento de sus recomendaciones sobrepasan en cantidad y calidad a las de nuestro país, no sólo por la experiencia que los años les han dado sino porque sus mecanismos son más eficientes.

En esta investigación se analizará con detenimiento el uso que aquellos hacen de los Principios del Buen Gobierno para lograr con ello una propuesta de incorporación al sistema guatemalteco. Sin duda, el pleno respeto del derecho humano a un buen gobierno es base fundamental de la consolidación de una buena administración, pues del cumplimiento de ese buen gobierno se desprende el respeto de los derechos humanos garantizados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Este trabajo también busca hacer un análisis comparativo entre la labor de seguimiento de las tres instituciones a fin de contribuir con nuevos mecanismos de trabajo a la labor de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, con base en los logros alcanzados por sus homólogos europeos.

CAPÍTULO I

UNIDAD DE SEGUIMIENTO DE LA PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA

1.1. Antecedentes y base legal de su creación

El crecimiento de los casos conocidos por la Procuraduría de los Derechos Humanos en los últimos años, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos económicos y sociales, demandó de la institución una nueva estrategia a efecto de que las resoluciones y recomendaciones que se dictaran no quedaran en el olvido, cobraran vigencia y fueran atendidas.

A pesar de que el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala cumplía con su tarea constitucional, en el procedimiento utilizado hacía falta un seguimiento a sus resoluciones, es decir, un mecanismo que controlara y comprobara que estas fueran cumplidas efectivamente.

En cada informe que anualmente el Procurador remitía al Congreso de la República se le agregaba una lista detallada de los funcionarios públicos que no cumplían con sus recomendaciones; sin embargo, esta situación no hacía que los funcionarios cambiaran de actitud. A esto es importante agregar que la creación de la Unidad de Seguimiento también tiene como base la dificultad que tenían los oficiales encargados de la investigación de los expedientes para darles el correspondiente seguimiento, pues diariamente se reciben nuevos expedientes que requieren toda la atención.

Se hacía necesario que la Procuraduría de los Derechos Humanos siguiera siendo confiable para los guatemaltecos y, para ello, la búsqueda de mecanismos que hicieran que sus resoluciones y recomendaciones cobraran vigencia y fueran atendidas era una de las metas prioritarias de la institución.

Fue debido a esta situación que en 1998, por medio del Decreto SG 15-98¹ -que contiene el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Procuraduría de los Derechos Humanos- fue creada la Unidad de Seguimiento, la cual entró en funcionamiento en enero de 1999.

La Unidad de Seguimiento fue creada para ser la encargada de verificar el cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones finales emitidas por el Procurador, con base en las denuncias presentadas por los particulares; por ende, es la unidad que logra finalmente dar solución a los casos planteados.

El trabajo a desarrollar en materia de seguimiento fue pensado con el ánimo de dar más valor a las resoluciones y recomendaciones finales, pues de nada sirve que al finalizar una investigación se estableciera una *violación a los derechos humanos* si las recomendaciones emitidas no son cumplidas por parte de los funcionarios involucrados.

1.2. Objetivos de la Unidad de Seguimiento

Los objetivos planteados al crear la Unidad de Seguimiento fueron los siguientes:

- a) Dar cumplimiento a las atribuciones que la Constitución establece para el Procurador de los Derechos Humanos.
- b) Velar por el cumplimiento y la observancia de las recomendaciones dictadas por aquel.
- c) Fiscalizar la buena agilización administrativa gubernamental en materia de derechos humanos.

1.3. Atribuciones de la Unidad de Seguimiento

- a) Realizar las actividades propias de verificación de las

¹ Este acuerdo fue publicado en el Diario Oficial de la República de Guatemala el 20 de agosto de 1998.

resoluciones dictadas por el Procurador de los Derechos Humanos.

- b) Elaborar informes estadísticos.
- c) Verificar en el lugar del problema el acatamiento y cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones emitidas por el Procurador, realizando visitas a la institución, funcionario o dependencia respectiva.
- d) Coordinar actividades de capacitación del recurso humano en los procesos de seguimiento y verificación del cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman para las oficinas del sector público.
- e) Realizar y apoyar acciones de coordinación con instituciones del sector público para el respeto y cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos.
- f) Presentar un informe anual sobre la situación y avances, así como de aspectos relacionados con el grado de cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos.

1.4. Localización en el organigrama de la institución y estructura interna

Bajo las órdenes directas del Procurador de los Derechos Humanos se encuentra el Departamento de Procuración que es el encargado de la recepción, investigación y resolución de todas las denuncias que se presentan a la institución. Este departamento cuenta con el área de recepción y calificación de la denuncia, las áreas de investigación de los casos, (derechos individuales, económico-sociales y específicos) y la Unidad de Seguimiento.

La Unidad ha ido creciendo de acuerdo al aumento de sus funciones. En una primera fase se encargaba únicamente de la verificación respecto del cumplimiento de las recomendaciones emitidas en los expedientes concluidos

con la emisión de una violación de los derechos humanos; sin embargo, estas funciones se quedaron cortas debido a la tarea de fiscalización que le fue asignada en el sentido de fiscalizar el manejo de la buena gestión administrativa gubernamental.

En la actualidad, la Unidad de Seguimiento está conformada por una jefatura y dos secciones que reciben los nombres de Sección de Verificación y Sección de Fiscalización, contando cada una con un grupo de oficiales dedicados a investigar y tramitar los expedientes que se conocen en cada sección.

Sección de Verificación: casos individuales

Para efectos de verificación, las resoluciones finales son las que ponen fin a un caso, las que se recopilan, se analizan y se someten al procedimiento de seguimiento siempre que estas conlleven alguna responsabilidad del o los funcionarios señalados de dar cumplimiento a determinadas recomendaciones del Procurador.

En ese orden, esta sección recibe los expedientes ya finalizados en los que se dictó alguna recomendación a un funcionario público y, por medio de un procedimiento pre-establecido, se encarga de verificar en la dependencia de que se trate si efectivamente la recomendación o recomendaciones dictadas por el Ombudsman fueron acatadas por el funcionario responsable.

Siguiendo los lineamientos de la institución, el expediente es analizado y cada una de las recomendaciones dictadas es verificada en forma individual, utilizando mecanismos como el envío de cartas oficiales, entrevistas personales con el funcionario involucrado, mediación con las partes afectadas, acompañamiento en procesos administrativos, etc.

Sección de Fiscalización: casos generales

Esta sección es la encargada de fiscalizar el buen comportamiento de los funcionarios públicos en su gestión administrativa gubernamental. Para cumplir con esta tarea, la Sección de Fiscalización recibe del área de recepción y calificación de la denuncia todos aquellos casos que, por su naturaleza y con base en la ley, fueron remitidos por la institución a otras dependencias públicas.

Una vez recibidos los casos, el oficial encargado tiene que fiscalizar en la dependencia administrativa de que se trate cuál fue el tratamiento que le dieron los funcionarios o empleados públicos responsables de la solución a la queja planteada por el ciudadano. Esta función fue dada en orden de garantizar a los ciudadanos el pleno respeto de los derechos fundamentales y cubre todas las dependencias públicas que prestan un servicio a aquellos.

Actualmente el Procurador está realizando las gestiones necesarias para que, en un futuro, el ciudadano guatemalteco que quiera optar a un cargo público nombrado por elección popular, presente un *certificado de buena conducta administrativa* emitido por el Procurador de los Derechos Humanos, otorgado de acuerdo con los registros que se llevarán en la Unidad de Seguimiento.

Este sistema permitirá que los funcionarios y empleados públicos pongan más interés en el cumplimiento de las resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos lo que, finalmente, beneficiará a los guatemaltecos.

1.5. Logros alcanzados en la ejecución de las recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

En la actualidad, la Unidad de Seguimiento tiene cuatro años de funcionamiento y cada año los logros en esta materia van en aumento.

Todos los años se verifican las áreas de derechos individuales, derechos económicos y sociales y derechos específicos, tales como los derechos de la mujer, de la niñez, del adulto mayor, de los discapacitados, de los migrantes, de los pueblos indígenas, de los trabajadores y de las personas privadas de libertad.

Haciendo un breve análisis comparativo en estos cuatro años encontramos que, en 1999, se alcanzó un 71% de cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman; en el 2000, la cifra subió a un 85%; en el 2001 se obtuvo un 87%, y en el 2002 se logró un cumplimiento del 88%. Esto señala la importancia de dar seguimiento a las recomendaciones del Ombudsman pues con ello se garantiza su efectividad, siendo esta base fundamental en la consolidación de la incipiente democracia guatemalteca.

Además de los datos anteriores, es importante señalar como otro logro el hecho de que, debido al trabajo de seguimiento, actualmente muchos funcionarios públicos notificados de una resolución que contiene una recomendación ya no esperan la comunicación oficial de la Unidad de Seguimiento sino que, inmediatamente, ellos mismos envían la información referente a las acciones que van a implementar para acatar la recomendación del Ombudsman.

Algunas dependencias de gobierno han adoptado la modalidad de que, antes de otorgar un puesto a una persona, realizan la consulta a la Procuraduría de los Derechos Humanos para informarse si la institución tiene antecedentes sobre denuncias puestas en su contra por violación a los derechos fundamentales.

Finalmente, cabe destacar como un logro de la tarea de seguimiento el hecho de que miles de guatemaltecos que se presentan a la Procuraduría con el objeto de que se les oriente acerca del lugar exacto en donde deben presentar su solicitud, tienen la seguridad de que esta orientación irá

mas allá gracias a que, mediante el seguimiento, se fiscaliza que todas las dependencias administrativas a las cuales son remitidos los ciudadanos cumplan a cabalidad con las tareas que la ley les asigna, prestándoles el servicio que ellos se merecen y que la ley les asiste.

1.6. Ejemplos de la ejecución de las recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

Son muchos los casos que podrían citarse como ejemplos claros de la efectividad de la labor de seguimiento de la Procuraduría de los Derechos Humanos. A manera de síntesis, por ejemplo, el Área de los Derechos Individuales ha conseguido un número elevado de destituciones de agentes de la Policía Nacional Civil y de las Guardias Penitenciarias por violaciones a los derechos de vida, integridad, libertad y seguridad.

En materia de derechos económicos y sociales, se ha conseguido el pago de numerosas prestaciones económicas a varios trabajadores a quienes ese derecho les había sido vedado.

En materia de seguridad social y de salud se ha obtenido que pensiones negadas por muchos años fueran pagadas y que varios casos de pacientes con necesidad de cuidados especiales los recibieran de manera pronta y cortés.

Como ejemplo citamos algunos casos en los que el trabajo de seguimiento de las recomendaciones emitidas por la Procuraduría ha sido fundamental para restablecer los derechos humanos violados:

1.6.1. Expediente número ORD. GUA. 31-2000/DS

El Señor José Rosales se presentó a la Procuraduría de los Derechos Humanos a denunciar que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social se negó a enviar a su esposa a un hospital en Miami, Estados Unidos, para someter-

se a un procedimiento médico que podía salvarle la vida a pesar de tener la obligación de hacerlo, ya que la ley estipulaba que si el Instituto no contaba con determinado tratamiento para una enfermedad específica el/la paciente debía ser transferido/a a cualquier hospital que prestara el servicio, sin importar si este se encontraba fuera del país.

La solicitud del señor Rosales tenía dos años de haber sido presentada sin respuesta alguna, por lo que el Ombudsman llevó a cabo la investigación oficial y concluyó que en el caso de mérito fue cometida una violación del derecho humano a la salud de la afectada, poniendo en riesgo su vida, ya que esta dependía del tratamiento en el hospital de Miami.

El caso fue transferido a la Unidad de Seguimiento y, después del trámite correspondiente, se logró que en un tiempo muy corto el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social otorgara a la señora la cantidad de \$25,000.00 para pagar su billete de avión y su tratamiento en el Instituto Gamma Knife de la Universidad de Miami, a fin de tratar su padecimiento conocido como *angioma cavernoso*. Actualmente esta señora goza de buena salud y ha retomado su vida normal junto a su familia.

1.6.2. Expediente número EIO. GUA.160-2001/DE

A través de los medios de comunicación social de Guatemala, el Procurador de los Derechos Humanos tuvo conocimiento del suicidio de un ciudadano de la India dentro de un lugar mal llamado “Refugio para Migrantes”, dejando una nota escrita en la cual indicaba que prefería morir antes de continuar viviendo en las condiciones en las que se encontraba.

En la investigación oficial, el Ombudsman de Guatemala estableció que esta persona, junto con otras 41 personas de la misma nacionalidad, tenía más de diez meses de estar en ese lugar, en malas condiciones y sin haber

quebrantado ninguna ley migratoria guatemalteca. Ellos habían sido capturados ilegalmente en territorio mexicano y deportados a Guatemala por autoridades del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica.

El Ombudsman concluyó que en este caso se cometió una violación del derecho humano a la libertad de los ciudadanos de la India, por lo que recomendó a las autoridades de Migración su inmediata libertad.

La Unidad de Seguimiento tomó el caso y presentó un recurso de hábeas corpus ante el juez competente. En menos de una semana se obtuvo la libertad de este grupo, liberándoseles inmediatamente por órdenes del juez que practicó la exhibición personal.

1.6.3. Expediente número GUA. 241-2002/DES

La señora Delia Godoy denunció que ella trabajó como agente de la Policía Nacional Civil de Guatemala y que, en el ejercicio de su trabajo, sufrió un accidente por el cual fue suspendida para tratamiento médico por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Estando todavía en esta condición, fue notificada de que había sido despedida de su trabajo por parte del Ministro de Gobernación, dejándola sin la posibilidad de continuar con el tratamiento médico que le permitiría recuperar su salud.

En la resolución final del caso se concluyó que se había cometido una violación del derecho humano al trabajo en virtud de que fueron violadas varias leyes laborales que prohíben la destitución de un trabajador que se encuentre suspendido por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

El caso fue transferido a la Unidad de Seguimiento que obtuvo la reinstalación de la señora Godoy en su puesto de trabajo, por lo que actualmente continúa con su tratamiento médico en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

CAPÍTULO II

BASE LEGAL PARA EL SEGUIMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES DE LOS OMBUDSMAN

2.1. Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

El seguimiento de las recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala es la instancia que se utiliza para dar una efectiva solución a los problemas presentados por los denunciantes, ya que por este medio es verificado el cumplimiento de las recomendaciones dadas para resolver cada caso en particular.

Las resoluciones son dictadas sin los formalismos de las resoluciones judiciales y no tienen poder vinculante debido a que el Ombudsman es considerado un magistrado de conciencia.

Las resoluciones del Ombudsman son de carácter moral y buscan la protección de los derechos fundamentales del ser humano. En los casos en se constata una violación a los derechos humanos, se busca el restablecimiento del derecho violado y la deducción de responsabilidades para el autor de tal violación. El cumplimiento de estas resoluciones depende en gran parte de la voluntad política del Estado para proteger los derechos fundamentales.

La Constitución Política de la República de Guatemala 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 misma Constitución garantiza. Entre sus funciones podemos encontrar las siguientes:

- a) Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental en materia de derechos humanos.

- b) Investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas.
- c) Investigar todo tipo de acusaciones que sean presentadas por cualquier persona sobre violaciones a los derechos humanos.
- d) Recomendar pública o privadamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado.
- e) Emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales.
- f) Promover acciones judiciales o recursos administrativos en los casos que sea procedente.
- g) Las otras funciones que le asigne la ley.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley del Procurador de los Derechos Humanos, este -cuando finalice una investigación de un caso- está facultado para:

- a) Ordenar la inmediata cesación de la violación y la restitución del derecho violado.
- b) Promover el procedimiento disciplinario e inclusive la destitución del oficial o empleado respectivo o cualquier otro procedimiento punitivo.
- c) Si se establece la comisión de un delito o falta, de inmediato formulará la denuncia respectiva ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

Esta regulación legal que se encuentra enmarcada en la Constitución le otorga un total refuerzo y justifica las investigaciones, acciones, resoluciones y recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Ombudsman tiene la función de pro-

mover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental en materia de derechos humanos. El mismo cuerpo legal lo autoriza recomendar pública o privadamente *la modificación de un comportamiento administrativo lesivo* que haya sido objetado. Esta aseveración sirve de base para que, cuando el magistrado de conciencia dictamine una violación de los derechos humanos, las recomendaciones que dicte sean obedecidas por los funcionarios que han sido señalados como los responsables de tal violación.

Es importante analizar lo establecido en la ley que indica que aquellas denuncias que sean consideradas como delitos deben ser presentadas por el Ombudsman al órgano jurisdiccional correspondiente. Aquí también el trabajo de seguimiento juega un papel importante ya que cada vez hay más casos que, por su naturaleza, son remitidos a los respectivos órganos jurisdiccionales.

En el caso de Guatemala podemos decir que las resoluciones dictadas por el Ombudsman, después de finalizar una investigación, son las siguientes:

- a) Las que declaran violación a algún derecho.
- b) Las que señalan o declaran un comportamiento administrativo lesivo.
- c) Las que emiten una sentencia acerca de una violación.
- d) Las que recomiendan la modificación de un comportamiento administrativo objetado.
- e) Las que establecen un tiempo límite para cumplir con las recomendaciones.
- f) Las que solicitan al órgano jurisdiccional iniciar la investigación y el correspondiente proceso.
- g) Las que ordenan la inmediata cesación de la violación y la restitución del derecho violado.

- h) Las que promueven la aplicación de un procedimiento disciplinario.
- i) Las que promueven la destitución de un funcionario o empleado público.
- j) Las que sanciona públicamente actos o conductas en contra de los derechos constitucionales.

En la creación de la figura del Ombudsman se insistió en que este debía tener la facultad de supervisar la administración pública; esto permitiría evitar en cierto grado los abusos que dicha administración comete en contra de los ciudadanos. Esta función constituye una garantía para los guatemaltecos ya que permite que las instituciones del Estado tomen más conciencia sobre el concepto de buena administración, el cual es un derecho humano fundamental. El efecto de esta supervisión por parte de la Procuraduría de los Derechos Humanos se ha empezado a sentir no sólo en la población sino también en las instituciones de gobierno que, poco a poco, van entendiendo el rol del Ombudsman guatemalteco.

El cumplimiento de las recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos es indispensable; sin embargo, todavía tenemos casos en que algunos funcionarios no cumplen las recomendaciones emitidas por aquel.

Para la verificación del cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman es necesario tomar en cuenta lo siguiente:

- a) Que los derechos individuales son de exigencia inmediata.
- b) Que es obligación del Estado garantizar el pleno goce de los derechos humanos y que, salvo algunas excepciones, no hay ninguna razón para limitar este derecho.
- c) Que cuando se declara una violación de los derechos humanos siempre existe una responsabilidad institu-

cional y que, en algunos casos, existe también una responsabilidad individual del funcionario o empleado público.

- d) Que las recomendaciones deben ser cumplidas inmediatamente cuando se trata de una violación a un derecho individual. La cesación del acto debe ser inmediata y el juzgamiento del responsable también.
- e) Que la falta de cumplimiento a las recomendaciones denota una falta del Estado en cumplir con los deberes que le da la Constitución.

En los casos de violaciones a los derechos económicos, sociales o culturales debe tomarse en cuenta que estos son de demanda progresiva; eso significa que son de carácter programático, que van de la mano de la actividad del Estado y el desarrollo que este tenga para cubrir las necesidades colectivas del país.

En este sentido, para el seguimiento de las recomendaciones del Ombudsman es obligatorio el análisis y la comparación de los indicadores sociales respecto al derecho de que se trate a fin de determinar la disponibilidad del Estado para cumplir con ese derecho. Cuando las resoluciones del Ombudsman se encuentren dentro de este campo y se recomienden acciones que no son de inmediato cumplimiento, el seguimiento debe ser más metódico.

El criterio que orienta el seguimiento y cumplimiento de las recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos ha sido expresado por las Naciones Unidas en el sentido de que la observancia de las obligaciones del Estado con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales es totalmente independiente de los recursos de aquel, de su tamaño o de la producción nacional. Ese cumplimiento está directamente relacionado con la eficiencia en el uso de los recursos nacionales y de la ayuda internacional para invertir en el país, y de los indicadores socia-

les en un período específico de tiempo con planes, programas y políticas claramente definidas.

La práctica en el seguimiento de las recomendaciones del Ombudsman ha permitido detectar varias formas de incumplimiento de aquellas:

- a) *Parcial*: se da cuando una resolución del Ombudsman contiene más de una recomendación para el mismo empleado o funcionario público y solamente una recomendación es cumplida.
- b) *Total*: se da cuando existe un absoluto incumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman.
- c) *Personal*: ocurre cuando una recomendación es dada a un empleado público específico y este continúa en su trabajo sin haber cumplido con la recomendación formulada.
- d) *Institucional*: se da cuando el Ombudsman hace una recomendación a alguna institución o dependencia del Estado para ejecutar o dejar de hacer algo y esto no es cumplido.

Las recomendaciones emitidas por el Ombudsman, debido a la falta de vinculación obligatoria para los empleados públicos, las instituciones o el mismo Estado, están cimentadas por una carga moral que busca la protección de los derechos humanos de los guatemaltecos.

Sin embargo, a pesar de que las recomendaciones son dictadas por un magistrado de conciencia, estas tienen que ser cumplidas usando los mecanismos que la misma ley establece, por lo tanto, es importante que en los casos en los que existe una evidencia de falta de voluntad del empleado oficial o institución en cumplir y respetar los derechos que la Constitución y otras leyes establecen, la recomendación se haga pública.

Tanto la Constitución Política de la República de Guatemala como la ley del Ombudsman en su artículo 13 establecen que este tiene como atribución específica el emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos fundamentales. Esto es, aquellos que la Constitución, las leyes y los tratados regulan como inherentes a las personas y que de ninguna manera pueden ser conculcados y, en caso de hacerse, el o los autores tendrán una responsabilidad personal e institucional.

Se debe recordar que las resoluciones del Ombudsman no tienen los formalismos de las sentencias jurisdiccionales, pero deben ser fundamentadas en las leyes y en una sólida investigación.

Por el carácter informal del procedimiento que utiliza el Ombudsman, la ley no establece plazos para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas, siendo estos una facultad discrecional de aquel. La ley de la institución establece que para los casos no previstos en ella, el Ombudsman observará lo establecido en la Constitución, otras leyes y los tratados vigentes en la República. De tal manera que, no existiendo plazos, el Procurador de los Derechos Humanos debe sustentarse y observar lo dispuesto en la ley del órgano judicial en cuanto a que, a falta de plazo, es el juzgador quien debe establecerlo.

Por otra parte, la práctica dentro de la Procuraduría ha destacado que, para los efectos del cumplimiento y la certeza que deben tener las recomendaciones, debe existir un plazo para su cumplimiento ya que, de lo contrario, la indefinición vendría a constituirse en la imposibilidad de exigir su cumplimiento, lo que a su vez se convertiría en una falta de cumplimiento por parte del Ombudsman en sus funciones de defensa y protección de los derechos humanos y fiscalización de la administración pública.

La captación adecuada de las denuncias sobre posibles violaciones a derechos humanos y la tramitación eficaz de

los expedientes que las documentan hasta llegar a la conclusión que conlleve el pronunciamiento sobre si existió o no violación, constituye el eje central del mandato del Ombudsman. Sin embargo, esta labor no tendría sentido si este no buscara los mecanismos para hacer cumplir todas aquellas recomendaciones, censuras y pronunciamientos que dicta a fin de que el derecho conculcado sea realmente reestablecido en la medida de lo posible, cumpliendo así con la función específica para la cual fue creado, es decir, la defensa y promoción de los derechos humanos del pueblo de Guatemala.

Finalmente, se podría concluir afirmando que en la legislación guatemalteca no existe ninguna normativa legal que obligue expresamente a los funcionarios públicos a acatar las resoluciones del Ombudsman. El porcentaje logrado a la fecha es producto del trabajo del seguimiento de las recomendaciones que se desarrolla dentro de la institución.

2.2. Ombudsman de Holanda

La base legal para la constitución del Ombudsman de Holanda se encuentra en el artículo 108, párrafo primero de la Constitución y en el Acta Nacional del Ombudsman.

A diferencia de Guatemala, en donde la lucha por el cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman sigue siendo una labor constante², en Holanda el grado de credibilidad del Ombudsman Nacional ha alcanzado un nivel considerable y el cumplimiento de las recomendaciones emitidas son de casi el 100%.

Este porcentaje no es producto de la casualidad, sino más bien es el resultado de un sistema legal propio de un país desarrollado en donde impera la legalidad y en donde todas las instituciones (con sus raras excepciones, por

² Ver estadísticas en la sección 1.5. de este trabajo.

supuesto) cumplen a cabalidad con lo establecido en la ley y, en este caso, con su deber de acatar y cumplir lo resuelto por el Ombudsman Nacional holandés.

En una entrevista realizada durante el curso de la presente investigación con funcionarios del Ombudsman Nacional de Holanda, estos indicaron que casi nunca se presentan casos de incumplimiento de sus recomendaciones, por lo que no tienen establecida una oficina propia para la labor del seguimiento de sus resoluciones.

Cabe resaltar que desde enero de 2002 el Ombudsman holandés estableció una nueva política en búsqueda del total cumplimiento de sus resoluciones. Esta política, llamada *second chance approach*, consiste en dar a las autoridades administrativas una segunda oportunidad para aplicar su procedimiento interno a fin de solventar las denuncias presentadas. Tal política ha permitido aumentar el desarrollo del procedimiento interno en el tratamiento de las denuncias: se ha alcanzado que el 10% de las autoridades administrativas modifiquen sus procedimientos en papel y un 8% en la práctica³.

Las autoridades administrativas holandesas cuentan con un alto nivel de voluntad para cooperar con el *second chance approach*. De los casos o denuncias que fueron remitidos a la autoridad correspondiente, un 85% fue resuelto en 12 semanas y un 47% en solamente cuatro semanas⁴.

En el reporte anual del año 2002, la Oficina del Ombudsman Nacional señaló que un total de 2,898 denuncias finalizadas fueron cerradas siguiendo la investigación. De estas, 411 (14%) terminaron con un reporte. Esto representa el 4% del total de los 10,363 casos cerrados. En 321 reportes la denuncia fue declarada con fundamento (78%).

³ Sumario del Reporte Anual 2002 del Ombudsman Nacional de Holanda.

⁴ Idem.

En 2 485 casos (86%) las investigaciones fueron discontinuadas, algunas veces después de que la autoridad le dio una segunda oportunidad al caso para ser resuelto por ellos mismos. 1,385 casos fueron discontinuados porque la autoridad administrativa correspondiente realizó un cumplimiento satisfactorio. 898 casos fueron cerrados por razones administrativas, 893 de ellos después de que la autoridad responsable utilizara el recurso conocido como *second chance* para cumplir con la denuncia a través de los procedimientos internos.

En cuanto a la base legal para el cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman Nacional, los entrevistados coincidieron en señalar que, al igual que en Guatemala, no existe en la legislación holandesa una ley específica que obligue a las instituciones a acatar las resoluciones del Ombudsman en virtud de que estas no son vinculantes; el cumplimiento de las mismas se da -como se señaló anteriormente- por el alto grado de respeto que tiene la figura del Ombudsman en Holanda y por el grado de desarrollo alcanzado en este país, donde la violación de las leyes se da en casos muy escasos.

El Ombudsman holandés tiene como función primordial la vigilancia de la administración en su papel hacia los ciudadanos, a diferencia del Ombudsman guatemalteco que enfoca toda su energía a la protección de los derechos humanos.

En Holanda esta tarea no es necesaria debido a que la defensa de los derechos humanos ya está garantizada dentro del sistema legal, lo que significa que cualquier ciudadano puede acudir a los órganos jurisdiccionales a denunciar la violación de sus derechos humanos. De esta manera, la función principal del Ombudsman se encamina más a la vigilancia y al control de la administración pública en su trato con los ciudadanos.

El Ombudsman Nacional de Holanda, al igual que su homólogo guatemalteco, al finalizar la investigación de una denuncia, emite una resolución final en la que dicta las recomendaciones respectivas para el resarcimiento del derecho conculcado, debiendo ser cumplidas por el funcionario⁵.

Las decisiones del Ombudsman no son legalmente exigibles; depende de la autoridad administrativa decidir la acción, en el caso de que se pueda tomar alguna. Esta es la diferencia entre una decisión hecha por el Ombudsman Nacional y un juicio emitido por la Corte⁶.

Luego de concluida la investigación de una denuncia, el Ombudsman holandés emite una resolución final en la que se encuentran las recomendaciones de cada caso; seis meses después de cerrado el caso, este es reabierto a efectos de comprobar si las recomendaciones fueron acatadas.

La Oficina del Ombudsman Nacional no cuenta con un área específica para el seguimiento de las recomendaciones, a diferencia de Guatemala que cuenta con la Unidad de Seguimiento. En el caso de Holanda, cada sección específica del Ombudsman cuenta con una persona encargada de velar por el cumplimiento de aquellas.

El procedimiento utilizado para el seguimiento de las recomendaciones no está establecido en un manual específico ni cuenta con un procedimiento similar al utilizado por el Ombudsman de Guatemala.

Cuando una autoridad administrativa se niega a cumplir con las recomendaciones del Ombudsman Nacional, este tiene la facultad de enviar el caso al Comité de Peticiones de la Cámara Baja para que le dé seguimiento. Esto significa que, en el caso de que alguna autoridad in-

5 Artículo 27.1 de la Ley del Ombudsman Nacional de Holanda.

6 Breve introducción del Ombudsman Nacional de Holanda.

cumpla una recomendación del Ombudsman, este comité está facultado para dialogar con el funcionario responsable a fin de que la recomendación sea tomada en cuenta. A este respecto cabe señalar que en este campo el Ombudsman holandés aventaja al guatemalteco, puesto que la ayuda de la Cámara Baja -a través del Comité de Peticiones- en el cumplimiento de sus recomendaciones permite que estas se cumplan en un alto porcentaje, situación diferente de lo que ocurre en Guatemala donde el Ombudsman debería contar con la misma ayuda del Congreso de la República, a través de la Comisión de Derechos Humanos, pero que, desafortunadamente, hasta la fecha no es así.

En cuanto al poder con el que cuenta el Ombudsman holandés para recomendar determinado tipo de sanciones, se debe hacer notar que al respecto el Ombudsman guatemalteco tiene más facultades. Ejemplo de esto es el artículo 30 de la ley del Ombudsman de Guatemala que lo faculta en el inciso b) a solicitar, según la gravedad del caso, inclusive la destitución de un funcionario o empleado público o cualquier otro procedimiento punitivo. Esta situación no se da en el ámbito del Ombudsman holandés, quien no puede recomendar bajo ningún aspecto la destitución de ningún funcionario.

Se puede concluir que, al igual que el Ombudsman guatemalteco, el de Holanda tampoco tiene una base legal que obligue a los funcionarios, instituciones y empleados públicos a cumplir con sus recomendaciones; estas, por la situación de desarrollo avanzado del país, son acatadas en su mayoría por los funcionarios señalados.

2.3. Ombudsman de Europa

El Defensor del Pueblo Europeo investiga las reclamaciones relativas a la mala administración cometidas por las instituciones y órganos de la Comunidad Europea. No puede ocuparse de reclamaciones concernientes a las administraciones nacionales, regionales o locales de los Estados miembros.

Por *mala administración* se entiende, la administración deficiente o errónea. Esto ocurre cuando una institución no hace lo que debiera hacer, lo hace mal o hace algo que no se debiera hacer. Aquí se incluye:

- a) Irregularidades administrativas.
- b) Injusticias.
- c) Discriminación.
- d) Abuso de poder.
- e) Falta o denegación de información.
- f) Demoras innecesarias.

Las instituciones y órganos de la Comunidad Europea que pueden ser denunciados ante el Defensor del Pueblo Europeo son:

- a) La Comisión Europea.
- b) El Consejo de la Unión Europea.
- c) El Parlamento Europeo.
- d) El Tribunal de Cuentas.
- e) El Tribunal de Justicia (en su función no jurisdiccional).
- f) El Comité Económico y Social.
- g) El Comité de las Regiones.
- h) El Instituto Monetario Europeo.
- i) El Banco Central Europeo.
- j) El Banco Europeo de Inversiones.

Dentro de las principales funciones del Ombudsman europeo podemos encontrar:

- a) Salvaguardar los derechos fundamentales. A este respecto, la Unión Europea se ha comprometido a respetar los derechos fundamentales y, para eso, la Comisión, el Parlamento y el Consejo Europeos proclamaron la Carta de los Derechos Fundamentales en Niza. Esta carta establece los derechos fundamentales que las instituciones y órganos comunitarios deben respetar. El Defensor del Pueblo ha contribuido al respeto de esta carta ejerciendo presión sobre las instituciones, recordándoles constantemente su contenido.
- b) Velar por el derecho fundamental a la buena administración. La Carta del Defensor del Pueblo Europeo proclama el *derecho a la buena administración*, siendo él mismo quien propuso la incorporación de este derecho, indicando que sus ciudadanos tienen derecho a una administración abierta, responsable y con vocación de servicio.
- c) Velar por el *principio de transparencia*. Muchas de las reclamaciones presentadas ante el Defensor del Pueblo tienen que ver con la falta de transparencia de las instituciones miembros de la Unión. Este principio incluye aspectos tales como:
 - 1. Mayor accesibilidad a los documentos. El Defensor del Pueblo ha luchado por ampliar en lo posible el acceso a la información proporcionada por las instituciones comunitarias.
 - 2. Mayor apertura en los procedimientos de selección de personal. Gracias a la intervención del Defensor del Pueblo, en la actualidad se publican las listas de reserva de los candidatos seleccionados y estos pueden ver las correcciones de sus exámenes y averiguar quiénes formaron parte del tribunal de selección.
- d) Mejorar el servicio prestado por las instituciones. El Defensor del Pueblo está trabajando para mejorar de

manera sustancial el servicio que las instituciones miembros de la Unión prestan a los ciudadanos europeos.

- e) Fin de los retrasos en los pagos. El Defensor del Pueblo ha logrado que se pague deudas pendientes a numerosos ciudadanos, empresas o asociaciones que no habían cobrado en tiempo sus subvenciones, honorarios o ayudas.
- f) Cumplimiento de las obligaciones contractuales. El Defensor del Pueblo procura siempre garantizar que las instituciones miembros de la Unión cumplan cualquier acuerdo suscrito.
- g) Respeto al *estado de derecho*. El estado de derecho es uno de los principios fundamentales en los que se basa la Unión Europea. El Defensor del Pueblo ha intervenido en numerosos casos de irrespeto al estado de derecho y ha propiciado su solución, contribuyendo con esto a garantizar el cumplimiento de la legislación comunitaria en todo el territorio de la Unión Europea.
- h) Protección a los derechos del personal de las instituciones. El personal de las instituciones comunitarias puede presentar sus reclamaciones al Defensor del Pueblo en relación con los problemas que tengan con su empleador. El Defensor ha logrado resolver con éxito muchos de los litigios puestos en su conocimiento.

En el ámbito de la competencia del Ombudsman europeo, los asuntos que son objeto de reclamaciones van desde las disposiciones fiscales a la financiación de proyectos, pasando por la Ley de Competencia y la discriminación por razón de sexo. Los problemas más frecuentes suelen ser los retrasos de pago, los litigios contractuales, la discriminación arbitraria y la falta de información.

Los servidores públicos y las instituciones de la Comunidad tienen la obligación de rendir cualquier información

que les sea solicitada por el Ombudsman. Ellos sólo se pueden rehusar basados en aspectos de secretividad.

Los oficiales y otros servidores de las instituciones comunitarias deben testificar a requerimiento del Ombudsman de acuerdo y en concordancia con las instrucciones de sus administraciones, y deben seguir guardando su deber con el secreto profesional.

Igual que los Ombudsman de Guatemala y Holanda, el de Europa siempre empieza una investigación cuando le es presentada una denuncia por algún ciudadano de cualquiera de los países miembros de la Unión Europea. La denuncia puede ser presentada en cualquiera de los once idiomas oficiales de la Unión y debe establecer en contra de cual institución o cuerpo legal de la Comunidad Europea va dirigida.

Cuando el Defensor del Pueblo comunica a la institución responsable que ha habido una reclamación, esta puede proceder a tomar las medidas necesarias para resolver el problema. En tal caso, el asunto es resuelto por la institución denunciada.

El Ombudsman europeo debe buscar una solución con las instituciones implicadas a fin de reparar los hechos de mala administración y satisfacer la denuncia. Además, debe informar a la institución concerniente y dar las recomendaciones respectivas.

Posteriormente, la institución enviará al Defensor una opinión detallada dentro del término de tres meses. Recibida esta opinión, se envía al reclamante quien puede hacer observaciones dentro de un mes. En algunos casos, el Ombudsman envía un informe al Parlamento Europeo y a la institución implicada, manifestando allí sus recomendaciones.

Si el Defensor considera que la institución puede eliminar cierto caso de mala administración o que el acto re-

clamado tiene “implicaciones generales”, él mismo puede cerrar el caso con recomendaciones.

El Defensor del Pueblo Europeo incluso está en la facultad de encontrar una solución amistosa que sea de su agrado si constata la existencia de una mala administración. Si no es posible alcanzar una solución amistosa, puede redactar un proyecto de reclamación en el que insta a la institución a adoptar las medidas necesarias para rectificar la mala administración. Si la institución en cuestión no acepta la recomendación, el Defensor puede presentar un informe especial al Parlamento Europeo.

El Ombudsman europeo puede referir casos de mala administración al Parlamento Europeo cuando no sea posible encontrar una solución amistosa o cuando una institución de la Comunidad no responda satisfactoriamente a las recomendaciones⁷.

La persona que ha presentado la queja deberá ser informada sobre los resultados de las investigaciones, de la opinión expresada por la institución afectada y de cualquier recomendación hecha por el Ombudsman.

Al igual que en los casos de los Ombudsman de Guatemala y de Holanda, en la legislación europea no existe ninguna norma legal que obligue a las instituciones miembros de la Unión Europea a obedecer las recomendaciones del Ombudsman. Sin embargo, al igual que la situación en Holanda, el grado de cumplimiento de las recomendaciones es muy elevado debido, en primer lugar, al respeto por la figura del magistrado de conciencia y, en segundo término, al alto nivel de desarrollo de los países que forman la Unión Europea.

Asimismo, es importante señalar que al igual que su homólogo holandés, el Ombudsman europeo cuenta con la

⁷ Artículo 3 (7) del Estatuto del Ombudsman europeo.

posibilidad legal de acudir al Comité de Peticiones. La ley le otorga la posibilidad de contar con la ayuda del Parlamento Europeo a quien puede enviar, a través de reportes, todos aquellos casos en los que las instituciones miembros de la Unión se nieguen a cumplir sus recomendaciones.

Como ya se mencionó, esta situación no se cumple en Guatemala. Aunque el Ombudsman guatemalteco es -en virtud de la ley- un comisionado del Congreso de la República y tiene relaciones con este a través de la Comisión de Derechos Humanos, esta Comisión hasta la fecha no ha actuado en ningún caso como instancia a la cual el Ombudsman puede acudir en casos en que algún funcionario o dependencia pública se niegue a cumplir con sus recomendaciones.

CAPÍTULO III

USO DE LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO EN LAS RECOMENDACIONES DEL OMBUDSMAN

3.1. Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

La Constitución Política de Guatemala incluye dentro de su articulado numerosos principios que garantizan los derechos de los guatemaltecos. Estos principios a veces no están indicados específicamente, sin embargo, podemos encontrarlos en el espíritu de los artículos constitucionales.

En su mayoría, estos principios no son los mismos que los encontrados en la legislación de Holanda o Europa; difieren en algunos casos. Al leer los principios de la legislación guatemalteca se denota que la mayoría tiene como fin proteger los derechos humanos de los guatemaltecos, tomando en cuenta que en el país la pelea por su respeto aún continúa siendo un trabajo arduo.

Siendo la función principal del Procurador la defensa y protección de los derechos humanos, en sus resoluciones –cuando ha habido la violación de un derecho- siempre se indica el derecho humano violado. Aquí existe una diferencia con los defensores del pueblo holandés y europeo ya que estos tocan normalmente temas de administración en sus resoluciones.

Algunos de los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala son:

- a) Principio de igualdad. Esto significa que en Guatemala “todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer tienen las mismas oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre como tampoco a otra condición que limite su libertad y dignidad ...”⁸.
- b) Principio de libertad de acción. Este principio significa que en Guatemala, todas las personas tienen el derecho de hacer todo lo que las leyes no prohíben⁹.
- c) Principio de presunción de inocencia. En Guatemala, la persona es inocente hasta que el Estado no demuestre lo contrario¹⁰.
- d) Principio de no retroactividad de la ley. Esto quiere decir que en Guatemala la ley no puede ser retroactiva, sólo en casos penales, cuando esto beneficie al reo¹¹.
- e) Principio de identidad cultural. Esto significa que las personas mayas tienen el derecho de vivir de la manera que su propia cultura establece¹².

8 Artículo 4 de la Constitución Política de Guatemala.

9 Artículo 5 de la Constitución Política de Guatemala.

10 Artículo 14 de la Constitución Política de Guatemala.

11 Artículo 15 de la Constitución Política de Guatemala.

12 Artículo 58 de la Constitución Política de Guatemala.

- f) Principio de transparencia de la información. Este principio establece el derecho que tienen todos los ciudadanos del país a tener acceso a todos los actos de la administración. Tienen también el derecho de obtener cuando quieran los informes, copias, reproducciones y certificados, y también la exhibición de cualquier documento o expediente¹³.
- g) Principio de la economía. En Guatemala el régimen económico y social es la base para el principio de la justicia social. El Estado tiene la obligación de orientar la economía nacional ...¹⁴.
- h) Principio de responsabilidad. Este principio establece la obligación que tiene el gobierno de presentar a los ciudadanos, por medio del Congreso de la República, un informe acerca de cómo ellos utilizan el dinero del Estado¹⁵.

Como se indicó previamente, estos principios son utilizados por el Procurador de los Derechos Humanos para aquellos expedientes que, por su naturaleza, son necesarios para fortalecer la decisión final.

Los principales derechos humanos -sin que la lista sea excluyente- consagrados en la Constitución Política de la República son:

- a) Derecho a la vida.
- b) Derecho a la igualdad.
- c) Derecho a la detención legal.
- d) Derechos del detenido.
- e) Derecho de defensa.

13 Artículo 30 de la Constitución Política de Guatemala.

14 Artículo 118 de la Constitución Política de Guatemala.

15 Artículo 241 de la Constitución Política de Guatemala.

- f) Libertad de locomoción.
- g) Derecho de asilo.
- h) Derecho de petición.
- i) Derecho de asociación.
- j) Libertad de expresión del pensamiento.
- k) Libertad de religión.
- l) Derecho de autor o inventor.
- m) Derecho a la cultura.
- n) Derecho a la educación.
- o) Derecho a la salud y a la seguridad social.
- p) Derecho al trabajo.

Como ya quedó establecido en la parte descriptiva de la Unidad de Seguimiento en esta investigación, en la actualidad el Ombudsman de Guatemala -a través de esta unidad- ha empezado a abarcar más puntualmente la fiscalización de la administración pública con base en el artículo 275, inciso a) de la Constitución¹⁶.

Es aquí donde el uso de los Principios del Buen Gobierno utilizados en Holanda y en Europa juegan un papel importante pues, en ambos sistemas, dichos principios son utilizados efectivamente para controlar de una mejor manera la buena conducta y la buena gestión del Estado en materia administrativa.

Es notorio el aporte que los sistemas holandés y europeo pueden aportar al sistema guatemalteco en materia de control administrativo, ya que este se encuentra más desarrollado en aquellos sistemas debido al alto grado de de-

¹⁶ Este artículo establece que el Ombudsman tiene que controlar el funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental en materia de derechos humanos.

sarrollo de los países que lo conforman. Tales sistemas tienen incluso garantizada la defensa de los derechos humanos en los órganos jurisdiccionales por lo que los Ombudsmen pueden centrar toda su atención en los temas de buena administración.

Opuesto a esto se encuentra el caso del Ombudsman de nuestro país quien -al no contar los guatemaltecos con un acceso directo a los tribunales de justicia- se ha visto en la necesidad de dedicarse exclusivamente a la defensa de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 274 constitucional¹⁷.

Muchos de los Principios del Buen Gobierno que se utilizan tanto en el sistema holandés como en el europeo podrían ser utilizados en el contexto guatemalteco, sin embargo habría que realizar un estudio más detallado y minucioso del contenido y alcances de cada uno de ellos para determinar de manera clara cuáles se adaptan a la realidad del país.

Sobre el tema de la fiscalización de la administración pública que realiza el Ombudsman de Guatemala, podemos decir que los principios de administración apropiada, administración transparente y administración de los derechos humanos son los que más se adecuan al sistema guatemalteco ya que, en la práctica, estos son los más violados, tomando como referencia los casos que se investigan y se resuelven en la institución del Ombudsman.

Esto se reafirmó en el análisis de los casos del Procurador guatemalteco presentados este año durante el curso del Programa de Entrenamiento en Principios del Buen Gobierno y Derechos Humanos pues, al estudiar dichos casos, fueron estos principios los más frecuentemente utilizados¹⁸.

17 Artículo 274 - El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que garantiza la Constitución.

18 Ver Anexos I y II.

Principios tales como el abuso del poder, de debido cuidado, igualdad, proporcionalidad y transparencia (especialmente el acceso público a la información del gobierno) son, normalmente, los más violados en Guatemala. Por supuesto, esto no significa que los otros principios no puedan ser utilizados en los casos que deba resolver el Procurador de los Derechos Humanos.

Durante el desarrollo del Programa de Entrenamiento, se pudo palpar en la presentación en plenaria de los casos del Ombudsman de Guatemala que el uso de los Principios del Buen Gobierno –los cuales desde mi punto de vista pueden llegar a tener carácter universal- es de suma utilidad en el desarrollo de la labor del Procurador, particularmente en lo que se refiere a la nueva tarea del control de la gestión administrativa. Asimismo, estos principios pueden ser utilizados en aquellos casos en los que se resuelve que hubo una violación de un derecho humano.

En resumen, el uso de los Principios del Buen Gobierno contenidos en los sistemas holandés y europeo son –indudablemente- una herramienta útil que puede ser utilizada perfectamente por el Ombudsman guatemalteco. Por supuesto, esto dependerá en gran medida de que estos principios lleguen a ser incorporados de alguna forma al ordenamiento jurídico nacional.

3.2. Ombudsman de Holanda

En términos generales, en Holanda el respeto de los Principios del Buen Gobierno es base fundamental del sistema legal; su uso es común y la mayoría se encuentran codificados en la Ley General Administrativa Holandesa, por lo que su utilización es de carácter obligatorio.

El origen de los Principios del Buen Gobierno tiene como base el sistema legal holandés y el desarrollo de su democracia. Su sistema legal consiste en cuatro elementos: el principio de legalidad, la división de poderes, la protección de los derechos fundamentales y el control judicial.

Estos aspectos y el desarrollo del sistema legal demandan la organización de la administración, el procedimiento de la toma de decisiones y el contenido de las mismas. Esta condición se puede considerar como la base para la creación de los Principios del Buen Gobierno¹⁹.

Además, tales aspectos han permitido que el respeto de los Principios del Buen Gobierno sea una realidad palpable y que su uso se haya convertido en un instrumento para el desarrollo de un buen sistema administrativo que, a la larga, garantiza a los ciudadanos el goce irrestricto de los derechos humanos. A mi juicio, el hecho de contar con una administración apropiada, justa y transparente asegura que los órganos estatales respeten generalmente los derechos humanos de los ciudadanos, tomando en consideración que son los órganos estatales los señalados como responsables en los casos de violación de aquellos.

En Holanda existen dos instituciones independientes que juegan un papel importante en el control administrativo: la Contraloría de Cuentas y el Defensor del Pueblo; ambas instituciones utilizan los Principios del Buen Gobierno en sus recomendaciones.

Es importante señalar que en ese país el organismo judicial y el Parlamento son las únicas instituciones que pueden forzar el cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman Nacional.

Los Principios del Buen Gobierno utilizados en el sistema holandés se han dividido en cuatro categorías:

- a) Principios de la administración apropiada.
- b) Principios de la participación pública.
- c) Principios de la administración transparente.

¹⁹ Addink, G. H. Principios del Buen Gobierno. Nuevo desarrollo del criterio usado por los Ombudsman de Centroamérica, de la Unión Europea y Holanda. Universidad de Utrecht, Holanda. 26 de junio, 2003.

d) Principios de la administración de derechos humanos.

En la actualidad existen dos nuevos tipos de principios denominados principios de la administración responsable y principios de la administración efectiva²⁰.

En 1994, cuando la Ley General Administrativa (GALA, por sus siglas en inglés) se creó, algunos de estos principios fueron incluidos allí. En esta acta legal podemos encontrar la mayoría de los principios de la administración apropiada. Estos son:

- a) Prohibición de abuso del poder (artículo 3.3);
- b) prohibición de la arbitrariedad (artículo 3.4 y 5.13);
- c) principio de la certeza legal (artículo 4.23 y 5.22);
- d) principio del cuidado debido (artículo 3.2, 4.7, 4.8);
- e) principio de la legítima expectativa (párrafo 4.2.6 subsidiario);
- f) principio de la igualdad (artículo 1 de la Constitución);
- g) principio de la proporcionalidad (artículo 3.8.), y
- h) principio de motivación (secciones 3.46 y 3.50).

Los principios de participación pública pueden ser encontrados en legislaciones específicas como, por ejemplo, en el Acta de Manejo Ambiental.

Asimismo, se pueden encontrar los principios de la administración transparente en el Acta de Información de Gobierno y en la GALA. Dentro de este principio se hallan los siguientes:

- a) Principio de transparencia de decisiones y órdenes;
- b) principio de transparencia de reuniones, y

²⁰ Idem.

c) principio de transparencia de información (acceso público).

Estos principios contemplan aspectos tales como:

- a) Acceso a documentos o, por lo menos, a la información.
- b) Conocimiento acerca de quien tomó la decisión y acerca de cómo fue tomada.
- c) Comprensibilidad y accesibilidad en cuanto al marco legal, la estructura y los procedimientos para tomar la decisión.
- d) La consulta.
- e) El deber de dar razones.

Los principios de la administración de derechos humanos se dividen en dos categorías: derechos humanos clásicos y derechos humanos sociales. Los primeros están enumerados en la Convención Europea de Derechos Humanos; los segundos –los sociales- se establecen en la legislación holandesa y con más detalle en el acta administrativa específica sobre el tema. Dentro del marco de estos principios se encuentran:

- *Clásicos*: principio del debido proceso (el derecho a un juicio justo, la igualdad ante los tribunales, *nulla poena sine lege*) y los derechos políticos (el derecho a participar en el gobierno, igual acceso al servicio público).

- *Sociales*: Aquí encontramos los derechos económicos, sociales (derecho a la alimentación, la salud, vivienda y la educación) y culturales (el derecho de tomar parte en la vida cultural).

Hablando específicamente sobre el uso de los Principios del Buen Gobierno en las recomendaciones del Ombudsman Nacional holandés, durante la entrevista realizada a varios funcionarios de esa dependencia, estos coinci-

dieron en señalar que el uso y la legalidad de los Principios del Buen Gobierno se encuentran totalmente especificados en la ley general holandesa y que, en términos generales, el principio de legalidad es el más utilizado en sus recomendaciones. Estos funcionarios recalcaron que el hecho de que estos principios estuviesen determinados en las leyes nacionales permitía que fuesen incluidos tácitamente en las recomendaciones del Ombudsman Nacional.

Al solicitar su opinión acerca de si el uso de dichos principios ayudaba a un mejor cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman, señalaron que en definitiva su uso y, primordialmente, el respeto que por ellos tienen los funcionarios y empleados públicos, permite una administración pública más transparente y eficaz que redundaba en un mayor porcentaje de respeto a los derechos humanos de los ciudadanos. También coincidieron en señalar que el buen uso que les den las instituciones públicas, así como el control o fiscalización que de ellos ejercen instituciones tales como el Ombudsman Nacional, permite evitar las violaciones a los derechos humanos.

Asimismo se resaltó el hecho de que dentro de la institución, así como no cuentan con un área específica para el seguimiento de las recomendaciones, tampoco cuentan con un equipo de personas destinado exclusivamente a fiscalizar el respeto de los Principios del Buen Gobierno por parte de las instituciones públicas.

Finalmente, es importante indicar que los seis principios más usados por el Ombudsman Nacional en el año 2002 fueron²¹:

- a) Prontitud (46%);
- b) provisión activa de información (12%);

²¹ Sumario del Reporte Anual 2002 del Ombudsman Nacional de Holanda. La Haya, marzo de 2003.

- c) cumplimiento con las regulaciones legales vinculantes (7%);
- d) equilibrio de intereses / razonamiento (6%);
- e) certeza administrativa (5%), y
- f) certeza legal (5%).

3.3. El Defensor del Pueblo de Europa

El uso de los Principios del Buen Gobierno tiene como base el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa y el Acta -*White Paper*- del Gobierno de la Comisión Europea. El *White Paper* se publicó en junio de 2001 y contiene cinco Principios del Buen Gobierno, a saber, los principios de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia.

El principio de apertura establece que las instituciones deben trabajar de una manera más abierta. Deben comunicar activamente sobre lo que hacen y las decisiones que toman. También deben utilizar el mismo idioma.

El principio de participación asegura la participación a través de la cadena política. Esta crea más confianza en los resultados finales y en las instituciones con políticas definidas.

El principio de responsabilidad implica que los papeles en el proceso legislativo y ejecutivo necesitan ser claros en las instituciones que deben dar explicaciones y tomar responsabilidad por los Estados miembros.

El principio de la eficacia significa que las políticas y acciones deben ser efectivas y oportunas, basadas en un objetivo claro.

El principio de coherencia expresa que las políticas deben ser coherentes y entendibles fácilmente.

Como se indicó en el segundo capítulo de esta investigación, el Defensor del Pueblo Europeo tiene como función fiscalizar los actos de mala administración cometidos por las instituciones públicas de los Estados miembros de la Unión Europea.

Esta tarea se lleva a cabo a través del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo el 6 de septiembre de 2001. El precursor del Código fue el mismo Defensor del Pueblo Europeo en cuyo texto se basaron los diputados europeos para emitir el documento final, con algunas reformas hechas por el diputado Perry, quien actuó como orador de la Comisión de Peticiones del Parlamento.

La función fundamental del Código es velar por la buena administración de los derechos humanos, establecida en el artículo 41 del Capítulo de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El derecho a una buena administración incluye aspectos como²²:

- 1.- Cada persona tiene derecho a que las instituciones y los órganos de la Unión traten sus asuntos imparcialmente y dentro de un plazo razonable.
- 2.- Este derecho incluye especialmente:
 - a) El derecho de cada persona a ser escuchado antes de que se tome una medida individual que le sea desfavorable.
 - b) El derecho de cada persona a estar de acuerdo con su expediente, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y el secreto profesional y comercial.

²² Ver el artículo 41 del Capítulo de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

- c) La obligación que tiene la administración de motivar las decisiones que toma.
- 3.-Cada persona tiene derecho a la reparación por parte de la Comunidad de los daños causados por las instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones y de acuerdo con los principios generales comunes de los Estados miembros.
- 4.-Cada persona podrá tener acceso a las instituciones miembros de la Unión en uno de los idiomas de los tratados y la respuesta que reciba deberá estar en ese mismo idioma.

El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa explica a los ciudadanos lo que pueden esperar de la administración común y sus servidores; también es una guía de referencia para que los funcionarios sepan cómo deben tratar al público. Los oficiales que obedecen el contenido del Código pueden estar seguros de que no incurrirán en un caso de mala administración y, consecuentemente, mejorará el servicio que proporcionan a los ciudadanos europeos.

En este código se establecen los siguientes principios:

- a) Legitimidad (artículo 4);
- b) ausencia de la discriminación (artículo 5);
- c) proporcionalidad (artículo 6);
- d) ausencia del abuso del poder (artículo 7);
- e) imparcialidad e independencia (artículo 8);
- f) objetividad (artículo 9);
- g) expectación legítima, consistencia y consejo (artículo 10);
- h) justicia (artículo 11);

- i) cortesía (artículo 12);
- j) derecho de ser oído y de hacer observaciones (artículo 16);
- k) plazo razonable para la toma de decisiones (artículo 17), y
- l) deber de indicar los motivos de las decisiones (artículo 18).

Este código también incluye algunos elementos de los principios de la ley administrativa, tales como:

- a) Derecho de defensa;
- b) motivo de las decisiones;
- c) no discriminación;
- d) imparcialidad, y
- e) posibilidad de apelación, etc.

Asimismo, comprende algunas reglas de la función administrativa como:

- a) Entregar un conocimiento de recibo;
- b) transferir un expediente al servicio administrativo correspondiente, e
- c) indicar quién es el funcionario responsable.

El principio de legitimidad establece que los servidores públicos deberán actuar según las normas establecidas y que las decisiones deben estar fundamentadas en la ley.

El principio de ausencia de discriminación manifiesta que todos los casos deben ser tratados en forma igual y que las decisiones tomadas deben ser razonadas.

El principio de la proporcionalidad expresa que debe existir un justo equilibrio entre los intereses particulares y

el interés público general. La medida tomada debe ser proporcional al objetivo perseguido.

El principio de ausencia de abuso indica que los poderes se ejercerán sólo con el propósito para el que fueron creados.

El principio de imparcialidad e independencia implica que las decisiones no se deben tomar arbitrariamente. No se debe tener tratos preferentes y no deben prevalecer intereses personales, nacionales o políticos.

El principio de objetividad es el que indica que deben ser tenidos en cuenta los factores prominentes.

El principio de expectativas legítimas, la consistencia y el consejo indica que debe haber coherencia en la práctica administrativa de la institución.

En conclusión, el Defensor del Pueblo Europeo utiliza los Principios del Buen Gobierno en todas las tareas que realiza a fin de cumplir con su función de control de la administración gubernamental, detectando los casos de mala administración. Estos surgen cuando las instituciones que conforman la Unión Europea no aplican adecuadamente los preceptos del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.

CAPÍTULO IV

EL SEGUIMIENTO Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO POR PARTE DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA

4.1. Consideraciones generales

Con base en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Procurador de los Derechos Humanos es un delegado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la misma Constitución garanti-

za. Asimismo, tendrá facultades para supervisar la administración.

En ese sentido –y como se indicó anteriormente- el Procurador de los Derechos Humanos tiene extensas facultades para supervisar la administración pública en su relación con los ciudadanos.

La incorporación de los Principios del Buen Gobierno en los deberes diarios del Ombudsman guatemalteco constituye un mecanismo eficiente para ejercer de mejor manera la supervisión de la gestión administrativa gubernamental que ordena la ley, ya que aquellos permitirían una mejor clasificación de las fallas cometidas por la administración dando cierto margen para hacer recomendaciones más concretas y lograr, consecuentemente, un cumplimiento más fácil.

El artículo 275 de la Constitución Política contiene las atribuciones del Procurador y, entre ellas, los literales e), g) y h) le autorizan a ejercer un control constante en la administración pública. Estas atribuciones son las siguientes:

- a) Promover la buena gestión administrativa gubernamental en materia de derechos humanos.
- b) Investigar y denunciar la mala conducta administrativa que lesione los intereses de las personas.
- c) Recomendar privada o públicamente a los servidores públicos la modificación de una conducta administrativa objetada.

Con base en el artículo mencionado, actualmente el Procurador de los Derechos Humanos ha creado una nueva estrategia para ejercer el mandato constitucional de supervisar la conducta de las instituciones de la administración pública. Esta estrategia consiste en supervisar periódicamente los deberes de todas las instituciones públicas

con relación al trato que dan a las peticiones presentadas por los ciudadanos.

En ese sentido, la Unidad de Seguimiento -a través de sus oficiales de fiscalización- llevan un control de todas las denuncias presentadas a la institución y que, por su naturaleza, deben ser tratadas y resueltas por las diferentes instancias administrativas del gobierno.

Una vez recibida la denuncia, esta se remite al órgano administrativo correspondiente y, luego de un tiempo prudencial de espera, la dependencia administrativa es supervisada para determinar el trato que dio a la queja remitida y verificar si la petición del ciudadano fue resuelta.

Además, cuando el Procurador de los Derechos Humanos declara la infracción de un derecho humano en alguna resolución final, siempre hace las recomendaciones a la autoridad responsable de la infracción a fin de lograr la restitución del derecho humano violentado.

Estas recomendaciones se utilizan en muchas ocasiones y se basan en el literal d) del artículo 275 de la Constitución que indica que el Ombusman puede solicitar la modificación de una conducta administrativa objetada.

El control de la administración pública que realiza el Procurador de los Derechos Humanos se hace necesario ya que la experiencia acumulada durante los años de existencia de la institución ha permitido discernir que muchas infracciones de los derechos fundamentales de los guatemaltecos son consecuencia del incumplimiento por parte de las instituciones, los funcionarios y empleados públicos de los principios básicos que conlleva el concepto de buen gobierno.

Como recién se indicó, en la resolución final dictada por el Procurador de los Derechos Humanos una vez concluida la investigación de una queja, este puede declarar una mala conducta administrativa que lesiona los intere-

ses del reclamante haciendo una recomendación final para ordenar que tal conducta administrativa sea modificada.

Esta forma de resolver los expedientes algunas veces presenta el problema de que la sentencia emitida sea demasiado amplia, lo que trae como consecuencia que la modificación de esta conducta quede a discreción del ofensor, quien muchas veces la modifica según sus intereses.

La incorporación de los Principios del Buen Gobierno en la tarea del Procurador de los Derechos Humanos rectificaría esta cuestión, utilizando para el efecto una lista específica de todos los principios y aplicándolos consecuentemente en la fiscalización que lleva a cabo para lograr el cumplimiento de sus resoluciones.

Este aspecto, en la práctica, traería como consecuencia mejores resultados en el cumplimiento de las recomendaciones, ya que estas serían más puntuales en la aplicación de principio específico y no en un sentido ambiguo y general, como ocurre actualmente.

Por otro lado, en cuanto a la tarea de supervisión de la administración pública, también se obtendrían mejores resultados con el uso de este conjunto de principios ya que esta labor se haría sobre aspectos puntuales de los principios y no sobre los generales –los cuales se basan eventualmente en el criterio del servidor público para determinar los parámetros de la buena administración. Se ha comprobado que este criterio no siempre se inclina a favor de los ciudadanos.

Tomando en cuenta estas consideraciones generales, se puede concluir que el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala tiene dos formas para controlar el cumplimiento de los Principios del Buen Gobierno: una de forma preventiva y otra como una función específica de la Unidad de la Seguimiento de la institución.

4.2. Forma preventiva

Guatemala es un país con una larga historia de mala administración gubernamental; los casos de corrupción son cada vez más comunes en todas las instituciones del gobierno. Estos actos de corrupción no sólo son cometidos por empleados públicos de baja categoría sino también por empleados de mandos medios y por muchos funcionarios públicos.

La administración pública guatemalteca se ha caracterizado también por el mal servicio que presta a sus ciudadanos, quienes muchas veces son víctimas de la burocracia de sus instituciones. Estas entorpecen frecuentemente el acceso de los ciudadanos a los servicios del Estado y, lo que es peor, algunas veces ponen en peligro sus derechos humanos, llegando inclusive a violarlos de manera sistemática.

Siendo que la Constitución Política y la Ley del Procurador de los Derechos Humanos le autoriza a fiscalizar la gestión administrativa gubernamental, este magistrado de conciencia juega un papel principal para frenar los actos de la mala administración.

Una política del trabajo que ha caracterizado al Defensor del Pueblo guatemalteco ha sido actuar de manera preventiva en los asuntos que no son de su competencia a fin de evitar que se cometan infracciones a los derechos humanos. Esta política calza perfectamente dentro de los Principios del Buen Gobierno. La aplicación de estos principios por parte de todos los servidores públicos del Estado de Guatemala es, sin duda, un medio muy eficaz para controlar el buen funcionamiento de la administración pública del país.

Por otra parte, en el trabajo diario del Ombudsman de Guatemala se reciben varias denuncias de los ciudadanos que se quejan por la mala atención y el retardo injustificado en los trámites administrativos que realizan en las ofi-

cinas de gobierno, por lo que tener fiscalizada dicha función seguramente garantizará al ciudadano una administración gubernamental más eficiente y eficaz.

Tomando en cuenta la facultad constitucional del Ombudsman de fiscalizar la gestión administrativa y su política de actuar preventivamente, este podría perfectamente solicitar la incorporación de un código de buena conducta administrativa en todas las oficinas públicas del país, similar al utilizado por el Ombudsman europeo. Este código tendría como finalidad exclusiva normar las relaciones entre la administración y sus administrados, fijando los parámetros por los que la administración pública en Guatemala debe dirigirse a los ciudadanos y tratar los casos que se le presentan.

Existen dos formas en que la incorporación de este código podría darse: una sería mediante su promoción en todas las oficinas públicas, implementando cada una de ellas un código de conducta a nivel interno. El Ombudsman podría dar el ejemplo emitiendo su propio código de buena conducta en el servicio que los empleados y funcionarios de la institución prestan a los ciudadanos que acuden a ella.

La otra forma viable para el uso de este código en el ámbito guatemalteco sería mediante la presentación de una solicitud del Ombudsman al Congreso de la República -podría ser a través de la Comisión de Derechos Humanos- a fin de que apruebe la emisión de un código de buena conducta administrativa para todo el sector público del país, el cual sería de carácter obligatorio para cualquier oficina o dependencia pública. Al ser aprobado como un decreto por el Congreso de la República, este código sería de aplicación general y obligatoria y constituiría un freno a los abusos cometidos por la administración pública en contra de los ciudadanos.

Por supuesto, el contenido del eventual código no podría ser textual al del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, pues los preceptos de este último están adecuados a la realidad europea en el contexto específico de la relación de las instituciones miembros de la Unión Europea con sus ciudadanos.

La normativa legal de un eventual Código de Buena Conducta Administrativa de Guatemala tendría que ser redactada partiendo de la realidad del país en cuanto al funcionamiento de las instituciones y el trato que estas dan a los ciudadanos. En primera instancia habría de contener los conceptos básicos de la buena administración y el derecho humano que asiste a los guatemaltecos de que el Estado les garantice una buena administración a través del control específico de la conducta de sus empleados y funcionarios.

Obviamente sería tarea del legislador redactar la normativa específica del código en cuanto a lo que deben esperar los ciudadanos de la administración pública, la definición de buen gobierno en el contexto guatemalteco, los principios que regirán dicho código y la forma en que será fiscalizado y sancionado; sin embargo, la participación del Ombudsman, las organizaciones de derechos humanos y la sociedad civil es vital para que su redacción esté apegada a la realidad guatemalteca lo mejor posible.

Siendo el Ombudsman la figura que impulsaría la creación de este código para Guatemala, y siguiendo el espíritu del código europeo²³, este debería estipular en su normativa que sería el Procurador el llamado a fiscalizar la aplicación y el respeto de los preceptos del código; en otras palabras, debería ser a la Procuraduría de los Derechos Humanos la institución a la cual los ciudadanos puedan acudir en caso de ser víctimas de la mala administración.

²³ Ver artículo 22 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.

Los principios incluidos en el Código de Buena Conducta Administrativa, los cuales podrían ser el marco referencial para definir la buena administración, se elaborarían de acuerdo a la realidad jurídica y social de Guatemala, así como la forma de fiscalizarlos y las posibles sanciones aplicables en caso de violación. Tomando en consideración los principios del Código Europeo, consideramos que los principios que se estipulan allí tienen un espíritu universal por lo que, en su mayoría, podrían ser adaptados a la realidad guatemalteca.

Principios como el de legitimidad, ausencia de discriminación, proporcionalidad, ausencia de abuso del poder, imparcialidad e independencia, objetividad, expectativa legítima, consistencia y consejo, justicia, cortesía, derecho de ser oído y de hacer reclamaciones, tiempo limitado razonable para tomar las decisiones y el deber de indicar el motivo de la toma de decisiones que encontramos en el Código europeo, pueden ser utilizados en Guatemala haciendo los cambios y adaptaciones que los legisladores consideren necesarios de acuerdo al contexto nacional.

Asimismo, los principios de apertura, participación, responsabilidad en la rendición de cuentas, eficacia y coherencia que conforman el *White Paper* en el contexto europeo, podrían ser considerados para formar parte de la nueva normativa para una buena conducta administrativa en Guatemala.

En la actualidad guatemalteca, la sociedad civil reclama con insistencia una mayor transparencia, buena administración, menos corrupción, etc. Incluso, ante la corrupción imperante en el país, los ciudadanos se manifiestan cada vez más por que se ejerza un control sobre los funcionarios y empleados de gobierno en cuanto al trato que estos brindan a los ciudadanos. En este contexto, principios como los de administración apropiada, de administración pública de la participación, de administración transparente y administración de derechos humanos, utilizados

legalmente en la práctica en Holanda, podrían ser utilizados en el sistema guatemalteco.

Asimismo, principios tales como la prohibición del maltrato del poder, prohibición de la arbitrariedad, certeza legal, debido cuidado, expectación legítima, igualdad, proporcionalidad, motivación, transparencia en la toma de decisiones y órdenes, transparencia de reuniones y transparencia de información (el acceso público), tienen una gran posibilidad de ser adaptados en Guatemala.

Ante esta realidad y para fortalecer -incluso facilitar- la tarea del Ombudsman de velar por la buena gestión administrativa- consideramos que una manera de prevenir muchas violaciones de los derechos humanos sería mediante la implementación de este código a nivel nacional, o bien, como se expresó anteriormente, a lo interno de las instituciones públicas y con carácter obligatorio.

4.3. Atribución específica de la Unidad de Seguimiento

Al referirnos a la estructura interna de la Unidad de Seguimiento en el apartado 1.4. de esta investigación, explicamos que esta es la encargada de verificar que las recomendaciones emitidas por el Ombudsman sean cumplidas por los funcionarios señalados como responsables de la violación de un derecho.

También se explicó que dentro de esta unidad funciona la Sección de Fiscalización cuya función es la fiscalización de la buena gestión administrativa gubernamental, tarea que lleva a cabo realizando un seguimiento de todos los casos que, debido a su materia, deben ser conocidos y resueltos por diferentes dependencias públicas y que frecuentemente no son competencia del Ombudsman de Guatemala.

Como se señaló en su oportunidad, lo anterior es una nueva tarea trazada por la actual administración de la Pro-

curaduría guatemalteca que retomó el papel de velar por el buen funcionamiento de la administración pública en el país para cumplir a cabalidad con las atribuciones que le otorga la Constitución.

Debido a las atribuciones conferidas a la Unidad de Seguimiento, consideramos que esta podría ser la encargada de fiscalizar la aplicación del código de buena conducta administrativa si se llegase a implementar en Guatemala, dando seguimiento a aquellos casos presentados por los ciudadanos por actos de mala administración. Para esto se seguiría respetando la estructura interna de la institución, es decir que cualquier denuncia recibida sobre un caso de mala administración ha de seguir los pasos normales de cualquier denuncia: debe ser recibida en la Oficina de Recepción de Denuncias, tramitada por el área que corresponda y, luego de comprobado el caso de mala administración, pasaría a la Unidad de Seguimiento que se encargaría de verificar el cumplimiento de los preceptos del código y de que la recomendación dictada por el Ombudsman –si la hubiere- sea cumplida por el funcionario cuestionado.

Para que esta tarea se pudiese llevar a cabo sin mayores dificultades sería necesario que la Unidad de Seguimiento tuviese más personal, pues con el que cuenta en la actualidad no sería suficiente para cubrir la demanda de fiscalización de todas las dependencias públicas.

Como se mencionó en la sección 1.4. de este trabajo, actualmente el Ombudsman guatemalteco gestiona ante el órgano ejecutivo la posibilidad de solicitar como requisito, cada vez que un ciudadano guatemalteco quiera optar por un cargo público, un certificado emitido por esta institución que certifique sobre el cumplimiento que tal ciudadano haya hecho de las recomendaciones emitidas por el Ombudsman en caso de haber laborado en el sector público anteriormente. Esta idea encaja perfectamente en el uso de un código de buena conducta administrativa pues,

mediante un cuerpo normativo que establezca la forma en que se deben comportar los funcionarios y empleados públicos, es más fácil fiscalizar la manera en que son tratados los ciudadanos guatemaltecos.

Compartimos la idea de que el derecho a una buena administración puede, en cierta medida, ser considerado como un derecho humano ya que contar con una buena administración gubernamental -transparente, eficiente, eficaz, honesta, idónea y democrática- va a permitir que los derechos humanos de los guatemaltecos sean respetados tal como la Constitución Política demanda, pues es precisamente del sector público de donde provienen las violaciones a estos derechos.

Finalmente recalcamos el hecho de que será tarea del legislador -con el aporte de los sectores interesados- definir lo que se debe entender por buena administración, los principios que se podrían adaptar a la realidad guatemalteca y la forma adecuada para sancionar a aquellos funcionarios o empleados públicos que violen los principios por los que se regiría el código de buena conducta administrativa.

CAPÍTULO V

BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO DEL SEGUIMIENTO Y USO DE LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO EN LAS INSTITUCIONES DE LOS OMBUDSMAN DE CENTROAMÉRICA ²⁴

5.1. Guatemala

El procedimiento del seguimiento en Guatemala se encuentra desarrollado en los capítulos I y II de esta investi-

²⁴ La mayor parte del contenido de este capítulo fue tomado del artículo "Principios del Buen Gobierno. Nuevo desarrollo del criterio utilizado por los Ombudsman de Centro América, de la Unión Europea y de Holanda" elaborado por el profesor G. H. Addink, Universidad de Utrecht, Holanda, 26 de junio de 2003.

gación. En cuanto al uso de los Principios de Buen Gobierno, puede consultarse el capítulo III.

Sirva como referencia el hecho de que, desde 1999, Guatemala cuenta con una Unidad de Seguimiento específica para toda la institución cuya función es verificar el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el Ombudsman, así como la buena gestión administrativa gubernamental²⁵.

5.2. El Salvador

El Salvador, no cuenta con una codificación específica de los Principios del Buen Gobierno en su ley administrativa. En términos generales, el Defensor del Pueblo de El Salvador puede utilizar algunos principios encontrados en la jurisprudencia constitucional a fin de salvaguardar los derechos humanos. En algunas de sus resoluciones se pueden hallar principios tales como:

- a) Principio de igualdad;
- b) principio de responsabilidad;
- c) principio de razonamiento o motivación;
- d) principio de la participación pública;
- e) principio de legalidad;
- f) principio de prohibición de la arbitrariedad;
- g) principio de transparencia;
- h) principio del cuidado debido;
- i) principio de promoción de acciones y establecimiento de plazos;
- j) principio de notificación, y
- k) principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

²⁵ Ver más detalles en el capítulo mencionado.

Al igual que en Guatemala, la Sección de Seguimiento de la oficina del Ombudsman salvadoreño tiene la función de verificar el cumplimiento de las recomendaciones que se emiten en las resoluciones de la institución. Sin embargo, existe una diferencia entre ambas secciones: el área de Seguimiento de la Procuraduría salvadoreña se encarga de notificar las resoluciones sean o no de responsabilidad, mientras que en el caso guatemalteco esta tarea corresponde al área que investigó el caso.

Las tareas que realiza la oficina de Seguimiento del Ombudsman salvadoreño son, entre otras:

- a) constatación en el lugar de los hechos;
- b) revisión de documentos, y
- c) entrevista con la autoridad que fue declarada responsable de la violación.

El Ombudsman salvadoreño tiene la facultad de emitir una censura pública en caso de que el funcionario cuestionado se niegue a acatar las recomendaciones de la institución.

En la actualidad se discute en la institución sobre la necesidad de que la Sección de Seguimiento sea elevada al rango de departamento debido a la importancia que tiene la verificación del cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman.

5.3. Honduras

El Defensor del Pueblo de Honduras, denominado Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, fue establecido para garantizar los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución hondureña -derechos civiles y derechos sociales, económicos y culturales- y para garantizar la aplicación de los tratados y convenciones ratificados por Honduras.

Asimismo, debe fiscalizar el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en el Acta del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, así como fiscalizar los actos y las resoluciones de la administración pública a fin de que no contravengan los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos de los que Honduras es parte.

Después de cada investigación, el Comisionado puede presentar a las autoridades las recomendaciones y sugerencias correspondientes para el respeto de las leyes del país.

Por otro lado, también tiene la facultad de investigar actos de los órganos administrativos cuando estos son ilegítimos, arbitrarios, abusivos, defectuosos, negligentes o discriminatorios²⁶.

Con relación a los Principios de Buen Gobierno utilizados por el Defensor del Pueblo de Honduras, podemos encontrar los siguientes:

- a) Preparación cuidadosa.
- b) Asistencia y representación.
- c) Deber de escuchar.
- d) Deber de dar las razones.
- e) Deber de publicación.

Desgraciadamente no podemos hablar acerca de los procedimientos de seguimiento utilizados en Honduras debido a que este año no hubo representación de este país en el Programa de Capacitación, por lo que no hubo información disponible sobre el seguimiento de las resoluciones en este país.

²⁶ Artículo 16 de la Ley Orgánica del Comisionado de Derechos Humanos de Honduras.

5.4. Nicaragua

En Nicaragua el desarrollo de los casos legales y la doctrina legal contienen principios legales no escritos, tales como:

- a) igual tratamiento para casos iguales;
- b) razonamiento;
- c) proporcionalidad;
- d) certeza legal;
- e) expectativas legítimas;
- f) requerimiento de proporcionar las razones en la toma de decisiones, y
- g) ciertas obligaciones de cuidado.

Con respecto al tema del seguimiento²⁷, Nicaragua mantiene una gran diferencia con el resto de los otros países de América Central: la legislación le otorga al Ombudsman el poder para que sus resoluciones sean vinculantes. Lamentablemente, en la práctica este poder no se utiliza a causa de que este se basa más en una influencia moral de la opinión pública.

El Ombudsman en Nicaragua está obligado por mandato legal a controlar los actos de la administración pública. Luego de finalizada la investigación de un caso, dicta una resolución final junto con las conclusiones y recomendaciones que procedan, teniendo capacidad para emitir censura pública.

Por otra parte, las recomendaciones del Ombudsman nicaragüense no tienen carácter vinculante y no pueden

²⁷ Información tomada directamente de Quinto, Javier “El Cumplimiento de las Recomendaciones. Una comparación perspectiva de Nicaragua, Holanda y la Unión Europea”, Universidad de Utrecht, Holanda, junio de 2002.

anular actos administrativos. Tiene la facultad de emitir recomendaciones de carácter general y específico. Las primeras consisten en advertencias a funcionarios públicos respecto de las obligaciones que les exige la ley como, por ejemplo, recomendar a la administración pública la modificación de sus políticas o rectificaciones en determinados procedimientos.

También está facultado para hacer recomendaciones específicas en casos presentados por ciudadanos en lo particular. La mayoría de las recomendaciones específicas consisten en solicitar la aplicación de sanciones disciplinarias de carácter administrativo al funcionario señalado como responsable, la modificación de una decisión o, incluso, el otorgamiento de alguna compensación por el daño causado.

5.5. Costa Rica

En Costa Rica la Ley General de la Administración Pública (LGAP) contiene la mayoría de los principios de la administración apropiada, tales como:

- a) principio de prohibición de abuso del poder;
- b) principio de prohibición de arbitrariedad;
- c) principio de justificación;
- d) principio de proporcionalidad;
- e) principio de expectativas legítimas;
- f) principio de un juego limpio, y
- g) principio de legalidad.

La Constitución de Costa Rica incluye el principio de igualdad y en diversas leyes se puede encontrar el principio de cuidado debido.

El Defensor del Pueblo costarricense utiliza varios principios en el trabajo de fiscalizar los actos públicos de la administración, tales como:

- a) Gratuidad.
- b) Asesoramiento jurídico.
- c) Igualdad.
- d) Libertad de acceso a la justicia.
- e) Independencia de los poderes.
- f) Protección de los derechos humanos.
- g) Garantizar los aspectos relevantes de las tomas de decisiones.
- h) Importancia de aspectos pertinentes.
- i) Razonamiento.

Un ejemplo de la protección que de estos principios realiza el Ombudsman costarricense actualmente, es su labor de hacer una conexión entre las cuentas públicas y el respeto de los derechos humanos de los ciudadanos.

En materia de seguimiento de las recomendaciones del Ombudsman debemos indicar que, en el pasado, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica contó con una unidad encargada de dar seguimiento a todos los casos de las diferentes áreas que conforman la Defensoría. Sin embargo, según la práctica en Costa Rica, esto no funcionó debido a que los profesionales encargados de realizar esta labor no tenían conocimientos específicos en cada materia, lo que hizo que el seguimiento no fuera el más adecuado.

A raíz de lo anterior se tomó la decisión de que cada área de trabajo contara con sus propios profesionales para realizar el seguimiento correspondiente de los casos que llegaban a cada una de ellas. Así las cosas, en la actuali-

dad cada área de tutela maneja sus propios casos y les da el seguimiento que corresponde, contando para ello con uno o dos profesionales especializados en la materia. Las áreas de Calidad de Vida y Control de la Gestión Administrativa son las que tienen más trabajo por lo que cada una cuenta con dos profesionales que dan seguimiento a los casos que allí se conocen.

Costa Rica cuenta con dos tipos de mecanismos de exigibilidad de las recomendaciones: la exigibilidad directa y la indirecta.

Entre los mecanismos indirectos se encuentran:

- a) plantear acciones jurisdiccionales;
- b) relación con los medios de comunicación, y
- c) presentación del informe anual ante el Parlamento.

Algunos mecanismos directos son:

- a) Si existe negativa del funcionario para responder a los requerimientos del Ombudsman, este puede presentar la denuncia formal por desobediencia a la Ley de la Defensoría de los Habitantes.
- b) El Ombudsman tiene la facultad de pedir la amonestación e inclusive el despido del funcionario²⁸.
- c) Censura pública por actos lesivos a los intereses de los habitantes.
- d) Citación del funcionario a la Defensoría con la facultad de que, si no se presenta, puede ser forzado por la Policía Nacional²⁹.

²⁸ Artículos 14 de la Ley del Defensor de los Habitantes de Costa Rica y 59 de su reglamento.

²⁹ Artículo 27 del Reglamento de la Ley del Defensor de los Habitantes de Costa Rica.

5.6. Panamá

En la actualidad, la Defensoría del Pueblo de Panamá juega un papel importante en la promoción y ejecución de algunos Principios del Buen Gobierno. Como ejemplo, en sus recomendaciones utiliza el principio de la administración democrática, el principio de administración transparente, los principios de derechos humanos sociales y clásicos, y los principios de una adecuada administración.

En cuanto a los principios de *proper administration*, en la mayoría de sus recomendaciones el Defensor del Pueblo panameño recomienda a los servidores públicos el uso de los principios del cuidado debido y el de legalidad³⁰.

Con relación a los principios de participación democrática, el principio de participación pública se establece en la Ley de Transparencia de Panamá, emitida en el 2000³¹. Esta misma ley establece los principios de la administración transparente, tales como los de acceso público, publicidad, responsabilidad y transparencia.

Con respecto al tema del seguimiento de las recomendaciones del Ombudsman panameño, esta Defensoría no cuenta en la actualidad con una oficina específica que se encargue de tal tarea, por lo que se está discutiendo la posibilidad de crear una a fin de fortalecer el trabajo que realiza el magistrado de conciencia a favor de todo el pueblo panameño.

30 Artículo 34 de la Ley General de Procedimiento Administrativo de la República de Panamá.

31 Ver el artículo 24 de la misma ley.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones de la investigación

Al concluir el presente trabajo de investigación, podemos indicar lo siguiente:

- a) El trabajo de los Ombudsman de Holanda y Europa no puede ser comparado con el que realiza el Ombudsman de Guatemala porque, mientras el trabajo de los primeros tiene como función primordial velar por cuestiones de carácter administrativo, el guatemalteco, debido a la historia de país y a lo que estipula la ley, se dedica exclusivamente a la protección de los derechos humanos.
- b) A diferencia de Guatemala, en Holanda la defensa de los derechos humanos ya está garantizada en el sistema de justicia, lo que permite al Ombudsman centrar su interés en otros aspectos.
- c) El seguimiento y el cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman son un instrumento muy importante para la credibilidad de aquel.
- d) Las recomendaciones emitidas por los Ombudsman de Europa, Holanda y Guatemala no tienen carácter vinculante. Su fuerza es únicamente moral y de conciencia.
- e) En los tres casos no existe normativa legal que obligue a los funcionarios y empleados públicos a cumplir con las recomendaciones.
- f) Guatemala cuenta con más mecanismos de seguimiento que los Ombudsman de Europa y Holanda, pero el hecho de que en Europa y Holanda las recomendaciones del Ombudsman se cumplan más que en Guatemala se debe al alto grado de desarrollo de los países europeos.

- g) El uso de los Principios del Buen Gobierno está bien desarrollado en los sistemas holandés y europeo; estos principios son utilizados para garantizar a los ciudadanos una buena administración.
- h) La legislación guatemalteca contiene varios principios comparables a los usados en Europa y Holanda, sin embargo, algunos utilizados por estos últimos aún no se conocen en el ámbito guatemalteco.
- i) En la tarea de fiscalización de la gestión administrativa gubernamental, el Ombudsman de Guatemala puede usar los Principios del Buen Gobierno como mecanismo para codificar la conducta administrativa y, de esta forma, detectar con mayor facilidad casos de mala administración.
- j) Uno de elementos más importantes del alto grado de cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman Nacional de Holanda y del Defensor del Pueblo Europeo es el hecho de que ellos cuentan con la ayuda del Comité de Peticiones de la Cámara Baja -en el caso de Holanda- y del Parlamento Europeo -en el caso del Ombudsman Europeo- que pueden obligar a los servidores públicos a obedecer las recomendaciones de aquellos.
- k) El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala necesita la ayuda del Congreso de la República, a través de la Comisión de Derechos Humanos, para que se obligue a todos los funcionarios a obedecer sus recomendaciones.

6.2. Recomendaciones para el uso de los Principios del Buen Gobierno en el trabajo del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

Recomendaciones legales

- a) Que el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala presente al Congreso de la República una pro-

puesta de ley para que en el país se emita un *Código de Buena Conducta Administrativa*, que incluya todos los Principios del Buen Gobierno, de la administración apropiada, la administración democrática, la administración transparente y la administración de derechos humanos para los funcionarios y empleados públicos. Además, es conveniente que este código designe al Procurador de los Derechos Humanos como el encargado de supervisar el cumplimiento de dicho cuerpo normativo y de recibir las quejas de los ciudadanos sobre este tema.

- b) Promover en todas las instituciones del gobierno, incluyendo la propia Procuraduría de los Derechos Humanos, la implementación de una regulación interna que incluya lineamientos guía sobre el respeto de los Principios del Buen Gobierno.
- c) Que el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, como miembro del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, promueva en la región la incorporación de los Principios del Buen Gobierno en las tareas de los Defensores del Pueblo.
- d) Es necesario que el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala solicite la intervención formal de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República en los casos en que funcionarios y empleados públicos no obedezcan las recomendaciones de la institución.

Recomendaciones prácticas

- a) Al incorporar los Principios del Buen Gobierno a la legislación guatemalteca, estos podrán ser exigidos en nombre de los ciudadanos. Para esto es necesario hacerlos de conocimiento público. El Procurador de los Derechos Humanos, a través del Departamento de Educación, puede llevar a cabo una campaña en el país para transmitir a la ciudadanía el contenido y significado

de tales principios y las formas en que las autoridades los puede infringir.

- b) Llevar a cabo seminarios en las oficinas y dependencias públicas con todos los funcionarios y empleados del gobierno a fin de informar acerca del contenido, los alcances y el respeto que como funcionarios públicos deben tener hacia los Principios del Buen Gobierno. Su aplicación correcta es la base fundamental para el pleno respeto de los derechos humanos de los guatemaltecos.

ANEXO I

CASO PARA DISCUSIÓN

Reunión No. 4

Violación del derecho a la vida en contra del señor Kanubhai Skankards Patel, ciudadano de la India y violación del derecho a la libertad en contra de 42 ciudadanos del mismo país

Introducción

Debido a su situación geográfica, Guatemala es usada como puente por ciudadanos de todo el mundo que tratan de llegar a los Estados Unidos de América. Anualmente, millares de inmigrantes de América Central y de otras partes del mundo son capturados en México y enviados de regreso a Guatemala.

El problema básico consiste en que los funcionarios públicos de México capturan a los indocumentados y los abandonan en la frontera con Guatemala. Las autoridades de Guatemala nunca actúan de manera eficiente y rápida por lo que estas personas son obligadas a vivir en malas condiciones por tiempo indefinido en un lugar llamado “Refugio de Inmigrantes”, que en la realidad es una cárcel

para personas capturadas por las autoridades en sus intentos de viajar hacia Estados Unidos.

CAPÍTULO I

CASO NO. 4

1.1. Resumen del caso

El 3 de diciembre de 2001, se publicó en varios periódicos nacionales una noticia que informaba sobre un ciudadano de origen hindú que cometió suicidio –por ahorcamiento- en uno de los refugios para inmigrantes localizado en la Ciudad de Guatemala.

Antes de su muerte, escribió una carta en la que manifestaba que prefería morir a continuar seguir viviendo de esa manera: en un espacio muy pequeño junto con otros 41 compatriotas suyos, compartiendo todos el mismo baño, localizado en el mismo espacio, y teniendo que comer allí. Las autoridades solamente les permitían tomar el sol una hora al día.

El resto del grupo indicó que ellos también se suicidarían si las autoridades guatemaltecas no les otorgaban su libertad.

1.2. Investigación del Procurador de los Derechos Humanos

El personal de la institución hizo la investigación oficial en el lugar en cuestión y tomó las declaraciones oficiales a los 41 detenidos de la India que aún se encontraban allí con relación al suicidio de su compañero, y también sobre las condiciones generales de vida del resto de ellos.

Se estableció que estos ciudadanos hindúes tenían más de diez meses de estar allí reclusos y en esas condiciones. Habían sido capturados en México a principios del

2001 lo que significaba que habían estado dos meses en aquel país y diez meses en Guatemala. Estas personas habían entrado a México de manera ilegal pero nunca habían pasado por Guatemala, por lo que no habían violado ninguna ley migratoria del país, es decir, su captura había sido ilegal.

El personal de la institución realizó la investigación legal y las entrevistas oficiales en la Dirección General de Migración en la capital, estableciendo que todos los refugios en Guatemala son organizados y pagados por la Embajada de los Estados Unidos. Esta embajada otorgó el dinero a la Dirección General de Migración para mantener a estas personas detenidas a fin de asegurarse que no ingresaran a los Estados Unidos.

Cuando los empleados de la institución preguntaron la razón por la cual estas personas habían permanecido detenidas por tanto tiempo en ese lugar y en esas condiciones, contestaron que se debía a que la India no tiene una embajada en Guatemala por lo que sus muchos arreglos debían hacerse en la Embajada de India en México.

1.3. Resolución del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

El Defensor del Pueblo estableció que en este caso se cometió una violación del derecho humano a la vida en contra el ciudadano hindú que cometió suicidio y, además, una violación del derecho a la libertad del resto de los ciudadanos de aquel país que se encontraban detenidos en el refugio debido a que su captura había sido ilegal.

En su resolución final, el Procurador recomendó a la Dirección General de la Migración de Guatemala realizar los arreglos necesarios para poner inmediatamente en libertad al grupo de hindúes en vista de que no habían violado ninguna ley migratoria nacional.

1.4. Actividades de la Unidad de Seguimiento

Los empleados de la Unidad presentaron un recurso de *habeas corpus* ya que las autoridades de la Dirección General de Migración de Guatemala no actuaron eficientemente, es decir, no permitieron la libertad de los detenidos.

El día en que este recurso fue practicado, la Unidad de Seguimiento sirvió como traductor entre los hindúes y el juez. Además realizó las diligencias pertinentes para trasladar a los detenidos a la Corte Suprema de Justicia y regresarlos al refugio.

Finalmente, el 23 de diciembre de ese mismo año el grupo fue liberado y trasladado por el Procurador de los Derechos Humanos a un refugio católico para inmigrantes.

Después de este caso, el lugar llamado “Refugio” fue cerrado.

CAPÍTULO II

CONTEXTO LEGAL

2.1. Constitución de Guatemala

La Constitución Política establece en el artículo 3 que el Estado de Guatemala garantiza y protege la vida desde la concepción, así como la integridad y la seguridad de las personas.

Por su parte, el artículo 6 de este cuerpo legal indica que ninguna persona puede estar detenida o presa sin una causa penal y en virtud de una orden de juez competente y bajo una base legal. (...) Los detenidos serán puestos a disposición de la autoridad judicial competente dentro de un término de seis horas y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.

El artículo 46 establece el principio general de que en asuntos de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre la ley interna.

2.2. Derecho internacional

2.2.1. La Declaración Universal de los Deberes y Derechos del Hombre establece en el artículo 25 que ninguna persona puede ser detenida sin base legal y en las formas preestablecidas en la ley ... Toda persona que haya sido privada de su libertad tiene el derecho a que un juez competente juzgue en forma inmediata la legalidad de su arresto, de ser juzgado sin excusas y a ser tratado en una manera humana.

2.2.2. La Convención Americana de Derechos Humanos establece:

- a) Artículo 5: Todas las personas tienen el derecho de ser respetadas en su integridad física y moral ... Todas las personas que han sido privadas de su libertad tienen el derecho de ser tratado con el respeto, por su dignidad.
- b) Artículo 7: Todas las personas tienen el derecho de la libertad ... Nadie puede ser detenido sin base legal y en la manera legal establecida en las Constituciones Políticas de los Estados o su ley interna... Nadie puede ser detenido de una manera arbitraria.

Todas las personas que han sido detenidas, tienen el derecho de ser juzgadas de manera rápida por un juez competente para que se restablezca su libertad si se establece que el arresto fue ilegal.

Todas estas garantías (nacionales e internacionales) fueron violadas por el Estado de Guatemala en este caso.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación y la interpretación de la Convención

Interamericana de Derechos Humanos. Este tribunal realiza sus funciones con base en la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.3. Ley del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos establecidos en la Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos y todos los pactos y tratados internacionales aceptados por el país. Una de sus funciones esenciales es la de investigar cualquier clase de denuncias que le sean presentadas por cualquier persona (sin importar la nacionalidad) acerca de violaciones a garantías fundamentales. Asimismo, el Procurador tiene competencia para investigar cualquier caso de violación a los derechos humanos en todo el territorio nacional.

CAPÍTULO III

MI PROPIA EVALUACIÓN DEL CASO

3.1. Derechos afectados según la legislación guatemalteca

3.1.1. Derecho de la vida: Este derecho fue violado ya que el ciudadano hindú decidió matarse a causa de las terribles condiciones del refugio en el que se encontraba detenido. Dicho refugio era responsabilidad del Estado de Guatemala que nunca realizó las diligencias para mejorar las condiciones de las personas detenidas allí, indicando que el dinero para pagar estos refugios provenía de la Embajada de Estados Unidos. No obstante, esto no significa que las autoridades nacionales no deban asumir sus obligaciones acerca de las condiciones generales de los refugiados y realizar los arreglos necesarios para repatriar a los emigrantes a sus países de origen.

3.1.2. Derecho a la detención legal: Este es uno de los derechos individuales establecidos en la Constitución y que en el presente caso fue violado por las autoridades de Migración, quienes nunca presentan a los refugiados ante un juez competente dentro de las siguientes seis horas de su detención, como lo indica el artículo 6 constitucional. Además, los detenidos estaban bajo la autoridad de la Embajada de los Estados Unidos y no bajo la autoridad del juez competente, como está establecido en el mismo artículo.

3.2. Principios del Buen Gobierno afectados

3.2.1. Principios de la administración apropiada

- a) Principio de justificación: Contemplado en la GALA como el principio del razonamiento y desarrollado en el artículo 3:7. Fue violado ya que las autoridades migratorias guatemaltecas nunca informaron a los ciudadanos hindúes las razones por las que estaban en prisión y, además, nunca fueron puestos en libertad.
- b) Principio de prohibición de la arbitrariedad: Se encuentra desarrollado en los artículos 3:4 y 5:13 de la GALA y su violación se debe a que las autoridades migratorias pusieron en prisión a los ciudadanos hindúes sin bases legales para hacerlo.
- c) Principio del debido cuidado: Artículo 3:2 de la GALA. Este principio fue violado por las autoridades de la Dirección de Migración porque nunca trataron el caso con un cuidado formal, es decir, no realizaron los pasos legales y correctos para poner en libertad a los ciudadanos hindúes. Además, el tratamiento recibido por los detenidos no fue el adecuado y las autoridades nunca hicieron una investigación oportuna para establecer las verdaderas condiciones de estas personas.

3.2.2. Principios de los derechos humanos clásicos: En este caso se cometió una violación de los derechos al de-

bido proceso -como el derecho a un juicio justo, la igualdad ante los tribunales- y del principio *nulla poena sine lege*.

3.3. Principios europeos afectados

Todos estos principios pueden ser relacionados con los Principios del Buen Gobierno desarrollados a nivel europeo, tales como:

- a) Responsabilidad: Este principio se vio afectado a raíz de que las autoridades no tomaron responsabilidad de sus acciones.
- b) Eficacia: Afectado a causa de la falta de transparencia en este tipo de casos y debido a que el derecho a la libertad de estas personas fue seriamente violado.
- c) Coherencia: Quebrantado porque a pesar de que el gobierno siempre busca un tratamiento beneficioso para los millones de ciudadanos guatemaltecos que emigran ilegalmente a otros países -especialmente a los Estados Unidos- no otorga el mismo tratamiento con los extranjeros que entran de forma irregular al país. Esta situación afecta claramente el principio de proporcionalidad ya que en la legislación guatemalteca la entrada ilegal no es un crimen, por lo que el Estado no debió poner a estas personas en prisión.

ANEXO II

CASO PARA DISCUSIÓN

Reunión No. 5

Extorsión y amenazas en contra del señor Salomón Carrera cometidos por la Policía Nacional Civil de Guatemala

Introducción

Uno de los problemas que encara la sociedad guatemalteca es el alto índice de corrupción en todas las instituciones públicas. Esto incluye a la Policía Nacional Civil en cuyas líneas existen miles de agentes que extorsionan a ciudadanos, amenazándoles con causarles daño o implicarlos en algún crimen si no cancelan una determinada cantidad de dinero.

CAPÍTULO I

CASO NO. 5

1.1. Resumen del caso

En agosto de 2000, el señor Salomón Carrera Salazar se presentó a una comisaría de la Policía Nacional Civil a fin de hacer la denuncia de un robo. Dos agentes del Servicio de la Investigación Criminal de la Policía, al enterarse de que era una persona con altos recursos económicos, en lugar de investigar el robo, empezaron a seguirle para conocer todos sus movimientos y los de su familia, así como sobre sus propiedades. Comenzaron a extorsionarlo exigiéndole la suma de 15,000 quetzales a cambio de no raptar o matar a algún miembro de su familia; desde entonces, fue objeto de constantes llamadas anónimas para amenazarle de muerte a él y su familia.

La amenaza consistía en que, por la posición de trabajo que estos agentes tenían en la Oficina de Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil, ellos podían ordenar a sus inferiores que implicaran al afectado en un crimen que estuviera bajo investigación en esa dependencia.

1.2. La investigación del Ombudsman guatemalteco

El personal del Área de Derechos Individuales hizo la investigación oficial del caso. Al entrevistar al afectado, este indicó que cuando se presentó a la comisaría a realizar la denuncia por robo, los agentes de la policía le interrogaron acerca de sus propiedades y cuentas bancarias. En los días siguientes él y su familia notaron que eran perseguidos por los agentes de la Policía Nacional quienes, posteriormente, le amenazaron para que pagara la suma de 15,000 quetzales.

El personal del Procurador de los Derechos Humanos coordinó con los miembros del Departamento de Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil un operativo policial para capturar a los agentes implicados, estableciéndose que pertenecían a la Sección de Robos y Atracos de aquella dependencia. Desgraciadamente -por razones que se ignoran- uno de los agentes capturados escapó de sus aprehensores.

1.3. Resolución del Procurador de los Derechos Humanos

En la resolución final, el Ombudsman estableció que en este caso se cometió una violación del derecho humano a la seguridad debido a las amenazas de muerte y extorsión cometidas por los agentes de la Policía Nacional Civil de Guatemala contra el señor Carrera Salazar. También se estableció que existió una mala conducta administrativa en contra de los intereses del afectado cometida por los agentes del Servicio de Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil, quienes permitieron la fuga de uno de los agentes.

En su recomendación, el Procurador solicitó la aplicación del procedimiento disciplinario correspondiente contra los agentes ofensores y contra los agentes que permitieron la fuga del agente Rodas, así como iniciar el proceso legal para ponerlos en prisión.

1.4. Actividades de la Unidad de Seguimiento

El caso fue transferido a la Unidad de Seguimiento que se hizo cargo de lograr la ejecución de la recomendación del Procurador. En ese sentido, fueron practicadas todas las diligencias legales para lograr que el agente capturado fuera puesto a la disposición de un juez competente y se le acusara del delito de extorsión establecido en la ley guatemalteca.

Igualmente, se logró que los dos agentes que permitieron la fuga del otro agente ofensor fueran sometidos a un procedimiento legal para ser sancionados posteriormente.

CAPÍTULO II

CONTEXTO LEGAL

2.1. Constitución de Guatemala

La Constitución Política establece en su artículo 2 que es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. En lo conducente, el artículo 4 manifiesta que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que disminuya la dignidad humana.

Adicionalmente, el artículo 5 indica que nadie puede ser obligado a obedecer órdenes que no estén basadas en la ley y emitidas de conformidad a ellas.

El artículo 154 establece que los servidores públicos reciben, por su autoridad, responsabilidad legal por su

conducta, que están sujetos a la ley y no son superiores a ella.

Por su parte, el artículo 155 expresa que, cuando un funcionario o trabajador del Estado en el ejercicio de su función infringe la ley en perjuicio de los ciudadanos, el Estado o la institución del Estado a la que sirve el funcionario es responsable de los daños.

2.2. Derecho internacional

El Código de Buena Conducta para funcionarios a cargo de hacer cumplir la ley, aprobado por las Naciones Unidas, incluye dentro de la categoría de funcionarios a los agentes de policía y los ejércitos, uniformados o no, y a las fuerzas de la seguridad del Estado. También declara que estos funcionarios deben respetar la dignidad humana, mantener y defender los derechos humanos de las personas, cumplir en todo momento con los deberes que la ley les impone, servir y proteger a las personas contra actos ilegales con el alto grado de responsabilidad que su profesión les demanda.

2.3. Ley del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos establecidos en la Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos y todos los pactos y tratados internacionales aceptados por el país. Una de sus funciones esenciales es la de investigar cualquier clase de denuncias que le sean presentadas por cualquier persona acerca de infracciones a las garantías fundamentales.

CAPÍTULO III

MI PROPIA EVALUACIÓN DEL CASO

3.1. Derechos afectados según la legislación guatemalteca

3.1.1. Derechos a libertad e igualdad: Estos derechos se violaron ya que el ofendido vio amenazadas su dignidad y libertad y las de su familia al ser extorsionado e intimidado por los agentes de la Policía Nacional para que pagara la cantidad exigida.

3.1.2. Derecho a la seguridad: Este derecho se violó por las amenazas de muerte y la extorsión de que fue objeto el afectado y cometido por dos agentes de seguridad, quienes están forzados legalmente a proporcionarle seguridad y no a quitársela.

3.2. Principios del Buen Gobierno afectados

3.2.1. Principios de la administración apropiada

Prohibición del abuso del poder: Artículo 3:3 de la GALA. Este principio establece la prohibición para las entidades administrativas de abusar del poder que tienen. En este caso este principio fue violentado ya que los agentes ofensores amenazaron a una persona civil con hacerle a él o a su familia un daño o implicarlos en un crimen, aprovechándose del acceso y el poder que tenían en el Departamento de Policía.

3.3. Principios europeos afectados

Este caso se puede relacionar con los Principios del Defensor del Pueblo Europeo establecidos en el Código de Buena Conducta Administrativa:

- a) *Legalidad:* Este principio establece que los funcionarios deben actuar de acuerdo a la ley y aplicar las reglas y los procedimientos que se encuentran en la le-

gislación. En este caso, los agentes del Departamento de Policía actuaron fuera de un procedimiento legal y al margen de la ley.

- b) *Expectación legítima, consistencia y consejo*: este principio establece que los funcionarios son responsables de su propia conducta, así como también de las acciones administrativas de la institución. En este caso, los funcionarios del Departamento de Policía actuaron de una manera diferente de los motivos para los que la institución fue creada como, por ejemplo, dar seguridad.

Este principio también establece que el funcionario debe respeto a las legítimas expectativas que los ciudadanos tienen acerca de la conducta de las instituciones. De acuerdo con esto, se supone que si se solicita la ayuda de un policía, eso es lo que se espera recibir ya que ese es uno de los propósitos para los que se creó esa institución. Por consiguiente, nadie espera recibir una extorsión por parte de los miembros de una institución que se estableció para brindar seguridad a todos los ciudadanos, tal como sucedió en el caso de estudio.

- c) *Ausencia del abuso del poder*: En este principio podemos encontrar que los poderes se ejercerán únicamente con el propósito para el cual han sido creados. El funcionario debe evitar el uso de este poder para un propósito diferente. En este caso, los funcionarios del Departamento de Policía abusaron del poder que tenían para obligar el afectado a pagarles dinero.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y documentos

- Addink, G. H. “Los Principios del Buen Gobierno. Nuevo desarrollo en los criterios utilizados por los Ombudsman en la América Central, en la Unión Europea y en Holanda”. Universidad de Utrecht, Holanda, 26 de junio de 2003.
- Addink, G. H. Principios del Buen Gobierno. Universidad de Utrecht, Holanda, 2003.
- Defensor del Pueblo Europeo. Guía para los ciudadanos. Bruselas, Bélgica, 2002.
- Defensor del Pueblo Europeo. Informe Anual 2002, Bruselas, Bélgica.
- Defensor del Pueblo Europeo. ¿Le Puede Ayudar? (folleto). Bruselas, Bélgica, 2003.
- Fernández, Beatriz. Los Principios y los criterios utilizados por los Ombudsman de Guatemala, de Holanda y el Defensor del Pueblo Europeo. Utrecht, Holanda, 2002.
- Lorenzana, Gerson. Las diferencias y las similitudes entre el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala y el Ombudsman de Holanda. Utrecht, Holanda, 2001.
- Ombudsman Nacional de Holanda. Resumen del Informe Anual 2002. La Haya, Holanda. Marzo de 2003.
- Ombudsman Nacional de Holanda. Una breve introducción, La Haya, Holanda. Noviembre, 2002.
- Quinto, Javier. El cumplimiento de las recomendaciones. Una comparación perspectiva de Nicaragua, Holanda y la Unión Europea. Utrecht, Holanda, 2002.

Leyes

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Defensor del Pueblo Europeo. Código de Buena Conducta Administrativa. Luxemburgo, 2003.
- Ley del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala. Decretos número 54-86 y 32-87 del Congreso de la República de Guatemala.

**Cumplimiento y exigibilidad de las
recomendaciones del Ombudsman considerando
los Principios de Buen Gobierno en el Reino de los
Países Bajos y la República de Panamá**
Sol Mayré Gómez Quiroz
Defensoría del Pueblo de la República de Panamá

Índice

INTRODUCCIÓN438

CAPÍTULO I

*MARCO INSTITUCIONAL DE LA DEFENSORÍA DEL
PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ EN ATEN-
CIÓN A LA NATURALEZA DE SUS RECOMENDACIONES*440

- 1.1. La Defensoría del Pueblo como institución de control de las actuaciones de la administración pública440
- 1.2. Naturaleza y características de las recomendaciones del Defensor del Pueblo442
- 1.3. Recomendaciones del Defensor del Pueblo y los Principios de Buen Gobierno444

1.4. El Defensor del Pueblo y el derecho a una buena
administración449

CAPÍTULO II

*CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LAS RECO-
MENDACIONES DEL OMBUDSMAN DEL REINO DE
LOS PAÍSES BAJOS451*

2.1. Competencia del Ombudsman451

2.2. Métodos de investigación452

2.3. Criterios de evaluación453

2.4. Conclusión de la investigación454

2.5. Cumplimiento y exigibilidad de las
recomendaciones456

2.6. Motivos de las frecuentes quejas en contra de
la administración pública458

2.7. Estadísticas458

CAPÍTULO III

*CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LAS RECO-
MENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EU-
ROPEO459*

3.1. Competencia del Defensor del Pueblo459

3.2. Proceso de investigación de las reclamaciones
presentadas ante el Defensor del Pueblo463

3.3. Conclusión de las investigaciones464

3.4. Cumplimiento de las recomendaciones466

3.5. Exigibilidad de las recomendaciones466

3.6. Estadísticas467

CAPÍTULO IV

CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LAS RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE PANAMÁ468

- 4.1. Deber de los servidores públicos de contestar en un término de treinta días calendario si aceptan o no las recomendaciones del Defensor del Pueblo468
- 4.2. El Defensor del Pueblo y la censura pública ...469
- 4.3. Informe anual e informes especiales471

CAPÍTULO V

EL DEFENSOR DEL PUEBLO PANAMEÑO Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA473

- 5.1. Ley de Transparencia473
- 5.2. Principios de Buen Gobierno y la Ley de Transparencia474
- 5.3. Hábeas data475
- 5.4. El Defensor del Pueblo y el acceso a la información pública477

CAPÍTULO VI

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LAS RECOMENDACIONES DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO EUROPEO, NACIONAL DEL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS Y DE PANAMÁ480

- 6.1. Similitudes480
- 6.2. Diferencias481

CONCLUSIONES482

RECOMENDACIONES482

BIBLIOGRAFÍA485

INTRODUCCIÓN

El Ombudsman es una autoridad independiente de todo órgano del Estado, encargada de garantizar la protección de los derechos humanos de toda persona en el ejercicio de su función de control de los actos de la administración pública.

En virtud de la responsabilidad a su cargo, tiene la facultad de inquirir sobre los actos, hechos u omisiones de la administración pública con el propósito de determinar durante el proceso de las investigaciones que realice si efectivamente han sido vulnerados los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Constitución, los convenios internacionales sobre derechos humanos y las leyes.

El Ombudsman ejerce un control no jurisdiccional de la administración pública en la defensa de los derechos humanos, por tanto, las resoluciones que expide o emite durante el proceso de investigación de las quejas presentadas carece de coactividad y coercitividad; estas son de carácter moral y cívico.

No obstante, sus recomendaciones tienen como principal objetivo contribuir en el mejoramiento de las actuaciones y conducta de los funcionarios públicos, con miras a obtener una eficiente y eficaz administración pública que garantice el estado de derecho.

En este orden de ideas, es relevante determinar los criterios que el Ombudsman utiliza en las recomendaciones que instan y motivan a los funcionarios o autoridades públicas a reconocer y actuar no solamente de conformidad con el principio de legalidad en el ejercicio de sus atribuciones, sino también con base en un modelo de buena conducta. Esto garantizaría el cumplimiento de otros principios que se encuentran explícita o implícitamente en el ordenamiento jurídico y que, si fuesen aplicados o considerados en sus actuaciones, se observaría el derecho huma-

no a una buena administración, evitándose la vulneración de otros derechos fundamentales.

La importancia del vínculo existente entre los Principios de Buen Gobierno y los derechos humanos radica en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y, al mismo tiempo, refuerza el estado de derecho, lo que permite la integración de una sociedad democrática y participativa en la que se respetan los derechos fundamentales.

De lo antes expresado se deriva la importancia de darle seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones presentadas por el Ombudsman a la administración pública de manera tal que se alcance el objetivo de contribuir a mejorar la prestación del servicio público, el manejo transparente de la cosa pública y la integración de la sociedad en el proceso de toma de decisiones entre otros aportes, obteniéndose así una eficiente y eficaz administración pública que cumpla con sus deberes y respete los derechos e intereses de los gobernados.

Para cumplir con el objetivo de esta investigación hacemos referencia a la competencia del Defensor del Pueblo de Panamá, el procedimiento de investigación, así como a sus resoluciones y recomendaciones.

El primer capítulo se refiere a la Defensoría del Pueblo de Panamá como institución de control de las actuaciones de la administración pública, la naturaleza y características de sus recomendaciones, los Principios de Buen Gobierno -que con frecuencia se aplican en atención a la naturaleza de las quejas investigadas- y cómo puede aquella contribuir al reconocimiento del derecho a una buena administración por parte de los ciudadanos y como deber por parte de los funcionarios públicos.

En el segundo capítulo hacemos mención a la tarea del Ombudsman Nacional del Reino de los Países Bajos, su competencia, métodos de investigación, las diferentes for-

mas por las cuales se puede concluir una investigación y sobre el cumplimiento y exigibilidad de las sus recomendaciones.

En el tercer capítulo nos hemos enfocado en la tarea del Defensor del Pueblo Europeo, las diferentes formas para concluir con la investigación de un caso y sobre el cumplimiento y exigibilidad de sus recomendaciones.

En el cuarto capítulo desarrollamos las diferentes alternativas que pueden ser consideradas por el Defensor del Pueblo de Panamá para el cumplimiento y exigibilidad de sus recomendaciones.

El quinto capítulo se refiere al vínculo entre el Defensor del Pueblo de Panamá y el principio de transparencia.

Finalmente, en el sexto capítulo plasmamos las similitudes y diferencias existentes entre las recomendaciones de los Ombudsman Nacional del Reino de los Países Bajos, Europa y Panamá.

CAPÍTULO I

MARCO INSTITUCIONAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN ATENCIÓN A LA NATURALEZA DE SUS RECOMENDACIONES

1.1. La Defensoría del Pueblo como institución de control de las actuaciones de la administración pública

La Defensoría del Pueblo, como institución encargada de velar por la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República de Panamá y por los previstos en las convenciones internacionales de derechos humanos y la ley, ejerce una función esencial de control y fiscalización de los actos, hechos y omisiones de los servidores públicos así como de aquellos que presten servicios públicos.

La Defensoría se ha consolidado como una institución que contribuye al fortalecimiento de la democracia y que refuerza las instituciones y mecanismos de control de la administración pública ya existentes.

Tiene como objetivos generales el control no jurisdiccional de la administración pública y la defensa de los derechos humanos, constituyéndose como una instancia efectiva ante los abusos del poder público y que responde a las exigencias de la población con relación al respeto de sus derechos y garantías cuando han sido infringidos.

En atención a esa función fiscalizadora, le corresponde “inquirir sobre los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública, incluyendo como tal al Órgano Ejecutivo, a los gobiernos locales y a la Fuerza Pública, que pudieran haberse realizado irregularmente”¹.

En este sentido podemos decir que tiene la facultad de investigar las actuaciones de la administración pública que no se ejecutaron de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico con relación a los Principios de Buen Gobierno, contemplados en forma explícita o implícita, que permiten una buena administración en interés de los gobernados.

“Buen Gobierno es la administración competente de los asuntos y recursos del país considerando el acceso a la información pública, la transparencia, la equidad y que responda a las necesidades de las personas”².

Si la administración pública ejerce sus atribuciones en atención a estos elementos con miras a alcanzar la excelencia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos y en el manejo de la cosa pública, entonces podemos decir que estamos en presencia de un gobierno respetuoso de los derechos humanos.

1 Artículo 4 de la ley N° 7 de 5 de febrero de 1997.

2 Agencia Australiana para el Desarrollo Internacional. Buen Gobierno. Guía para la Implementación de Principios. Tomado de www.asuaid.gov.au

El Defensor del Pueblo concluye las investigaciones de las denuncias que se le presentan mediante la expedición de resoluciones, dando a conocer a la administración pública sus recomendaciones.

Las recomendaciones del Defensor del Pueblo, debido a la naturaleza de la institución, son de carácter moral y cívico, es decir, no son vinculantes ya que carecen de un poder coactivo y coercitivo que obligue a las autoridades públicas y a los órganos del Estado a ejecutar o acatar su criterio y sugerencias.

1.2. Naturaleza y características de las recomendaciones del Defensor del Pueblo

Las recomendaciones presentadas por el Defensor del Pueblo a la administración pública carecen de una exigibilidad directa debido a la naturaleza de su principal atribución: ejercer un control no jurisdiccional; por tanto, son de carácter moral y cívico.

Las resoluciones del Defensor del Pueblo no anulan los actos ni resoluciones de la administración pública; tampoco suspenden los plazos o procedimientos, ni sustituyen el ejercicio de otras acciones y garantías administrativas o jurisdiccionales a las que tenga derecho el peticionario de acuerdo con el ordenamiento jurídico³.

De lo mencionado anteriormente, podemos señalar que si bien es cierto las recomendaciones del Defensor del Pueblo carecen de exigibilidad en lo que respecta a su cumplimiento por parte de las autoridades públicas, aquellas sí pueden sugerir la modificación, rectificación o anulación de los actos emitidos por estas cuando, como resultado de las investigaciones realizadas, se desprenda la violación de los derechos humanos.

³ Artículo 32, ley N° 7 de 5 de febrero de 1997.

Considerando que las recomendaciones del Defensor del Pueblo no son exigibles ante la administración pública- por tanto no son de obligatorio cumplimiento- este debe apoyarse en los elementos que caracterizan el pleno ejercicio de sus atribuciones, como la transparencia, imparcialidad, objetividad, independencia y el estricto cumplimiento del principio de legalidad, a fin de motivar e instar a las autoridades públicas a cumplir o acatar las recomendaciones presentadas con el propósito de enmendar el derecho humano infringido y contribuir a mejorar la calidad de los servicios públicos mediante propuestas relacionadas con su funcionamiento.

El Defensor del Pueblo está facultado para formular a los servidores públicos un *Recordatorio de Deberes Constitucionales y Legales* por incumplimiento de deberes que les corresponden, de conformidad con las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico. Esta medida puede ser adoptada en caso de flagrante violación a los derechos fundamentales, la renuencia o resistencia por parte del servidor o autoridad pública a cumplir con los mandamientos legales, considerando la complejidad del caso objeto de investigación.

Es importante mencionar con relación al aspecto de renuencia o resistencia por parte del funcionario a cumplir con sus deberes legales que, previo a la expedición de esta clase de resolución, se buscan alternativas que permitan obtener la colaboración y rectificación de las actuaciones por parte de la administración pública, presentando en forma clara, detallada y explícita la relación de los hechos y el fundamento de derecho que motivan ese llamado de atención con el fin de permitirle observar con objetividad la necesidad de modificar la actuación administrativa.

Las recomendaciones y recordatorios del Defensor del Pueblo son presentados a los órganos del Estado, instituciones o funcionarios de la administración pública, quienes tienen el deber de contestar por escrito y en forma mo-

tivada, en el término de treinta días calendario, si aceptan o no las sugerencias⁴.

1.3. Las recomendaciones del Defensor del Pueblo y los Principios de Buen Gobierno

El ordenamiento jurídico panameño no contempla explícitamente los *Principios de Buen Gobierno* ni tampoco una lista taxativa de ellos; sin embargo, el Defensor del Pueblo ha encaminado sus recomendaciones al cumplimiento y observancia por parte de las autoridades a los principios que se desprenden de la normativa constitucional y legal, nacional e internacional.

En virtud de lo anterior es importante hacer mención a los Principios de Buen Gobierno que usualmente son contemplados en las recomendaciones del Defensor del Pueblo en atención a la naturaleza de las quejas presentadas que frecuentemente son objeto de nuestra investigación:

• Principio de legalidad

En el sistema legal panameño es el principio rector de las actuaciones de la administración pública, contemplado en el artículo 18 de la Constitución Política que señala que los funcionarios públicos solamente pueden hacer lo que les permite la ley; asimismo, la Ley del Procedimiento Administrativo General (ley 38 de 2000) señala en el artículo 34 que las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con apego al principio de estricta legalidad.

Este principio en el sistema legal holandés está vinculado al principio de prohibición de abuso de poder, el cual establece la prohibición de las autoridades administrativas a utilizar la fuerza para propósitos diferentes para lo que le fue otorgada. (Ley General de los Actos Administrativos en el artículo 3.3).

⁴ Artículo 33, ley N° 7 de 5 de febrero de 1997.

El Defensor del Pueblo insta a la administración a actuar de conformidad con estricto apego de lo que establece el ordenamiento jurídico a fin de respetar los derechos individuales y evitar con la ilegalidad de sus actos la infracción de los derechos humanos consagrados en los diferentes instrumentos legales.

• **Principio del debido cuidado**

Es definido como “la obligación de preparar un acto administrativo (u otro acto legal) cuidadosamente”⁵. Este principio se compone de tres elementos:

- Investigar el caso con la finalidad de buscar la información que debe considerarse en la toma de decisión.
- Dar a las partes oportunidades procesales para otorgarle a las entidades administrativas la información relacionada con la materia investigada y los intereses de las partes previo a la toma de decisiones.
- Identificar adecuadamente los hechos e intereses relevantes relacionados con la decisión⁶.

En Panamá este principio está relacionado con el principio del debido proceso administrativo, desarrollado en forma amplia y detallada en la Ley del Procedimiento Administrativo General (ley 38 de 2000).

Dicho principio es infringido frecuentemente por la administración pública, afectando con su incumplimiento intereses particulares. Por esta razón, el Defensor del Pueblo le recomienda a aquella cumplir con el procedimiento previamente establecido en la ley sin retraso y dilación; asimismo, destaca la importancia de la inmediación que debe existir entre la administración y las partes interesa-

⁵ Langbroek, Philip M. Principios de Buen Gobierno, capítulo 4, Principios generales de una administración adecuada en el derecho administrativo holandés, p. 33.

⁶ Ibid, p. 34.

das, teniendo estas el derecho a conocer el estado en el que se encuentra el trámite a fin de poder presentar las diligencias procesales oportunamente para impulsar el desarrollo del proceso.

• **Principio de participación pública**

En el sistema holandés este principio se encuentra regulado en la Ley General de los Actos Administrativos y se caracteriza por los siguientes elementos:

- Derecho de toda persona interesada a participar en el proceso de toma de decisiones.
- Derecho de acceso a la información.
- Derecho a presentar objeciones.
- Derecho a ser escuchado por la autoridad competente.
- Derecho a recurrir ante la Corte.

Considerando que este principio es uno de los pilares que contribuye al fortalecimiento de la democracia participativa, el Defensor del Pueblo promueve y participa con sus actuaciones en la integración de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, y en el proceso previo a la toma de decisiones por parte de la administración pública como institución garante de la defensa de los derechos colectivos como, por ejemplo, el derecho a un ambiente sano.

El Principio de participación pública está regulado en materia ambiental en el Decreto Ejecutivo 59 de 2000, que reglamenta el proceso de evaluación de impacto ambiental y en la ley 6 de 22 de enero de 2002 (Ley de Transparencia) como mecanismo para obtener la transparencia en los actos de la administración pública.

• Principio de transparencia

Este principio no está regulado en forma explícita en el sistema legal holandés. Según la doctrina incluye varios elementos que deben ser considerados por la administración pública:

- Acceso a la información.
- Rendición de cuentas por parte de la administración.
- Acceso al proceso de toma de decisiones.
- Consulta a la población.
- Deber de motivar los actos administrativos⁷.

El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa contempla este principio en los artículos 21 y 22 que hacen referencia a la protección de información personal y a la solicitud de información a las instituciones u organismos de la Unión Europea, respectivamente.

En Panamá se dictó la ley 6 de 2000 sobre las normas para la transparencia en la gestión pública con la finalidad de establecer el derecho de acceso a la información como un derecho ciudadano y los recursos legales para hacer valer ese derecho, entre otros. Esta ley también desarrolló los principios de publicidad, acceso público, participación ciudadana y rendición de cuentas por parte de la administración pública y el derecho a la intimidad de los particulares, todos contemplados como mecanismos para prevenir la corrupción y para hacer del gobierno un ente transparente, participativo y accesible a la ciudadanía.

El Defensor del Pueblo, en apoyo al proyecto de esta ley y con el propósito de promover la transparencia en el manejo de los recursos del Estado, antes de su vigencia,

⁷ Tomkins, Adam. Principios de Buen Gobierno, La transparencia y su aparición en el Derecho Administrativo Europeo, p. 173.

puso en conocimiento de la ciudadanía, en su página web en internet, toda la información financiera de la institución para incentivar entre los ciudadanos el concepto de ‘auditor ciudadano’ como un instrumento en la lucha contra la corrupción.

Asimismo creó el proyecto de ‘Nodo de Transparencia’ en su página web, el cual consiste en poner a disposición de la ciudadanía toda la información relacionada con la contratación y designación de funcionarios, planillas, gastos de representación, costos de viajes, pagos por concepto de viáticos y otros de los funcionarios y/o de otras personas que desempeñan funciones públicas.

En relación con lo anterior, y con fundamento en el artículo 11 de la Ley de Transparencia, el Defensor del Pueblo requirió a todas las instituciones del sector público la información de carácter público para ingresarla al Nodo de Transparencia. Pese a que en esta materia ha habido un gran avance existe aún la resistencia de instituciones a remitirla, por lo que el Ombudsman presentó ante la Corte Suprema de Justicia cuatro acciones de hábeas data que es el instrumento legal que permite garantizar el derecho de acceso a la información. Esta acción será desarrollada en forma detallada más adelante.

Observamos con estas acciones que el Defensor del Pueblo se ha comprometido a contribuir en la lucha contra la corrupción.

• Principio de derechos humanos en la administración

Un buen gobierno está vinculado con los elementos de democracia, respeto de los derechos humanos, la ley, eficiencia, rendición de cuentas y la transparencia en el gobierno y la administración pública⁸.

⁸ Saleh, J. M. Principios de Buen Gobierno, Buen Gobierno, Derechos Humanos, Desarrollo y Cooperación, p. 435.

Este principio implica la protección de la dignidad inherente a todo individuo así como de la de sus derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. El Defensor del Pueblo diariamente lo aplica en el ejercicio de sus atribuciones, toda vez que actúa en la defensa y protección de los derechos consagrados en el Título III de Deberes y Derechos Individuales y Sociales de las Constitución Política de la República de Panamá y todos los previstos en los convenios internacionales de derechos humanos y la ley.

En virtud de lo anterior, busca los medios alternos de solución de conflictos durante el proceso de investigación de las quejas con el propósito de encontrar las alternativas o la solución que eviten la infracción de los derechos humanos por parte de la administración pública o para que se enmiende el derecho vulnerado.

1.4. El Defensor del Pueblo y el derecho a una buena administración

El *derecho a una buena administración* está contemplado en artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada en la Cumbre de Niza en el año 2000, como un derecho fundamental de los ciudadanos y que también consagra el derecho de someter los casos de mala administración al Defensor del Pueblo de la Unión. Este derecho incluye los siguientes elementos:

- El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
- El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

- La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

Este derecho ha sido desarrollado por el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, al que haremos referencia en uno de los capítulos posteriores.

El Defensor del Pueblo tiene un rol importante en la promoción del principio de buena administración como elemento esencial que contribuye a la ejecución plena de los Principios de Buen Gobierno, toda vez que -según mi criterio- este es el principio rector para lograr la eficiencia en la administración pública, viéndolo analíticamente de lo general a lo particular.

No obstante, considerando la posibilidad de incorporar este principio en el ordenamiento jurídico panameño, este debe ser desarrollado en forma más amplia de manera tal que contemple los elementos necesarios que permitan alcanzar la calidad en los servicios públicos y una gestión administrativa que cumpla con los principios de legalidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad⁹.

Es importante promocionar este principio no sólo como un derecho de los individuos sino también como un deber por parte de los funcionarios que conforman la administración pública, haciendo énfasis en los siguientes aspectos:

- *Derecho a una buena administración:* Los ciudadanos deben ser agentes activos en la administración pública, ejecutando acciones de participación pública y de control social que les permita fiscalizar las actuaciones administrativas y exigir, consecuentemente, la transparencia en las gestiones estatales.
- *Deber de brindar una buena administración:* Fomentar y concienciar a los funcionarios públicos a ejercer sus

⁹ Artículo 9, ley N° 7 de 5 de febrero de 1997.

atribuciones con compromiso democrático y con vocación de servicio público.

Previo a la promoción de este principio, existe la necesidad de determinar los avances y las deficiencias del sistema para presentar las propuestas que contribuyan a su mejoramiento y funcionamiento, y se garantice la legalidad y calidad de la administración del Estado.

Al respecto, es fundamental indicar que este rol es una atribución compartida con la Procuraduría de la Administración, institución encargada de defender el estado de derecho y mejorar la calidad de los servicios públicos; en este sentido, igualmente investiga las quejas contra las actuaciones de los servidores públicos.

Sin embargo, consideramos relevante la definición en forma explícita en el ordenamiento jurídico y en el ámbito de competencia de ambas instituciones en cuanto a las investigaciones de los actos, hechos u omisiones de los funcionarios públicos, de manera tal que no exista dualidad de competencias.

CAPÍTULO II

CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LAS RECOMENDACIONES DEL OMBUDSMAN NACIONAL DE LOS PAÍSES BAJOS

2.1. Competencia del Ombudsman de los Países Bajos

La principal tarea del Ombudsman es investigar las acciones de las autoridades administrativas y decidir si son impropias o no. Hay dos formas en las que puede llevar a cabo una investigación:

- *Presentación de petición:* cualquier persona tiene el derecho de solicitar al Ombudsman, por escrito, la in-

investigación de las actuaciones de una autoridad administrativa en relación con una persona natural o jurídica en determinado asunto dentro del término de un año contado a partir del día en que se originó el acto administrativo.

En principio, antes de acudir ante el Ombudsman, el peticionario debe presentar la queja a la autoridad, órgano o funcionario administrativo, permitiendo la oportunidad de dar una explicación.

- *De oficio*: el Ombudsman tiene la facultad de iniciar una investigación por iniciativa propia sobre la manera en que una autoridad administrativa ha actuado en determinado asunto.

Según la definición contenida en la sección 1:1 de la Ley General de los Actos Administrativos, los poderes legislativo y judicial, el Concejo de Estado y el Tribunal de Auditoría de los Países Bajos no son considerados como autoridades administrativas, por lo que no compete al Ombudsman Nacional investigarlos. La Ley de Organización Judicial y la Ley del Concejo de Estado establecen sus propias disposiciones para atender las quejas contra los jueces.

El Ombudsman tampoco es competente para investigar las acciones que son objeto de la jurisdicción de los tribunales.

2.2. Métodos de investigación

2.2.1. Método del informe

Es una investigación que permite analizar los hechos considerando las acciones de las autoridades administrativas en la cual el Ombudsman determinará si los actos son o no “apropiados”. Permite a ambas partes presentar sus argumentos. El Ombudsman debe notificarles los resultados antes de elaborar el informe.

2.2.2. Método de la intervención

Este método es frecuentemente utilizado en los casos que requieren de una intervención inmediata por parte del Ombudsman para que el problema sea resuelto a través de una acción efectiva.

El Ombudsman decide si le informa a las autoridades administrativas sobre la queja presentada. En caso afirmativo, les solicita información relacionada con posibles alternativas que solucionen el problema. En la práctica, este método permite brindarle al peticionario una respuesta rápida por parte de las autoridades administrativas, aclarar la queja u obtener una promesa para ejecutar una acción posterior tendiente a la resolución del caso. El peticionario usualmente alcanza su objetivo por lo que no demuestra interés en continuar con la investigación. Después de una intervención exitosa, el Ombudsman le informará a las partes por escrito la decisión de continuar con la investigación.

2.3. Criterios de evaluación

Los criterios de evaluación utilizados por el Ombudsman se dividen en dos grupos. El primer grupo está integrado por el concepto de las reglas de derecho, las normas legales y los principios legales no escritos. Por consiguiente, el Ombudsman revisa la acción objeto de investigación a la luz de las normas del derecho, tales como los derechos humanos y derechos constitucionales, la competencia, los procedimientos y la substancia.

Por otro lado, revisa la acción a la luz de los principios legales no escritos y desarrolla la jurisprudencia y la doctrina legal -que son igualmente relevantes en una decisión- considerando la legalidad de la conducta de las autoridades administrativas. Existen algunos ejemplos estándares que pueden ser considerados en tales decisiones que incluyen los principios de igual trato a casos iguales,

sensatez, proporcionalidad, certeza legal y legítimas expectativas, motivación de las decisiones y el de debido cuidado.

Este segundo grupo goza de importancia ya que no toda acción del gobierno cumple con el principio de legalidad. En este contexto, el Ombudsman utiliza los estándares como guías o parámetros para un buen gobierno a fin de contribuir a la corrección de los actos de las autoridades del poder ejecutivo.

Tales parámetros pueden resumirse en un deber de cuidado amplio que se manifiesta en ciertos estándares aceptados para el proceso administrativo y en la conducta de los funcionarios públicos con relación a los individuos. Estos incluyen los requisitos para actuar sin demora, el suministro de información relevante a los individuos, escuchar las opiniones de las personas, un trato justo, el respeto a la dignidad humana y la imparcialidad.

El Ombudsman aplica estos criterios en las deliberaciones de la conducta investigada hasta adoptar una decisión final.

2.4. Conclusión de la investigación

Como señaláramos previamente, la investigación de los hechos concluye con una presentación de resultados o resolución. Esta presentación de resultados se remite al peticionario, a la autoridad administrativa y al funcionario cuya acción ha sido el objeto de la investigación. Ellos tienen dos semanas para hacer sus comentarios. Este procedimiento asegura que los hechos en relación con la acción investigada sean determinantes.

La investigación algunas veces refleja que la autoridad administrativa está en el término de notificación al peticionario de que se adoptarán las medidas necesarias para la satisfacción de su solicitud. Esto puede generar el desistimiento de la queja por parte de aquel. El Ombudsman

decide, en cada caso en particular, si concluye la investigación sin publicar un informe, lo que es el resultado normal en estos casos.

2.4.1. El informe

El Ombudsman elaborará un informe con los resultados de su investigación y su decisión. Esta última se basará en los resultados de la investigación que determinará si la autoridad administrativa actuó o no apropiadamente en el asunto bajo cuestión.

La decisión del Ombudsman puede contener recomendaciones. El informe se remite al peticionario y a la autoridad administrativa. Una versión del informe se envía a la Cámara Baja del Parlamento y a otras partes interesadas. La publicación del informe cierra la investigación.

2.4.2. Proyecto de decisión

El Ombudsman formula su decisión considerando la conducta objeto de investigación para determinar si la acción en referencia es o no apropiada. En su resolución indica los hechos en que se basa y los estándares específicos relevantes para esta. La combinación de estándares y hechos tiene como resultado una decisión razonada en relación con la acción objeto de investigación. El informe finaliza con la conclusión, plasmando si la queja estaba o no bien fundamentada.

La autoridad administrativa con frecuencia adopta medidas durante la investigación; en estos casos se adiciona una posdata al informe en la que se indica que las medidas fueron aprobadas por el Ombudsman; no obstante, si no han sido tomadas y existen razones para ello, se le presentan las recomendaciones al final del informe.

2.5. Cumplimiento y exigibilidad de las recomendaciones

Las decisiones del Ombudsman no son legalmente exigibles; es la autoridad administrativa quien decide las acciones a ejecutar. Esa es la diferencia entre las decisiones del Ombudsman y las adoptadas por un Tribunal.

Si bien es cierto que las decisiones del Ombudsman no son legalmente vinculantes, lo más importante es la calidad de su labor, considerando los elementos básicos como su autoridad y la eficacia de su trabajo -que implica la investigación de los hechos a conciencia y sus conclusiones- como resultado de las investigaciones, las cuales no son susceptibles de una controversia futura; las decisiones y recomendaciones deben ser persuasivas.

Estos requisitos son particularmente importantes toda vez que las decisiones del Ombudsman no son susceptibles de apelación.

El Ombudsman tiene que presentar un informe anual ante las dos cámaras del Parlamento y los ministros. Este informe debe contener una vista general de los resultados de las investigaciones en los diferentes asuntos tratados, estadísticas, un apéndice y breves detalles de toda la información publicada. El preámbulo del informe debe contener un resumen comparativo de los problemas frecuentemente investigados, sus causas y cualquier otra información relevante.

En este sentido, el Ombudsman puede ser visto como un soporte o colaborador del Parlamento en la fiscalización del poder ejecutivo. El Comité Permanente de la Cámara Baja de las Relaciones Interiores y del Reino es el responsable de los asuntos institucionales con respecto al Ombudsman, tales como la legislación, los asuntos del presupuesto, las citas y el informe anual. El Comité discute el informe anual del Ombudsman y decide cuáles son las secciones objeto de análisis por parte de los ministros

y secretarios de Estado. El análisis del informe anual culmina con un debate en la sesión plenaria de la Cámara Baja.

El Ombudsman remite al Comité de Peticiones de la Cámara Baja una revisión trimestral de las respuestas a sus recomendaciones recibidas en los tres meses previos, precedida de un breve resumen de los informes relevantes. Esto permite al Comité la oportunidad de darle seguimiento al trabajo del Ombudsman y, si es necesario, conversar con los ministros o secretarios de Estado responsables. El Comité de Peticiones y el Comité Permanente de las Relaciones Interiores y del Reino reciben todos los informes del Defensor del Pueblo. Las listas de peticionarios que interponen quejas ante el Ombudsman son comparadas con las de estos comités de peticiones para evitar que ambos manejen las misma quejas.

Asimismo el Ombudsman puede recomendar, como resultado de su investigación, una acción específica a realizar en la ejecución de políticas gubernamentales o la enmienda de tales políticas. Igualmente, puede contribuir en la calidad del gobierno suministrando información sobre la forma en cómo la administración realiza sus tareas. Esta potestad resulta importante para las organizaciones del gobierno que quieran hacer que su trabajo sea amistoso con los clientes, por lo que es fundamental para la implementación de una política de alta calidad.

La oficina del Ombudsman mantiene un contacto activo con los medios de noticias a través de la publicación de comunicados de prensa e informes importantes. El informe anual se presenta en una rueda de prensa. El contacto activo con los medios de comunicación es de vital importancia para el trabajo del Defensor del Pueblo ya que ellos contribuyen a divulgar su alcance y eficacia, y también informan al público sobre sus derechos ante la actuación de la administración y de las acciones que pueden tomar para proteger el derecho vulnerado.

2.6. Motivos de las quejas más frecuentes en contra de la administración pública

Enumeramos a continuación las quejas ciudadanas que con más frecuencia se presentan en contra de violaciones por parte de la autoridad administrativa:

- Dilación o retraso injustificado en el manejo de los casos.
- Falta de suministro de información a los individuos.
- No aplicación de los principios de proporcionalidad y motivación.
- Trato inadecuado de los individuos (conducta inapropiada).

Los primeros dos problemas son los más comunes y hasta cierto punto están interconectados. Ambos son tipificados como operaciones burocráticas en las organizaciones.

2.7. Estadísticas

En el 2002, el Ombudsman admitió e investigó 2,898 quejas. En 2,485 casos (86%) las investigaciones se discontinuaron, algunas veces después de que la autoridad había resuelto satisfactoriamente la queja. 898 casos fueron cerrados por razones administrativas; en 893 de ellos después de que la autoridad correspondiente había utilizado su segunda oportunidad para satisfacer al reclamante en el procedimiento interno de quejas.

Los seis criterios normalmente citados fueron:

- Prontitud (46%).
- Suministro activo de información (12%).
- Cumplimiento general de las normativas vinculantes (7%).

- Equilibrio de intereses/ motivación (5%).
- Certeza legal (5%).

El Ombudsman presentó recomendaciones en 50 informes (12%). En 22 casos las recomendaciones estaban relacionadas específicamente con medidas beneficiosas para el reclamante y en 28 casos de naturaleza general. Todas las respuestas a las recomendaciones fueron positivas. A finales del año 2002 se presentaron 26 recomendaciones, las cuales estaban pendientes de respuesta. La mayoría de estas recomendaciones eran generales¹⁰.

CAPÍTULO III

CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LAS RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO

3.1. Competencia del Defensor del Pueblo Europeo

El Defensor del Pueblo Europeo, según el artículo 195 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, es la autoridad encargada de investigar los casos de *mala administración* de la actuación de las instituciones y órganos de la Comunidad Europea, como el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, la Comisión Europea, la Corte de Auditoría, el Comité Europeo Económico y Social, el Comité Europeo de las Regiones, el Banco Europeo de Inversiones y el Banco Central Europeo, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

El Defensor del Pueblo conoce de los casos de supuesta mala administración en atención a las quejas presentadas por todo ciudadano de la Unión Europea, o toda persona física o jurídica que resida o tenga su sede social en un Estado miembro de la Unión; asimismo, puede iniciar

¹⁰ Ombudsman Nacional del Reino de los Países Bajos. Informe Anual 2002, pp. 10, 12.

investigaciones de oficio. Estas reclamaciones pueden presentarse directamente al Defensor del Pueblo o mediante un diputado del Parlamento.

Es esencial hacer referencia al concepto de mala administración. El Defensor del Pueblo Europeo, a petición del Parlamento Europeo, incluye una definición clara de este concepto en su informe anual de 1997, que establece lo siguiente:

“Se produce mala administración cuando un organismo público no obre de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse”.

En 1998 el Defensor del Pueblo inició una investigación de oficio con la finalidad de determinar si los órganos o instituciones de la Comunidad Europea se regulaban por un código de buena conducta administrativa que reglamentara la relación entre los ciudadanos y sus funcionarios. Durante esta investigación se preguntó a 19 instituciones y órganos de la Comunidad Europea si habían adoptado o estarían dispuestos a adoptar un código con estas características.

En 1999 el Defensor del Pueblo presentó un proyecto de Código de Buena Conducta Administrativa a la Comisión, al Parlamento y al Concejo Europeo.

En el año 2000 el Defensor del Pueblo, en audiencia pública organizada por la Convención encargada para redactar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, solicitó la inclusión en la Carta del derecho a una buena administración como derecho fundamental. En diciembre de ese mismo año se proclamó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la Cumbre de Niza que contempla, en su artículo 41, el derecho a una buena administración y el derecho a someter los casos de mala administración al Defensor del Pueblo.

En septiembre de 2001 el Parlamento Europeo aprobó el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa que regula las relaciones entre los funcionarios de las instituciones y órganos de la Unión Europea y los ciudadanos.

La aplicación de este código hace efectivo el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a una buena administración, por lo que el Defensor del Pueblo considera los principios y normas contenidos en este cuerpo normativo para determinar si existe o no mala administración.

El concepto de mala administración evolucionó hasta cimentarse como un derecho fundamental ya que antes de que se le otorgara al Defensor del Pueblo la facultad de investigar los casos de mala administración de las instituciones u órganos de la Comunidad Europea, este sólo se manejaba como un concepto abstracto.

El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea define el derecho a una buena administración como:

“1. Toda persona tiene el derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- El Derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
- El Derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y el secreto profesional y comercial.
- La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación de la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus

agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

El Código contempla los siguientes principios generales de buena conducta administrativa aplicables a todas las relaciones entre las instituciones y órganos de la Unión Europea y el público:

- Legitimidad.
- Ausencia de discriminación.
- Proporcionalidad.
- Ausencia de abuso de poder.
- Imparcialidad e independencia.
- Objetividad.
- Expectativas legítimas, consistencia y asesoramiento.
- Justicia.
- Cortesía.
- Respuesta a cartas en la lengua del ciudadano.
- Acuse de recibo e indicación del funcionario competente.
- Obligación de remisión al servicio competente de la institución.
- Derecho a ser oído y a hacer observaciones.
- Plazo razonable de adopción de decisiones.
- Motivación de las decisiones.
- Indicación de la posibilidad de apelación.

- Notificación de la decisión.
- Protección de datos.
- Solicitudes de información.
- Solicitudes de acceso público a documentos.
- Mantenimiento adecuado de archivos.
- Derecho a reclamación al Defensor del Pueblo.

3.2. Proceso de investigación de las reclamaciones presentadas ante el Defensor del Pueblo Europeo

El Defensor del Pueblo realizará todas las investigaciones que considere necesarias para aclarar todo posible caso de mala administración en la actuación de las instituciones y órganos de la Comunidad Europea, de oficio o a petición de parte.

Las instituciones y órganos comunitarios están obligados a facilitarle al Defensor del Pueblo las informaciones requeridas y permitirle el acceso a la documentación relativa al caso en cuestión. Sólo podrán negarse a ello por razones de secreto o de confidencialidad debidamente justificadas.

Los funcionarios y otros agentes de las instituciones y órganos comunitarios estarán obligados a rendir declaración cuando lo solicite el Defensor del Pueblo. Se expresarán en nombre de la administración de la que dependan y conforme a sus instrucciones; además, tendrán obligación de mantener el secreto profesional.

Cuando el Defensor del Pueblo lo requiera, las autoridades de los Estados miembros estarán obligadas a facilitar -a través de las representaciones permanentes de los Estados miembros ante la Comunidad Europea- toda la información que pueda contribuir al esclarecimiento de los casos de mala administración por parte de las institucio-

nes u órganos comunitarios, salvo en caso de que dicha información esté cubierta por disposiciones legislativas o reglamentarias relativas al secreto o por cualquier otra disposición que impida su publicación. No obstante, en tal caso, el Estado miembro de que se trate podrá permitir al Defensor del Pueblo el acceso a dicha información siempre y cuando se comprometa a no divulgar su contenido.

En caso de no recibir la asistencia que necesita, el Defensor del Pueblo informará de ello al Parlamento Europeo para que este realice las gestiones oportunas a fin de lograr la cooperación por parte de quien se requiera la información.

3.3. Conclusión de las investigaciones del Defensor del Pueblo

Existen diversas razones por las que el Defensor del Pueblo puede ordenar la conclusión de las investigaciones y el archivo del expediente; estas son:

3.3.1. Casos resueltos por las instituciones

En algunos casos la institución u órgano responsable toma la iniciativa para encontrar una solución y así satisfacer la reclamación del peticionario al respecto. Si ambas partes coinciden en que se ha resuelto la solicitud, se procede al archivo del caso en atención a lo “resuelto por la institución”.

3.3.2. Solución amistosa alcanzada por el Defensor del Pueblo

En caso de que se determine mala administración, el Defensor del Pueblo realizará todas las gestiones conducentes a lograr una posible solución amistosa con la institución u órgano para que enmiende o suprima la mala administración y se satisfaga la petición del solicitante. Si se obtiene éxito con las diligencias efectuadas, se procede al archivo del expediente mediante decisión motivada, infor-

mándose al solicitante y a la institución u órgano afectado.

En los casos donde no sea posible alcanzar una solución amistosa se ordenará el archivo del expediente mediante decisión motivada, presentando un comentario crítico o un informe de proyecto de recomendación a la institución u órgano comunitario.

3.3.3. Desistimiento de la parte solicitante

Igualmente existen casos en los que el reclamante no desea continuar con su petición, por lo que se ordena el archivo del caso.

3.3.4. Inexistencia de los elementos que constituyen mala administración

Si, durante la investigación, el Defensor del Pueblo no constata elementos indicadores de mala administración, se procede al cierre del caso informando al órgano o institución comunitaria y al reclamante.

3.3.5. Cierre del expediente con un comentario crítico

El Defensor del Pueblo podrá formular comentarios críticos a las instituciones u órganos de la Comunidad Europea en los siguientes supuestos:

- Si no ha sido posible, con las gestiones realizadas por el Defensor del Pueblo, que la institución u órgano elimine los elementos que constituyen la mala administración.
- Cuando la mala administración no implica consecuencias generalizadas y no requiere de un seguimiento por parte del Defensor del Pueblo.

En los casos en que se adopte esta decisión se informará igualmente al solicitante.

3.3.6. Cierre de expedientes con informes y recomendaciones

El Defensor del Pueblo podrá presentar un informe con recomendaciones en los siguientes casos:

- Cuando exista la posibilidad de que la institución u órgano comunitario elimine los elementos que constituyen mala administración en casos graves.
- En casos que tienen repercusiones generalizadas.

3.4. Cumplimiento de las recomendaciones del Defensor del Pueblo Europeo

Una vez recibidos los informes con recomendación del Defensor del Pueblo sobre casos graves de mala administración, las instituciones u órganos de la Comunidad Europea tienen un plazo de tres meses para remitirle un informe detallado indicando si aceptan o no las sugerencias. En caso de que acepten las recomendaciones, deben igualmente establecer cuáles medidas adoptarán para cumplir lo recomendado.

3.5. Exigibilidad de las recomendaciones del Defensor del Pueblo

La facultad para exigir el cumplimiento de las recomendaciones del Defensor del Pueblo en los casos en los que se haya presentado un informe con recomendaciones a las instituciones u órganos comunitarios en atención a casos graves de mala administración, sólo puede ser ejercida por el Parlamento Europeo.

En caso de que la institución u órgano al que el Ombudsman presentó sus recomendaciones no responda satisfactoriamente, es decir, no remita el informe detallado señalando si acepta o no sus sugerencias, el Defensor del Pueblo deberá remitir un informe especial al Parlamento Europeo para que realice las gestiones o diligencias conducentes a hacer cumplir tales recomendaciones; asimis-

mo, el informe se le envía a la institución u órgano y al solicitante.

3.6. Estadísticas relacionadas con el trabajo realizado por el Defensor del Pueblo Europeo desde el 1° de enero de 2000 hasta el 31 de mayo de 2003

El Defensor del Pueblo Europeo tramitó un total de 7,069 casos desde el 1° de enero de 2000 hasta el 31 de mayo de 2003, de los cuales 284 fueron quejas o investigaciones.

Durante el período que comprende del 1° de enero de 2000 al 31 de mayo de 2003 se examinaron 6 909 casos. Se realizaron investigaciones en 739 casos de los cuales 7 fueron investigaciones de oficio. La mayoría de los casos estaban relacionados con la falta o negativa de información, retraso administrativo indebido, retraso en los pagos, contratación de personal, obligaciones contractuales, derechos de los ciudadanos, desarrollo y cooperación, asuntos ambientales y el rol de la Comisión Europea como garante del cumplimiento del tratado.

El Defensor del Pueblo realizó 931 indagaciones desde el 1° de enero de 2000, de las cuales 739 se iniciaron durante este período; en 192 de ellas las investigaciones fueron iniciadas en 1999; 804 casos fueron cerrados al 31 de mayo de 2003, de los cuales 11 correspondían a investigaciones de oficio.

Las investigaciones fueron cerradas por una o más de las siguientes razones: 235 casos fueron resueltos por la institución después de que el Defensor del Pueblo había iniciado una investigación; en 14 casos el reclamante desistió de la queja; no se encontró mala administración en 390 casos, de los cuales 9 eran investigaciones de oficio; en 11 casos el Defensor del Pueblo logró una solución amistosa; 111 investigaciones se cerraron con una observación crítica a la institución; en 39 se presentaron recomendaciones.

El 1° de enero de 2000 los órganos de la Unión Europea aceptaron las recomendaciones del Defensor del Pueblo en 33 casos (de los cuales uno era investigación de oficio); hubo 3 casos en los que se presentaron borradores de recomendación pero, posteriormente, fueron cerrados con una observación crítica. En otros 6 casos el Defensor del Pueblo presentó un informe especial al Parlamento Europeo. El Parlamento Europeo ha adoptado las resoluciones que sostienen las conclusiones de Defensor del Pueblo y sus recomendaciones en 4 de estos casos. El Parlamento todavía está analizando otros 2 casos¹¹.

CAPÍTULO IV

CUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LAS RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO PANAMEÑO

4.1. Deber de los servidores públicos de contestar en un término de treinta días calendario si aceptan o no las recomendaciones del Defensor del Pueblo panameño

Como mencionamos en capítulo anterior, las recomendaciones del Defensor del Pueblo de Panamá son de carácter moral y cívico pues carecen de toda fuerza coercitiva que permita exigir a la administración pública su cumplimiento; no obstante, el tercer párrafo del artículo 33 de la ley N° 7 de 5 de febrero de 1997 expresa:

“En los casos de sugerencias, recomendaciones o recordatorios de deberes legales, el servidor público a quien se haya remitido el Defensor o Defensora del Pueblo deberá contestar por escrito, argumentando la aceptación de estas medidas, dentro de un plazo de treinta días calendario.”

Del artículo transcrito observamos que los servidores públicos a quienes el Defensor del Pueblo presente reco-

¹¹ www.euro-ombudsman.eu.int

mendaciones, sugerencias o recordatorios de deberes legales, tienen la obligación de contestar en un término de treinta días calendario la aceptación o no de las mismas.

Son pocos los funcionarios que cumplen el deber que contempla este artículo; por tal razón es importante que en la resolución que contiene las recomendaciones correspondientes se recuerde a los servidores públicos el deber que tienen de remitirle al Defensor del Pueblo los argumentos que fundamentan la aceptación o no de las sugerencias, tal como lo establece la ley.

La exigibilidad del cumplimiento de este deber por parte de los servidores públicos está vinculada a los Principios de Buen Gobierno y se le conoce como el principio de motivación, que es aquel que establece que los funcionarios públicos deben motivar sus actuaciones administrativas, es decir, presentar las razones en las que se fundamenta su decisión.

El cumplimiento de este deber permitirá conocer tales razones tanto al Defensor del Pueblo como a la persona que presentó su queja. En el caso en que la administración pública no acepte las recomendaciones, debe indicar cuáles son los motivos de hecho y de derecho en los que se fundamenta que les dificulta o impide ejecutar las recomendaciones presentadas; asimismo, ayudará a buscar medidas alternas dirigidas a encontrar una solución a la persona que presentó la queja, siempre que los resultados de la investigación hayan demostrado que le asiste la razón.

4.2. El Defensor del Pueblo y la censura pública

La ley N° 7 de 5 de febrero de 1997 le otorga la facultad al Defensor del Pueblo de poner en conocimiento de la opinión pública el contenido de sus investigaciones, tal como lo establece el artículo 35:

“El titular de la Defensoría del Pueblo podrá poner en conocimiento de la opinión pública nacional el contenido de sus investigaciones y resoluciones, cuando lo considere útil y oportuno para reparar la violación de lo Derechos Humanos o para denunciar una práctica administrativa irregular”.

De lo anterior se deduce que el Defensor del Pueblo tiene la facultad discrecional de poner en conocimiento de la opinión pública la deficiencia de la administración pública reflejada en la violación de los derechos humanos o en las irregularidades en la práctica administrativa.

Esta atribución que le confiere la ley al Defensor del Pueblo es un mecanismo de censura pública que implica la exigibilidad indirecta de las recomendaciones presentadas a las autoridades públicas para enmendar o subsanar la vulneración de los derechos humanos o evitar la continuidad de las prácticas administrativas irregulares.

El poner en conocimiento de la ciudadanía las actuaciones administrativas irregulares que constituyen mala administración o de la ejecución de conductas por parte de los funcionarios públicos que generan la violación de derechos humanos, son igualmente un llamado al cumplimiento de uno de los Principios de Buen Gobierno conocido como principio de legalidad, consagrado constitucionalmente en nuestro sistema legal toda vez que los servidores públicos sólo pueden hacer lo que la ley les permite.

Asimismo, esta denuncia pública constituye una motivación para que los gobernados exijan el cumplimiento del derecho a una buena administración que, si bien es cierto no está contemplado taxativamente en nuestro sistema legal, este se puede deducir de lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General (ley N° 38 de 31 de julio de 2000), al estipular que la administración pública debe desarrollar su gestión con cumplimiento de los principios de legalidad, calidad, transparencia, efi-

ciencia, eficacia y moralidad, elementos que son parte de una buena administración.

4.3. Informe anual e informes especiales

El Defensor del Pueblo tiene la atribución de presentar a la Asamblea Legislativa un informe anual de sus actuaciones así como cuantos informes especiales considere conveniente, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 4 de la ley N° 7 de 5 de febrero de 1997.

El Informe Anual del Defensor del Pueblo “señalará específicamente a aquellos servidores públicos que hubieren obstaculizado o resistido las actuaciones de la Defensoría o no hayan colaborado con la suficiente diligencia”, tal como lo establece el numeral 8 del artículo 38 de la misma ley. Esto puede constituirse como un mecanismo de exigibilidad indirecta de las recomendaciones presentadas a la administración pública por parte del Defensor del Pueblo a través de la Asamblea Legislativa en atención a la facultad administrativa que tiene de solicitarle a las autoridades públicas la presentación de informes, contemplada en el numeral 9 del artículo 155 de la Constitución Política de la República de Panamá que, a la letra, expresa:

“Artículo 155. Son funciones administrativas de la Asamblea Legislativa:

9. Citar o requerir a los funcionarios que nombre o ratifique el Órgano Legislativo, a los Ministros de Estado, o a los Directores Generales o Gerentes de todas las entidades autónomas, semiautónomas, organismos descentralizadas, empresas industriales o comerciales del Estado, así como a los de las empresas mixtas a las que se refiere el numeral once del artículo 153, para que rindan los informes verbales o escritos sobre las materias propias de su competencia, que la Asamblea Legislativa requiera para el mejor desempeño de sus funciones o para conocer los actos de la Administración...”.

Esta norma constitucional está desarrollada en el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa en su artículo 47, que señala lo siguiente:

“Artículo 47. Para tratar asuntos de su competencia, las Comisiones Permanentes de la Asamblea Legislativa, por mayoría de los miembros que las integran, podrán citar a su seno a cualquier Ministro o Ministra de Estado, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 155 de la Constitución Política de la República. Los funcionarios o funcionarias requeridos están obligados a concurrir ante las respectivas Comisiones, cuando sean citados.”

Esto constituye para la Asamblea Legislativa un mecanismo de exigibilidad del cumplimiento del principio de rendición de cuentas por parte de la administración pública con relación a sus actuaciones e, igualmente, el acatamiento del principio de motivación, toda vez que tendrán que motivar o explicar las razones en las que se fundamentan sus decisiones.

Asimismo, existe un elemento adicional que puede ser utilizado por el Defensor del Pueblo con relación al procedimiento para tramitar los informes que se presenten a la Asamblea Legislativa, según lo establece el numeral 2 del artículo 39 de la ley N° 7 de 5 de febrero de 1997:

“2. La Asamblea Legislativa podrá solicitar a través de su Presidente, la comparecencia del titular de la Defensoría del Pueblo para que informe sobre sus actuaciones. Asimismo, el Defensor o Defensora del Pueblo podrá solicitar su comparecencia ante el Pleno o ante la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, cuando lo considere conveniente para el ejercicio de sus funciones”.

La norma legal antes transcrita concede al Defensor del Pueblo un amplio margen para solicitar su comparecencia a la Asamblea Legislativa o a alguna de sus comisiones al establecer que puede hacerlo cuando lo considere conveniente para el ejercicio de sus funciones, conside-

rando que los principales objetivos son la tutela de los derechos humanos y el control no jurisdiccional de los actos de la administración pública. En virtud de ello, consideramos que aquel puede presentarle, por ejemplo, a la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, casos específicos de violación de derechos humanos.

En atención a lo anterior, la Asamblea Legislativa podrá exigir a las autoridades o funcionarios públicos las explicaciones fundamentadas en los hechos y el ordenamiento jurídico, lo que puede constituirse, por consiguiente, en un mecanismo de exigencia indirecta del cumplimiento de las recomendaciones presentadas por el Defensor del Pueblo a través del canal adecuado, como es el poder legislativo, según la función administrativa concedida constitucionalmente.

CAPÍTULO V

EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

5.1. Ley de Transparencia

La ley N° 6 de 22 de enero de 2002 dicta las normas de transparencia en la administración pública y establece la *acción de hábeas data* y otras disposiciones que facilitan el acceso a la información pública de toda institución y órgano del Estado.

La aprobación de esta ley es el resultado de la necesidad de reforzar el estado de derecho en aquellos aspectos indispensables para el fortalecimiento y consolidación de la democracia, permitiendo a los ciudadanos conocer sobre la toma de decisiones y actos y de la manera como son manejados los recursos del Estado, cumpliéndose así con el derecho que tienen los ciudadanos de conocer el manejo de la cosa pública.

El objetivo primordial de esta ley es lograr que el gobierno panameño sea transparente y accesible a todos los ciudadanos.

La Ley de Transparencia reafirma el principio de publicidad, uno de los más importantes en la administración pública. Esta ley establece que toda información de la administración pública tiene un carácter público, por lo que el Estado debe garantizar una organización interna que permita el suministro de información a los ciudadanos a través de la divulgación en los diferentes medios de comunicación e internet.

Asimismo, contempla la acción de hábeas data como un instrumento legal que puede presentar cualquier persona ante los Tribunales de Justicia, con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la información cuando el funcionario público titular o responsable de registro, archivo o banco de datos en el se encuentra la información o dato personal solicitado, no se le haya suministrado o cuando lo suministrado es insuficiente o inexacto.

5.2. Los Principios de Buen del Gobierno contenidos en la Ley de Transparencia

La ley N° 6 de 22 de febrero de 2002 tiene una amplia aplicación pues contempla no sólo el principio de transparencia, sino también otros Principios de Buen Gobierno que otorgan a los ciudadanos los instrumentos legales para lograr una participación activa como supervisor de las acciones de la administración pública, permitiendo el acceso a los mecanismos necesarios para evitar la corrupción.

Además, establece los principios de acceso público, publicidad, rendición de cuentas y de participación pública, definiéndolos de la siguiente manera:

“Transparencia: Deber de la administración pública de exponer y someter al escrutinio de la ciudadanía la información relativa a la gestión pública, al manejo de los recursos

que la sociedad le confía a los criterios que sustentan sus decisiones y a la conducta de los servidores públicos.

Principio de Acceso Público: Derecho que tiene toda persona para solicitar y recibir información veraz y oportuna, en poder de las autoridades gubernamentales y de cualquier institución a la que haga mención esta Ley, en especial tratándose de su información personal.

Principio de publicidad: Toda la información que emana de la administración pública es de carácter público, por la cual el Estado deberá garantizar una organización interna que sistematice la información, para brindar acceso a los ciudadanos y también para su divulgación a través de los distintos medios de comunicación social y/o de Internet.

Rendición de cuentas: Obligación de todo servidor público de responsabilizarse individualmente de sus actos en el ejercicio de sus funciones y en la comunicación de los resultados de su gestión ante la sociedad. Esta obligación de rendir cuentas también le corresponde a los cuerpos directivos colegiados de las instituciones públicas.

Participación pública: Las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante las modalidades públicas de participación ciudadana que al efecto establece la presente Ley”¹².

5.3. Hábeas data

Concepto: “Es un mecanismo a través del cual se va a brindar una tutela efectiva al Derecho de la Intimidad, al quedar legitimada la persona que se considera afectada en su derecho, para recurrir ante la autoridad o tribunal competente que ha de restablecer o impedir que dicha lesión continúe o se produzca, cuando de la protección de los datos personales se trate o el que no se impida el acceso a las fuentes de información pública, cuando el derecho a la información

¹² Artículo N° 1 de la ley N° 6 de 22 de enero de 2002.

sea el infringido y que también queda dentro de la esfera de protección por medio de una de las modalidades del Hábeas Data”¹³.

Es una garantía que permite la protección del derecho de la intimidad y el derecho a la información pública, pudiéndose presentar ante los tribunales competentes en los siguientes casos:

- Cuando la información de carácter personal o público sea solicitada y el funcionario público titular o responsable del registro, archivo o banco de datos no la suministra.
- Cuando la información suministrada es insuficiente.
- Cuando la información proporcionada es inexacta.

La ley hace referencia a la información de acceso libre, es decir, toda clase de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que no tenga restricción¹⁴, toda vez que establece una diferencia entre información confidencial e información de acceso restringido, conceptos desarrollados en el artículo 1°:

“Información Confidencial: todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historial penal, policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta Ley, también se considera como confidencial la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios.

¹³ González Montenegro, Rigoberto. El Hábeas Data, p. 43.

¹⁴ Artículo 1°, ley N° 6 de 22 de enero de 2002.

Información de Acceso Restringido: todo tipo de información en las manos de agentes del Estado o en otra institución pública, cuya divulgación haya sido circunscrita únicamente a los funcionarios que deban conocer en razón de sus atribuciones, de acuerdo con la Ley”.

La acción de hábeas data se tramita mediante procedimiento sumario sin formalidades, sin necesidad de abogado ante los Tribunales Superiores y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia señala que la acción de hábeas data cumple con los siguientes propósitos: permite el acceso libre a la información; protege la confidencialidad de la información personal; y, garantiza que los datos personales se mantengan como están registrados y que no sean modificados sin motivos justificados¹⁵.

5.4. El Defensor del Pueblo y el acceso a la información pública

Posterior a la publicación de la Ley de Transparencia, el Defensor del Pueblo – a fin de poner a disposición de los ciudadanos la información pública de la administración pública- desarrolló un proyecto llamado “Nodo de Transparencia” que consiste en ofrecer un espacio en la página web de la Defensoría del Pueblo con toda la información relativa a la contratación y designación de funcionarios, planillas, gastos de representación y pagos realizados a los proveedores, de manera que los ciudadanos tengan acceso inmediato a esta información; no obstante, es menester mencionar que el Defensor del Pueblo puso en conocimiento de los ciudadanos la información mencionada antes de la aprobación de esta ley.

La mayoría de las instituciones del Estado ofrecieron la información voluntariamente al Defensor del Pueblo;

15 Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Fallo de 23 de abril de 2002, Rodríguez, Sebastián contra el Director de Asesoría Legal de Instituto Nacional de Cultura.

sin embargo, hubo titulares de instituciones a los cuales se les debió solicitar la información en referencia, como por ejemplo a los ministros de Economía y Finanzas, de Gobierno y la Justicia, de la Presidencia y de Comercio e Industria, y a seis instituciones autónomas.

El Defensor del Pueblo requirió esta información con fundamento en el artículo 11 de la ley N° 6 de 22 enero de 2002 que, a la letra, expresa:

“Artículo 11: será de carácter público y de acceso libre a las personas interesadas, la información relativa a la contratación y designación de funcionarios, planillas, gastos de representación, costos de viajes, emolumentos o pagos en concepto de viáticos y otros, de los funcionarios del nivel que sea y/o de otras personas que desempeñen funciones públicas.”

No obstante, el Defensor del Pueblo no recibió respuesta por parte de los ministros antes mencionados, motivando la presentación ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de cuatro acciones de hábeas data con el propósito de obtener una resolución que les ordenara suministrar la información pública solicitada por ser de carácter público.

La Corte Suprema de Justicia resolvió dos acciones de hábeas data a favor del Defensor del Pueblo, ordenando a los ministros de la Presidencia y de Gobierno y Justicia proporcionar la información pública requerida. Actualmente, existen sólo dos acciones pendientes por resolver, toda vez que las otras seis instituciones publicaron la información en su página web o la remitieron al Ombudsman, en virtud de lo cual se presentaron los desistimientos correspondientes.

El Defensor del Pueblo ha exhortado a los tres órganos del Estado a establecer una estrategia pública contra la corrupción; a educar a los funcionarios públicos para que rindan cuentas a los ciudadanos; a proporcionar la infor-

mación durante su gestión; a mejorar la legislación relacionada con las contrataciones y licitaciones públicas con miras a obtener mayor transparencia; a apoyar una legislación relativa a conflictos de intereses; a fortalecer la capacidad de investigación de las fiscalías anticorrupción; a establecer una unidad de seguimiento en la Contraloría General de la República que investigue el incremento patrimonial de los funcionarios públicos e impulsar, a través del Ministerio de Educación, la promoción de valores éticos y morales¹⁶.

Nuestra sociedad está tomando conciencia de la necesidad de garantizar a la ciudadanía -como parte fundamental de las democracias- la participación pública, el derecho de observar, entender y evaluar las decisiones y la conducta de los funcionarios gubernamentales, así como la obligación por parte de estos de rendir cuentas de sus acciones a los ciudadanos quienes, con sus tributos, pagan sus salarios¹⁷.

El cumplimiento progresivo de las recomendaciones del Defensor del Pueblo contra la corrupción por parte de los órganos del Estado serán los pasos que permitirán a los ciudadanos tener confianza en las acciones de la administración pública, lo que constituye uno de los elementos necesarios para obtener una buena administración.

¹⁶ Ley N° 6 de 22 de enero de 2002. Protocolo del Defensor del Pueblo de la República de Panamá, p. 4.

¹⁷ Rodríguez Lugari, Guido Alejandro. Antecedentes de la Experiencia de la Oficina de la Defensoría del Pueblo con la Ley de Transparencia. Tomado de www.probid.org

CAPÍTULO VI

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LAS RECOMENDACIONES DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO EUROPEO, NACIONAL DEL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS Y DE PANAMÁ

6.1. Similitudes

- Las recomendaciones que se presentan a las autoridades públicas no son vinculantes.
- Los tres tienen el deber de presentar un informe anual al Parlamento con los resultados de sus investigaciones; asimismo, pueden presentar informes especiales con las respectivas recomendaciones en casos específicos.
- La censura pública es una de las alternativas que pueden hacer efectiva como método de exigibilidad de sus recomendaciones al poner en conocimiento de la opinión pública quiénes son las autoridades públicas que no colaboran con las investigaciones realizadas de los actos de la administración pública o que no consideran las recomendaciones presentadas.
- Aplican los métodos de intervención y mediación como alternativas a la solución amistosa de conflictos entre los peticionarios y las autoridades públicas.
- Tienen la obligación de notificar a las autoridades públicas y a los peticionarios las recomendaciones correspondientes a los casos investigados.
- Las autoridades públicas a las que el Ombudsman les ha remitido recomendaciones deben enviarle un informe indicando si aceptan o no las sugerencias presentadas.
- Promueven en sus recomendaciones el cumplimiento

de los Principios de Buen Gobierno por parte de las autoridades públicas, en forma explícita o implícita.

6.2. Diferencias

La principal tarea del Defensor del Pueblo Europeo es investigar si las acciones o actos de las autoridades de los órganos e instituciones de la Comunidad Europea cumplen con los principios contenidos en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa y determinar si constituyen o no mala administración.

El Ombudsman Nacional investiga las acciones de las autoridades administrativas y decide si son apropiadas o no de conformidad con las normas establecidas en la Ley General de los Actos Administrativos, la jurisprudencia y las reglas de derecho.

El Defensor del Pueblo de Panamá investiga infracciones a los derechos humanos por parte de las autoridades administrativas, establecidos en la Constitución Política de la República de Panamá, en los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.

- Las recomendaciones de los Ombudsman Europeo y holandés pueden ser exigibles a través del Parlamento.
- El Defensor del Pueblo de Panamá no tiene un mecanismo directo de exigibilidad de sus recomendaciones a través de la Asamblea Legislativa.
- Los Ombudsman Europeo y holandés excepcionalmente presentan recomendaciones a las autoridades administrativas.
- El Defensor del Pueblo de Panamá concluye sus investigaciones mediante resoluciones que contienen recomendaciones dirigidas a la administración pública.

CONCLUSIONES

- Con miras a lograr soluciones amistosas o respuestas satisfactorias a las quejas o peticiones presentadas ante el Defensor del Pueblo, resulta importante la implementación de métodos alternos de solución de conflictos, como la intervención y la mediación.
- El principal objetivo de las recomendaciones del Ombudsman es contribuir al mejoramiento de las acciones y la conducta de los funcionarios y autoridades públicas para alcanzar la eficiencia en la administración pública.
- El Ombudsman tiene como rol principal la promoción del derecho a una buena administración entre los ciudadanos.
- Los actos o acciones del Ombudsman deben fundamentarse en la transparencia, imparcialidad, objetividad e independencia.
- La buena comunicación entre el Ombudsman y la administración pública es un elemento de consideración importante en el ejercicio de sus atribuciones, toda vez que permite la cooperación de las instituciones a fin de encontrar alternativas o soluciones como una forma constructiva de resolver las quejas o peticiones presentadas.

RECOMENDACIONES

Uno de los principales objetivos de la presente investigación es hacer sugerencias que consideramos oportunas a fin de contribuir al mejoramiento de las funciones que ejerce la Defensoría del Pueblo; en este sentido, recomendamos:

- Promover el Principio de Buena Administración en dos sentidos, como derecho de los ciudadanos y como deber de los servidores públicos.

El Defensor del Pueblo puede presentar en el Informe Anual el concepto de buena administración y desarrollar la importancia de brindarles a los ciudadanos una administración pública eficiente, transparente, objetiva e imparcial.

Asimismo, promover el derecho a una buena administración entre los ciudadanos a través de la Dirección de Educación de la Defensoría del Pueblo.

- Establecer en todas las resoluciones expedidas por el Defensor del Pueblo en las que se presentan recomendaciones a la administración pública, el deber que tienen los servidores públicos de contestar por escrito en un plazo de treinta días calendario si aceptan o no las recomendaciones presentadas, según lo contempla el artículo 33 de la ley N° 7 de 5 de febrero de 1997.
- Crear una Unidad de Seguimiento que sea la encargada de darle continuidad a las recomendaciones presentadas por el Defensor del Pueblo a la administración pública, considerando las siguientes alternativas:
 - La existencia de una persona encargada de darle continuidad a las recomendaciones en cada dirección que ejerce las funciones de investigación de quejas o peticiones.
 - La existencia de una unidad especializada exclusivamente en darle seguimiento a las recomendaciones del Defensor del Pueblo.
- Reforzar la aplicación del principio del debido cuidado entre los peticionarios y los oficiales de derechos humanos, de conformidad con los siguientes elementos:
 - Recopilar toda la información de importancia relevante para la investigación y necesaria en el proceso de toma de decisiones.
 - Identificar adecuadamente los hechos y elementos

que pueden contribuir en el proceso de toma de decisiones.

- Mantener una adecuada y constante comunicación con los peticionarios.
- Considerar el canal de comunicación -que permite el numeral 2 del artículo N° 39 de la ley N° 7 de 5 de febrero de 1997- entre la Asamblea Legislativa y la Defensoría del Pueblo para que -de conformidad con la facultad que tienen la mayoría de los miembros de las comisiones permanentes de la Asamblea Legislativa de citar a ministros o directores de entidades autónomas o semiautónomas y otros- se presenten casos de violaciones de derechos humanos según lo considere conveniente para el ejercicio de sus funciones el titular de la Defensoría del Pueblo, de manera tal que se puedan conocer los motivos que originan la renuencia de la administración pública a considerar las recomendaciones presentadas o las alternativas existentes para enmendar o solucionar los casos de violación de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y documentos

- Addink, G. H. Principios de Buen Gobierno. Libro de texto. Año académico 2002/2003.
- González Montenegro, Rigoberto. El Hábeas Data. Edición Especial. Panamá, 2002.
- Guía “¿Qué puede hacer el Defensor del Pueblo Europeo por Usted?”
- Informe Anual de 2001 del Defensor del Pueblo Europeo.
- Informe Anual de 2002 del Defensor del Pueblo Europeo.
- Informe Anual de 2002 del Ombudsman Nacional del Reino de los Países Bajos.
- Langbroek, Philip. Principios Generales de una Administración Apropiada en el Derecho Administrativo Holandés. (Principios de Buen Gobierno. Libro de texto. G. H. Addink. Año académico 2002/2003).
- Saleh, J.M. Buen Gobierno, Derechos Humanos, Cooperación y Desarrollo (Principios de Buen Gobierno. Libro de texto. G. H. Addink. Año académico 2002/2003).
- Tomkins, Adam. Transparencia y la Emergencia en el Derecho Administrativo Europeo (Principios de Buen Gobierno. Libro de texto. G. H. Addink. Año académico 2002/2003).

Leyes

- Acto de 4 de febrero de 1981. Ley del Ombudsman Nacional.

- Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.
- Constitución Política de la República de Panamá.
- Ley N° 7 de 5 de febrero de 1997.
- Ley N° 38 de 31 de julio de 2000.
- Ley N° 6 de 22 de febrero de 2002.
- Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa.

Sitios de Internet

- www.asamblea.gob.pa
- www.ausaid.gov.au
- www.defensoriadelpueblo.gob.pa
- www.euro-ombudsman.eu.int
- www.probidad.org

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos.

Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.



IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos es una institución internacional autónoma de carácter académico, creada en 1980 en virtud de un convenio suscrito entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la República de Costa Rica.

Hoy en día, es uno de los más importantes centros mundiales de enseñanza e investigación académica sobre derechos humanos. Ejecuta más de 50 proyectos locales y regionales para la diseminación de estos derechos entre las principales entidades no gubernamentales y entre las instituciones públicas del hemisferio americano.

