



IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

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

TOMO II



Universiteit Utrecht



Consejo Centroamericano
de Procuradores
de Derechos Humanos

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

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

TOMO II



Universiteit Utrecht



Embajada del Reino
de los Países Bajos



**Consejo Centroamericano
de Procuradores
de Derechos Humanos**

© 2003 Instituto Interamericano de Derechos Humanos
San José. Reservados todos los derechos.

42.066	
I59-a	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, 2003. T. II, 574 p. ; 13.97 x 21.59 cm. ISBN 9968-917-12-5 (Tomo II) 1. Ombudsman-AMÉRICACENTRAL 2. Ombudsman - HOLANDA 3. PROCURADURÍA DE DERECHOS HUMANOS -AMÉRICACENTRAL 4. DEFENSOR DEL PUEBLO AMÉRICACENTRAL 5. Ombudsman-LEGISLACIÓN 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
Oficial de Programa Ombudsman y Derechos Humanos
Departamento de Instituciones Públicas
Coordinación académica

Ileana Aguilar
Revisión de estilo

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Diseño, diagramación y artes finales

Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.
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	7
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	
Principios de Buena Gobernabilidad	13
<i>Henk Addink</i>	
Costa Rica: El ombudsman y la aplicación del principio del deber de cuidado administrativo en sus resoluciones: Análisis comparativo de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica y el Ombudsman Holandés	83
<i>Hazel Díaz Meléndez</i>	
Guatemala: Principios y criterios usados por el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, el Ombudsman Nacional de Holanda y el Ombudsman Europeo	197
<i>Ana Beatriz Fernández Alvarado</i>	
Honduras: El criterio para la evaluación de las quejas en el Ombudsman Holandés, el Ombudsman Europeo y el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras en una perspectiva comparativa	249
<i>Abencio Fernández</i>	

Nicaragua: El cumplimiento de las recomendaciones hechas por el Ombudsman: una perspectiva comparativa entre las legislaciones de Nicaragua, el Reino de los Países Bajos y la Unión Europea287
Javier A. Quinto

Panamá: Criterios de buen gobierno ponderados por el Ombudsman en la evaluación de los actos de la Administración Pública.....403
Isela Serna Ramírez

Leyes de ombudsman:

- I. Ley de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica483
- II. Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala501
- III. Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras517
- IV. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua.....535
- V. Ley N° 7 de 5 de febrero de 1997, por la cual se establece la Institución del Defensor del Pueblo en la República de Panamá557

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), en su calidad de Secretaría Técnica del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, firmó en el año 2000, con la Universidad de Utrecht, un convenio de cooperación para el fortalecimiento del Consejo Centroamericano de Procuradores. Este convenio contó con el auspicio de la Real Embajada de los Países Bajos.

La iniciativa, que busca contribuir al fortalecimiento y consolidación de la institución del Ombudsman en los países de la región centroamericana, dio lugar a un programa de becas anuales en la Universidad de Utrecht para la formación académica de funcionarios de las oficinas de Ombudsman integrantes del Consejo. Como parte de este programa, los funcionarios que reciben la capacitación realizan un trabajo de investigación dirigido por un profesor de la Universidad, y que posteriormente el IIDH publica.

Como producto de este esfuerzo académico que tuvimos en el año 2002, publicamos una recopilación con los trabajos realizados por el primer grupo de funcionarios capacitados en la Universidad de Utrecht (período enero - abril 2001).

La primera obra consistió en la comparación del régimen legal y las prácticas desarrolladas en las instituciones del

Ombudsman de Costa Rica, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Panamá, con respecto a la institución holandesa.

La segunda edición que se inscribe en el marco del convenio de capacitación, lo presentamos con esta publicación que recoge las investigaciones de los funcionarios centroamericanos que fueron capacitados durante el primer semestre de 2002. El énfasis temático fue la relación entre los principios de buen gobierno, la buena administración, y la función de las instituciones del Ombudsman, cuyo eje fue la pregunta ¿Qué criterios han sido desarrollados por las Defensorías del Pueblo, y cómo se vinculan a los principios del buen gobierno?

Los resultados de las investigaciones -si bien nos muestran diferencias en el enfoque, los énfasis y las estructuras procedimentales que existen entre las diferentes instituciones del Ombudsman respecto a la vigilancia de los principios del buen gobierno-, también nos permiten observar las numerosas coincidencias existentes en el ejercicio de sus funciones como controladoras del ejercicio estatal en procura del respeto a los derechos ciudadanos. Entre los principales hallazgos podemos señalar los siguientes:

- En primera instancia se valida la concepción de que todo sistema democrático tiene como objetivo satisfacer las necesidades y expectativas de los gobernados, a partir del respeto de sus derechos fundamentales y el ejercicio de un gobierno eficiente, y que las instituciones del Ombudsman ejercen un papel determinante en la vigilancia y la defensa de los derechos de los ciudadanos ante la gestión de la Administración Pública. Esta labor de vigilancia la realizan mediante la investigación, la

recomendación, la pedagogía, y la sugerencia de modificación de conductas administrativas. El deber de cooperación que tienen las autoridades y funcionarios del Estado con respecto a la labor del Ombudsman, está en la base del éxito de su labor.

- Aunque con diferentes énfasis y diversas denominaciones, queda claramente establecido que las Defensorías del Pueblo centroamericanas asumen que para vigilar el correcto ejercicio de las funciones del Estado es necesario que exista una serie de principios (o criterios) que procuren un buen gobierno, es decir, un gobierno que respete la legalidad, y que sea eficiente y efectivo en la atención de las necesidades ciudadanas. Entre estos principios destacan la prohibición de abuso de poder, el debido cuidado, la certeza legal, la igualdad en el trato, proporcionalidad, la prohibición de arbitrariedades, el debido trato, y la transparencia.
- Si bien es cierto las instituciones del Ombudsman no emplean instrumentos coercitivos para el cumplimiento de sus recomendaciones, -por su naturaleza son instancias desprovistas de atribuciones coercitivas o sancionadoras-, el grado de legitimidad moral que han alcanzado en nuestros países les ha dotado de un amplio grado de efectividad en su labor como vigilantes del ejercicio de una buena administración pública.
- Finalmente cabe destacar que el estudio evidencia que aunque en principio las Defensorías del Pueblo en Centroamérica surgieron en contextos y razones diferentes a las instituciones europeas, en lo relativo a su función como contralores de la acción estatal que pretende la defensa de los derechos de los ciudadanos, estas instituciones se han ido acercando. Así, en los

Países Bajos, en los que anteriormente sólo se prestaba atención a los principios de la correcta administración, ahora se está desarrollando una perspectiva más amplia del concepto de buen gobierno. De igual forma, el Ombudsman Europeo ha establecido en un código los principios obligatorios con base en los cuales debe actuar una buena administración.

En suma, estos estudios nos permiten observar que las instituciones del Ombudsman en Centroamérica poco a poco se han ido consolidando en el ejercicio de sus competencias en la defensa y promoción de los derechos humanos, así como en la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración pública. Trabajando al lado de otras instituciones que cumplen funciones dirigidas a la protección del ciudadano, las Defensorías de los Habitantes se legitiman ante la población como una instancia válida y efectiva para obtener el respeto de sus derechos. Aunque es evidente que queda bastante camino por recorrer en el desarrollo de los principios de buen gobierno y su efectiva vigilancia y aplicación, también está claro que el rol que las Defensorías de los Habitantes deben jugar en este proceso es muy importante.

Quisiéramos invitar a su lectura analítica, y destacar que con la entrega de esta publicación, el IIDH reafirma su compromiso con la protección de los derechos de los pueblos latinoamericanos, a través del apoyo permanente a la labor de las instituciones del Ombudsman en la protección de los derechos humanos de su ciudadanía.

Finalmente agradecemos a la Real Embajada de los Países Bajos el financiamiento aportado para la realización de estas investigaciones, así como al profesor Henk Addink de la Universidad de Utrecht quien coordinó las

investigaciones y a Lorena González Volio, Oficial de Programa de Ombudsman y Derechos Humanos del IIDH, por su esfuerzo en la coordinación de esta publicación.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo
Agosto 2003*

Principios de Buena Gobernabilidad Nuevos desarrollos en los criterios utilizados por el Ombudsman en América Central, la Unión Europea y los Países Bajos

G.H. Addink,

Utrecht University, Holanda,

26 de Junio del 2003

1. Introducción

En mayo y junio del 2002, se realizaron investigaciones sobre los principios de Buena Gobernabilidad¹ y Derechos Humanos por parte de abogados que trabajan en las instituciones de Ombudsman de América Central: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Durante su investigación, analizaron diversos aspectos de la legislación relacionada con el Ombudsman en

¹ Nota del traductor: El término inglés *Governance* ha sido traducido al español como *Gobernabilidad*, según el uso común en América Central, el cual corresponde a la traducción del término utilizada por el Banco Mundial, las Naciones Unidas y las agencias de cooperación de los Estados Unidos. Sin embargo, en el ámbito europeo, específicamente en España, se prefiere utilizar el término *Gobernanza*. Nótese además que el autor, más adelante en el documento, indica que utiliza indistintamente los conceptos en inglés de “*Good Governance*”, es decir, *Buena Gobernabilidad* y “*Good Administration*”, correspondiendo este último al concepto de *Buena Administración Pública*.

sus países, comparativamente, desde las perspectivas nacional, regional e internacional. Este libro contiene los resultados de su investigación.

Quisiera abordar en este artículo diversos aspectos de los principios de Buena Gobernabilidad, desde una perspectiva académica y con el fin de enlazar estos aspectos con los resultados de los informes nacionales sobre los criterios utilizados por los Ombudsmen en América Central: principios de Buena Gobernabilidad y Derechos Humanos. Estas consideraciones principales se encuentran estrechamente vinculadas al trabajo del Ombudsman, pues hay una relación directa entre el derecho de los habitantes a la buena administración pública, y los diversos aspectos de la mala administración.

El presente artículo profundiza algunos aspectos que fueron expuestos en las ponencias de mayo y junio del 2002, sobre el contexto legal de los Países Bajos y Europa en relación a los principios de Buena Gobernabilidad. La situación legal en Europa es relevante desde una perspectiva académica, dado que existen importantes desarrollos en el marco legal relacionados con esta materia. Estos desarrollos pueden llegar a inspirar el trabajo individual de los Ombudsmen en los países de América Central para desarrollar algunas ideas desde una perspectiva de legislación regional sobre el Ombudsman. También puede ser provechoso ilustrar la labor del Ombudsman Europeo y su influencia en todas las Instituciones Europeas: la Comisión Europea, el Consejo Europeo, la Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Cuentas, así como en las instituciones de los Estados-miembros de la Unión Europea. En su comunicación con todas estas instituciones, la labor del Ombudsman Europeo es sumamente efectiva.

Cerca de un año antes de que fueran elaborados estos reportes, en Julio del 2001, el Libro Blanco de la

Gobernabilidad Europea fue publicado, y sus contenidos incluyen una explicación de los Principios de la Buena Gobernabilidad así como acciones concretas puntuales que elaboran las consecuencias de estos principios². Este no fue el comienzo del diálogo sobre la Buena Gobernabilidad en el ámbito europeo, puesto que diversas publicaciones y decisiones sobre (principios de) Buena Gobernabilidad ya habían sido publicadas en los años anteriores.

En 1991, el Consejo de Ministros de la UE elaboró una breve descripción de los contenidos y la importancia de la Buena Gobernabilidad en una resolución sobre Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo³

“El Consejo hace hincapié en la importancia de la buena gobernabilidad. Si bien los estados soberanos tienen la libertad de instituir sus propias estructuras administrativas y de establecer sus propios arreglos institucionales, el desarrollo equitativo únicamente puede ser alcanzado de manera efectiva y sostenible si existe una adhesión a una serie de principios generales de gobierno: políticas económicas y sociales sensatas, democracia en la toma de decisiones, transparencia gubernamental y rendimiento de cuentas financieras, creación de un ambiente para el desarrollo amigable a los mercados, medidas para combatir la corrupción, así como el respeto por el Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades de prensa y de expresión”.

En el año 1996 tuvo lugar la publicación del libro “Principes Généraux du droit en droit Communautaire, origines et concrétisation” en el cual los principios generales

² http://europa.eu.int/comm/governance/white_paper/index_en.htm

³ Resolución del Consejo Europeo de Ministros del 28 de noviembre de 1991 en: W.J.M. Genugten, Th. R.G. van Banning, Human Rights Reference Handbook, La Haya, 1999, p.97 y p.196-198.

de legalidad dentro de la legislación de la UE fueron planteados dentro de tres grupos: principios explícitos, principios implícitos y principios silenciosos⁴. Como parte de este último grupo se le brindó atención en un capítulo aparte a “Le principe de bonne administration”⁵. Este capítulo presentaba algunas decisiones de la Corte de Justicia en las cuales este principio era mencionado. La conclusión del mismo fue –y esto es crucial para el desarrollo posterior de los principios de Buena Gobernabilidad– que el principio de la Buena Administración podía ser utilizado aun en situaciones en las que hubiera una ausencia de normativa escrita. El Procurador General Van Gerven⁶ escribió en sus conclusiones de uno de los casos

“l’absence de garanties écrites n’empêche pas la Commission d’êlié, dans ses interventions, par les principes généraux du droit communautaire, dont le principe de bonne administration”.

En agosto de 1999, se celebró una conferencia en Malmo sobre “Principios Generales del Derecho Comunitario Europeo”. El propósito fundamental de dicha conferencia fue analizar los principios generales, sus alcances en el orden legal de la UE y su impacto en el ámbito nacional; un enfoque “de arriba hacia abajo” de la legislación europea. Los informes sobre aspectos generales, derechos humanos, principios institucionales y algunos principios individuales y sistemas legales fueron publicados posteriormente en el libro titulado “Principios Generales del Derecho Comunitario Europeo”⁷. Durante la conferencia, se prestó atención a

⁴ Rebecca-Emmanueal Papadopoulou, *Principes Généraux du droit en droit communautaire, origines et concrétisation*, Bruxelles, 1996.

⁵ *Ibid*, Chapitre IV, p.127-132.

⁶ Corte de Justicia, Febrero 12, 1992, C-48/90 y C-66/90, Holanda et al. /Comisión, 1992, I, p.627, concl. Van Gerven, p.589.

⁷ Ulf Bernitz, Joakim Nergelius (eds.), *General Principles of European Community Law*, 2000, Kluwer Law International.

“asegurar el principio de la Buena Administración dentro de las Instituciones de la Comunidad”⁸. Una de las conclusiones de la conferencia fue –con una perspectiva hacia el futuro – que la función del derecho comparativo en el proceso de desarrollo de principios generales no debe ser subestimada⁹. En mi opinión esto no debería ser el caso únicamente en las relaciones externas entre el ámbito nacional y el europeo, sino además debería hacerse una comparación interna entre las instituciones europeas¹⁰.

Es sumamente interesante ver que la Comisión del Libro Blanco ha mencionado y desarrollado cinco principios de Buena Gobernabilidad: apertura, participación, rendición de cuentas, efectividad y coherencia. Pero también – en el Libro Blanco sobre la Reforma Administrativa que fue adoptado por la Comisión el 1 de marzo del 2000 – fueron enfatizados principios clave de una Administración Pública Europea tales como servicio, independencia, responsabilidad, rendición de cuentas, eficiencia y transparencia; estos elementos fueron elaborados de una forma algo limitada¹¹

⁸ Hans Ragnemalm (miembro de la Corte Europea de Justicia), *Leading by Example or Learning on Supremacy? Some reflections on the Union, the Individual and the Protection of Fundamental Rights*, párrafo. 2.1.3 *Securing the Principle of Good Administration within the Community Institutions*, in: *General Principles of European Community Law*, 2000, Kluwer Law, p.54-57.

⁹ Joakim Nergelius, *General Principles of Community Law in the Future: Some Remarks on their scope, y Applicability and Legitimacy*; T. Koopmans, *General Principles of Law in European and National Systems of Law*; ambos en: Ulf Bernitz, Joakim Nergelius (eds.), *General Principles of European Community Law*, 2000, Kluwer Law International.

¹⁰ Ver el reciente estudio general sobre la jurisprudencia del Ombudsman Europeo en comparación con la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia: Katja Fennel, *The European Ombudsman’s Code of Good Administrative Behaviour*, Utrecht, September 2002.

¹¹ Ver el comentario crítico emitido por el Ombudsman Europeo en su discurso ante el Seminario Internacional “Los Ombudsman y la Legislación de la Unión Europea”, Bucarest, abril de 2001.

en el Código de Buen Comportamiento Administrativo de la Comisión¹².

Por lo tanto, es importante concluir que no sólo en la Magistratura Europea y el Ombudsman Europeo sino también en la Administración Europea (i.e., la Comisión Europea) se hace uso de los principios de Buena Gobernabilidad. Resulta sorprendente la limitada aseveración por parte de la Comisión respecto que la aplicación de estos principios refuerza los principios de proporcionalidad y subsidiaridad; en mi opinión hay un efecto legal más amplio –tal y como se ilustra aquí– que únicamente el reforzar dos principios.

Posteriormente a la publicación hubo críticas en la literatura concerniente a la noción de Buena Gobernabilidad como es utilizada en el Libro Blanco, dado que no se da una definición de ésta¹³. Por otra parte, la (Buena) Gobernabilidad también podría ser vista, como plantean Curtin y Dekker¹⁴ en su contribución a esta publicación, como un concepto legal dworkiano “interpretativo”, estructurando diversos conceptos alrededor de un valor común fundamental. Este documento profundiza sobre los

¹² Adoptado por la Comisión el 13 de setiembre de 2000 y que contiene normas en relación con los Principios Generales de Buena Administración (legalidad, no discriminación y trato igual, proporcionalidad y consistencia), Reglamento para Buen Comportamiento Administrativo (objetividad e imparcialidad, información sobre procedimientos administrativos), información sobre los derechos de las partes interesadas (escuchar a todas las partes directamente interesadas, deber de justificar las decisiones, deber de establecer los procedimientos de apelación), atención de solicitudes de información (solicitudes de documentación, correspondencia, comunicaciones telefónicas, correo electrónico, solicitudes por parte de los medios de comunicación), protección de información personal y confidencial y procedimientos de reclamación (Comisión Europea y Ombudsman Europeo).

¹³ LSE Study Group on European Administrative Law, Taking Governance Seriously, párrafo. 1, Marzo 2002.

¹⁴ D.M. Curtin, I.F. Dekker, Governance as a legal concept within the European Union; purpose and principles.

principios legales que están ligados a la Buena Gobernabilidad, expresando diversas concepciones del concepto de los principios de la Buena Gobernabilidad.

Sin embargo, existen aún más elementos en el ámbito europeo los cuales, desde una perspectiva más amplia, son relevantes al diálogo sobre el concepto de la Buena Gobernabilidad, en relación con la “Buena Gobernabilidad en la Unión Europea”. El 6 de setiembre del 2001, el Parlamento Europeo adoptó una resolución que contenía el “Código de la Buena Conducta Administrativa” el cual las instituciones y órganos de la Unión Europea, sus funcionarios y cuerpos administrativos deben respetar en sus relaciones con el público.

Este Código está basado en el trabajo del Ombudsman Europeo sobre la mala administración¹⁵. La mala administración ocurre cuando un órgano público no actúa de acuerdo con alguna norma o principio que éste tenga el deber de observar en forma vinculante¹⁶.

El Código especifica principios tales como la ausencia de discriminación (artículo 5), proporcionalidad (artículo 6), la ausencia del abuso de poder (artículo 7), imparcialidad e independencia (artículo 8), objetividad (artículo 9), legitimidad en las expectativas, la consistencia y los consejos brindados (artículo 10), justicia (artículo 11), cortesía (artículo 12), el derecho a ser escuchado y a hacer afirmaciones (artículo 16), un límite razonable de tiempo para la toma de decisiones (artículo 17) y el deber de exponer los fundamentos para tomar una decisión (artículo 18).

¹⁵ El Reporte Anual del Ombudsman Europeo de 1995 contiene una lista no exhaustiva de ejemplos de mala administración; en noviembre de 1998 el Ombudsman, por iniciativa propia, inició una investigación para que todas las instituciones de la Comunidad pudieran adoptar un Código de Buen Comportamiento Administrativo.

¹⁶ Definición en el Reporte Anual de 1997.

Comparando el Código de Buena Conducta Administrativa de la Comisión, este código es más claro y contiene mayores detalles, y por lo tanto cuenta con un mayor desarrollo.

El Código del Ombudsman contiene en esencia: la base sustantiva clásica y los principios que definen los procedimientos del derecho administrativo (derecho a la defensa, fundamento para las decisiones, no discriminación, imparcialidad, posibilidad de apelación, etc.), así como algunas reglas del buen funcionamiento administrativo (envío de un acuse de recibo, transferir el expediente al servicio competente, y una indicación de la responsabilidad oficial). Sin embargo, ambos tipos de normas son, debido a su condición legal, parte integral de los principios de Buena Gobernabilidad.

El Código desarrolla los derechos fundamentales de los ciudadanos en la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” proclamada en la Cumbre de Niza en diciembre del 2000¹⁷. En febrero del 2000, el Ombudsman Europeo exhortó a que la Carta incluyera, junto a los así llamados derechos “clásicos” fundamentales, los derechos de los ciudadanos a una administración abierta, que rinda cuentas con claridad y que tenga visión de servicio¹⁸. En el Capítulo V (Derechos de los Ciudadanos) de la Carta, el artículo 41 incluye el “derecho a la buena administración”, el cual establece que cada persona tiene el derecho de que sus asuntos sean atendidos imparcialmente, con justicia y en un lapso de tiempo razonable por las instituciones y órganos de la Unión. Este derecho incluye, particularmente, el derecho

¹⁷ En el Tratado de Amsterdam de 1997 (artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea) la UE asumió el respeto de los derechos fundamentales según están garantizados en la Convención Europea de Derechos Humanos como principios generales de Derecho Comunitario.

¹⁸ Discurso del 2 de febrero de 2000 a la Convención responsable de elaborar el borrador de la Carta, presidida por Roman Herzog.

al acceso al propio expediente, y la obligación de la administración a exponer las razones para sus decisiones: el derecho de todas las personas a una buena administración.

Paralelamente al derecho a la buena administración, la Carta incluye el derecho a tener acceso a la documentación (artículo 42), el derecho a presentar una denuncia ante el Ombudsman Europeo (artículo 43) y el derecho a presentar una petición ante el Parlamento Europeo (artículo 44). Contrariamente a lo que algunos podrán pensar, y considerando las especulaciones sobre el carácter legalmente vinculante de la Carta, uno debe notar que la Carta ya ha comenzado a inspirar a las instituciones y órganos de la Comunidad. Tal es el caso del Parlamento y la Comisión, instituciones que han publicado comunicados donde indican que respetarán la Carta en sus actividades. Finalmente, la Corte de Justicia y el Ombudsman Europeo también han comenzado a referirse a la Carta. Por el momento, son los procuradores generales de la Corte quienes, en sus opiniones, invocan la Carta. Un análisis detallado de la base de datos de la Corte de Justicia muestra 15 opiniones que ya han hecho referencia a la Carta¹⁹. El siguiente paso en la evolución de la Carta es su inserción a los Tratados²⁰.

El artículo 41 de la Carta es sencillamente una enumeración no exhaustiva de los principios básicos de la Buena Administración. Para que el derecho a la buena administración sea efectivo para los ciudadanos, está claro que una legislación administrativa europea con normas de Buena Administración debe ser adoptada.

Hay una razón adicional para esta regulación administrativa de Buena Gobernabilidad. La diversidad de

¹⁹ Olivier Verhecke, The role and activities of the European Ombudsman, conferencia impartida el 29 de abril de 2002, Bruselas.

²⁰ El Consejo Europeo de Niza decidió que la Carta será una parte integral del trabajo, en vista de la próxima Conferencia Inter-Gubernamental (IGC).

Códigos que han sido adoptados por las diversas instituciones y órganos de la Comunidad podrían generar confusión. Ya hemos visto un ejemplo de esto en las palpables diferencias entre el Código de la Comisión y el del Ombudsman. En abril del 2000, el Ombudsman preparó un reporte especial para el Parlamento Europeo en el cual fue recomendado que, para efectos de contar con regulaciones de buen comportamiento administrativo aplicables por igual a todas las instituciones y órganos de la Comunidad en sus relaciones con el público, debería de adoptarse una legislación administrativa europea sobre la buena administración²¹.

El Ombudsman Europeo²² ha apoyado firmemente la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales dentro del futuro Tratado Constitucional. Este debería ser legalmente vinculante en la legislación de la EU tal y como se prevé en el Artículo 5 de los primeros 16 Artículos circulados por la Convención en febrero del 2003. El Artículo 5 en el proyecto de Tratado Constitucional también prevé que la UE pueda adherirse a la Convención Europea de Derechos Humanos, puesto que hasta la fecha únicamente los estados nacionales han tenido la potestad de participar. Sin embargo, los derechos sin el medio para salvaguardarlos no resultan muy útiles. Por lo tanto, es importante que se establezca explícitamente el medio de restitución disponible cuando dichos derechos no sean respetados. En el Artículo 7 del proyecto de Tratado Constitucional ahora se menciona al Ombudsman en el Título II “Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión”, junto con el derecho a presentar

²¹ El Parlamento Europeo, en su capacidad como la única institución europea que representa a todos los ciudadanos europeos, podría tomar la iniciativa de iniciar un procedimiento que conduzca a la adopción de dicha ley en la forma de un Reglamento.

²² Olivier Verheecke, The role of the European Ombudsman in an enlarged Union, conferencia impartida el 23 de mayo de 2003, Bruselas.

peticiones ante el Parlamento Europeo. Asimismo, el Artículo 35 del Título VI “La vida democrática de la Unión”, que estipula que será nombrado un Ombudsman para recibir las denuncias sobre mala administración.

La discusión sobre la noción de Buena Gobernabilidad no es una discusión típica de derecho europeo, en el derecho internacional y nacional encontramos un debate similar, aunque estos diálogos no siempre son reconocidos como debates sobre la Buena Gobernabilidad puesto que los mismos términos con los mismos contenidos no siempre son utilizados en las discusiones. Existen tendencias comparables en las discusiones sobre Buena Gobernabilidad en tres ámbitos del derecho: el Derecho Administrativo, el Derecho Europeo, y el Derecho Internacional. Por esta razón es muy importante aclarar la interrelación entre estas discusiones en estos tres diferentes ámbitos legales.

En relación con el debate del derecho internacional, quisiera reiterar las diversas definiciones de Buena Gobernabilidad que son provistas por instituciones internacionales como el PNUD²³, la CNUDH²⁴, la OCED²⁵, el FMI²⁶ y el Banco Mundial²⁷; todas estas instituciones trabajan con la noción de “Buena Gobernabilidad”. Este amplio debate internacional sobre “Buena Gobernabilidad” inició a principio de los 1980s y continúa aún. A menudo el carácter de esta discusión parece ser más política que legal; en mi opinión debemos de concentrar la discusión más en la Buena Gobernabilidad y

²³ UNDP. Documento de política Gobernabilidad para el Desarrollo Humano Sostenible, 1997.

²⁴ CNUDH. Resolución 1998/72.

²⁵ OCDE Comité de Asistencia para el Desarrollo, Parte I y Parte II, París 1997; OECD, Gobernabilidad en el Siglo 21, París 2001.

²⁶ El FMI y la Buena Gobernabilidad, 2002.

²⁷ Banco Mundial. Buena Gobernabilidad y Transparencia Fiscal, 1994; Banco Mundial. Corrupción y Buena Gobernabilidad, 1997.

especialmente en las normas legales para las actividades de administración pública. Esta normativa puede encontrarse en la legislación en diversos niveles, pero también puede ser el resultado de la discusión política.

Por lo tanto, debemos prestar atención a la normativa legal de Buena Gobernabilidad. Pero la cuestión resultante es la siguiente: ¿Cuál es el contenido de la normativa legal para la administración desde el punto de vista del legislador, el administrador público, el poder judicial y demás instituciones de control? Este es uno de los temas centrales del Derecho Administrativo. ¿Qué podemos encontrar en la Constitución y en la legislación, y cuáles normas surgen a partir de la jurisprudencia del poder judicial o de otras instituciones controladoras como el Ombudsman o la Corte de Cuentas? ¿Hay acaso necesidad de codificar esta jurisprudencia? Pero además los desarrollos en Derecho Internacional y Derecho Europeo y sus consecuencias a nivel nacional pueden hacer que sea necesario redefinir el contenido de los principios de Buena Gobernabilidad, incluyendo la Administración Apropiada²⁸.

Los aspectos que menciono aquí están directamente relacionados con las inquietudes que fueron discutidas durante la capacitación. Dichas inquietudes, que también son los temas centrales de este artículo, fueron:

1. ¿Cuáles son los parámetros de Buena Gobernabilidad que son aplicables al Derecho Administrativo y cómo han sido éstos desarrollados a lo largo del tiempo?
2. ¿A qué se refiere la dimensión legal de los principios de Buena Gobernabilidad en el ámbito nacional y regional (Centroamericano y Europeo)?

²⁸ En una publicación futura una concepción del Derecho Administrativo Internacional y Comparativo que orbita alrededor de este tipo de desarrollos recíprocos será presentado: G.H. Addink, *International en vergelijkend bestuursrecht (Derecho Administrativo Internacional y Comparativo)*, publicación prevista en 2003.

3. ¿Existen posibles puntos de encuentro, o de conflicto (o diferencias contrastantes) entre los órdenes legales nacionales y regionales en la aplicación de los principios de Buena Gobernabilidad?
4. ¿Cuáles son los resultados de la comparación con países de América Central en cuanto a los principios de Buena Gobernabilidad desde una perspectiva nacional y regional?

Dichas cuestiones serán elaboradas de la siguiente manera en este documento, cuya discusión está enfocada a los “principios de Buena Gobernabilidad”. En primer término, se desarrollará la perspectiva teórica sobre los principios de Buena Gobernabilidad. En segundo lugar, serán expuestos los orígenes de estos principios en el Derecho Administrativo (Holandés) con el fin de aclarar los parámetros de Buena Gobernabilidad. Seguidamente, se tomará en cuenta los desarrollos de los “principios de Buena Gobernabilidad” en el Derecho Administrativo y en la relación con otros aspectos legales. Como cuarto punto, se explicará la dimensión legal de los principios de Buena Gobernabilidad que ha sido desarrollada en el Derecho Administrativo durante los últimos diez años. A continuación se comparará el contenido de principios individuales de Buena Gobernabilidad en el Derecho Administrativo con los contenidos de los Principios a nivel europeo. Finalmente, se aportarán algunas conclusiones en relación al tema central de investigación y se presentarán algunas sugerencias para el futuro.

Pero antes es necesario hacer algunos comentarios respecto a la terminología.

2. Algunos comentarios relacionados con la terminología en este documento

Los comentarios sobre los términos principales utilizados en este documento son relacionados con: a. “Gobernabilidad” y “Administración”; b. “Buena Gobernabilidad” y “principios de Buena Gobernabilidad”; c. “principios de Buena Gobernabilidad” y “principios de Administración Adecuada”.

En vista del enfoque sobre los principios, no se hace ninguna distinción entre los contenidos de los términos “Gobernabilidad”²⁹ y “Administración”³⁰. Sin embargo claro está que el uso de diferentes definiciones es posible; especialmente en el campo de las ciencias políticas se han encontrado diferentes definiciones del término gobernabilidad³¹. Es mi impresión que la mayoría de estas definiciones se relacionan con el enfoque de las ciencias políticas. A su vez, concuerdo en su esencia con los críticos del Grupo de Estudio del LSE sobre Derecho Administrativo Europeo³² quienes opinan que en el Libro Blanco debería

²⁹ En diccionarios, aparecen las siguientes definiciones de *Governance* (Gobernabilidad): ejercicio de autoridad; control; gobierno; arreglo. Otras dos breves definiciones de Gobernabilidad son las siguientes: 1. el acto, proceso, o poder de gobernar; 2. el estado de ser gobernado. Otras dos descripciones: 1. las personas (institución) que componen el cuerpo gobernante y que administran algo; 2. el acto de gobernar, ejercer autoridad.

³⁰ En diccionarios, encontramos las siguientes definiciones de Administración en el contexto gubernamental: 1. el acto de administrar (gestión de un gobierno); 2. la actividad de un gobierno en el ejercicio de sus poderes y deberes; 3. la rama ejecutiva de un gobierno; 4. oficina de un oficial u órgano ejecutivo; 5. gestión legal y disposición de un fideicomiso o bien; 6. dispensar, aplicar o tomar algo como un juramento.

³¹ Robert Rhodes encontró al menos seis usos del término gobernabilidad: R. Rhodes, *The New Governance: Governing Without Government*, 1996, 44 *Political Studies* 652. Este politólogo hace referencia principalmente al gobierno en el estado minimalista post-moderno (= Buena Gobernabilidad); los otros conjuntos de significados están relacionados con el análisis de sistemas, los sistemas socio-cibernéticos y las redes auto organizantes.

³² LSE Study Group on European Administrative Law, *Taking Governance Seriously*, párrafo 1, Marzo 2002.

determinarse en detalle y no solo en forma institucional e instrumental, sino también en términos normativos, cuál debe ser – desde la perspectiva de la Comisión – el contenido de la gobernabilidad.

Ambos términos, gobernabilidad y administración, son utilizados aquí en tanto que es crucial –desde una perspectiva de Derecho Administrativo– que estos términos impliquen actividades para el cumplimiento de las funciones de promoción de los intereses generales. Por lo tanto, podría haber utilizado los términos “Gobernabilidad Pública” o “Administración Pública”. Estas actividades –al cumplirse una tarea pública– puede que no solo sean desempeñadas por la administración pública tradicional a nivel central o descentralizado, sino también por órganos administrativos independientes e instituciones privadas que desempeñan estas actividades en el interés público y que no tengan ninguna relación jerárquica con otras áreas del gobierno. Asimismo, para estas instituciones las normas de Buena Gobernabilidad son relevantes. Por otra parte, también en la sociedad diversos tipos de normas están en el proceso de desarrollo; pueden verse dichas normas en las industrias: principios de Gobernabilidad Corporativa.

Mi segundo comentario es relativo al carácter de las discusiones que deberían de sostenerse: ¿es necesario hablar sobre los diferentes tipos de actividades de gobernabilidad (Buena Gobernabilidad) o deberá tomarse como punto central de la discusión los diferentes principios como los mecanismos que encausarán estas actividades (los principios de Buena Gobernabilidad)? Considero, dado que la primera cuestión central involucraba los parámetros de Buena Gobernabilidad, que el punto central en la discusión debe ser: los principios de la Buena Gobernabilidad. Otro elemento al cual hace referencia la literatura es que la gobernabilidad implica una referencia a la metodología del gobierno en un estado post-moderno y minimalista, y cubre

el concepto de “Buena Gobernabilidad” y las metas de eficiencia de la nueva gestión pública³³. Para mí, el término gobernabilidad tiene un contenido no-normativo, y por lo tanto prefiero utilizar el término Buena Gobernabilidad en las discusiones sobre normativa legal.

En la discusión sobre la Buena Gobernabilidad estamos hablando no sólo de órdenes y decisiones de la administración pública, sino también sobre otros ámbitos como el de sus actividades privadas y acciones factuales. Todas estas formas de comportamiento en torno a la gobernabilidad están vinculadas con los principios de Buena Gobernabilidad y por lo tanto la atención en este caso se concentra en una perspectiva más amplia de gobernabilidad.

El último comentario, es que la literatura en ocasiones se refiere a los “principios de Buena Gobernabilidad” y “principios de Buena Administración”, y otras veces habla de “principios de Administración Justa”. Como se mencionó anteriormente, para mí no hay diferencia entre “gobernabilidad” y “administración” y por lo tanto podemos hablar también de “principios de Buena Administración”; estos principios también son utilizados por el Ombudsman para determinar si ha habido mala administración³⁴. Más adelante en este documento, aclararé que los “principios de Buena Administración” son más amplios que los “principios de la Administración Apropiada”; en tanto que los “principios de Administración Justa” en este caso tienen los mismos contenidos que los “Principios de Administración Apropiada”.

³³ LSE Study Group on European Administrative Law, Taking Governance Seriously, párrafo 1, Marzo 2002; R. Rhodes, The New Governance: Governing Without Government, 1996, 44 Political Studies 652.

³⁴ Art. 138e (1) Tratado de la CE.

Otro asunto relevante será entonces el siguiente: ¿Cuándo una actividad no es acorde con los principios de Buena Administración o los principios de Administración Apropiaada, es ésta una actividad ilegal? Eso dependerá de los contenidos de la ley. Desde mi perspectiva, estos principios son tan cruciales, que una actividad contraria a los mismos es ilegal. Para mí, esta actividad es por lo tanto “contraria a la ley” pero esto es esencialmente más que los aspectos legales tradicionales, puesto que también incluye los aspectos de rendición de cuentas y efectividad³⁵.

3. Principios de Buena Gobernabilidad, la perspectiva teórica

Esta sección contiene un breve esbozo de la perspectiva teórica que conforma las bases del enfoque aquí expuesto. Como se deriva de lo expuesto anteriormente, la marca distintiva de este enfoque es que se orienta hacia los principios de Buena Gobernabilidad. Esta aproximación desde los principios se deriva de, y está inserta en, un área de la investigación legal designada bajo el nuevo concepto de “Derecho Administrativo Internacional y Comparativo”. Este campo del estudio del derecho examina la forma en que el Derecho Administrativo opera en el contexto del orden legal (internacional, europeo y nacional) global(izante). Lo anterior se realiza en forma comparativa por una parte, y por otra desde un punto de vista sistemático-dogmático en el cual la interacción entre los órganos del Derecho Administrativo en los diversos niveles y en los diferentes países forma el eje central de interés.

³⁵ Dos aspectos son relevantes, uno formal y uno sustantivo. El aspecto formal es que la ley puede prescribir que debe prestarse atención a la rendición de cuentas y la efectividad. El aspecto sustantivo es que, en relación con la rendición de cuentas y la efectividad, en la práctica es más un proceso que una acción; dicho proceso puede ser controlado también por la magistratura.

Puede afirmarse que el concepto de Buena Gobernabilidad puede operar como el punto focal, central y sistemático para este campo y que el profundizar sobre los principios de Buena Gobernabilidad puede ser sumamente útil para desarrollar un marco normativo en materia de gobernabilidad en el entorno cambiante de la administración pública en múltiples niveles en un mundo en el proceso de globalizarse³⁶.

Por lo tanto, el enfoque planteado con su énfasis en los principios de la Buena Gobernabilidad es parte de una concepción más extensa del Derecho Administrativo Internacional y Comparativo. Es en parte debido a esto que una sección de esta contribución se ocupa de la comparación entre los principios en el ámbito nacional –como en el caso de Holanda– y en el ámbito europeo.

Sin embargo, dentro de esta perspectiva se integran dos corrientes de pensamiento adicionales. Estos son, la visión desde el enfoque de Dworkin del sistema de Derecho Administrativo en primer lugar, y en segundo término, y de manera más específica, la interpretación de Curtin y Dekker sobre la Buena Gobernabilidad como un concepto interpretativo³⁷ planteada en su contribución a este volumen, y también la aplicación que hace Werner³⁸ del concepto interpretativo. Un elemento crucial en el enfoque de Dworkin es que el aspecto legalmente vinculante de los

³⁶ G.H. Addink, *Internationaal en vergelijkend bestuursrecht* (Derecho Administrativo Internacional y Comparativo), publicación prevista para 2003.

³⁷ D.M. Curtin, I.F. Dekker, *Governance as a legal concept within the European Union; purpose and principles*.

³⁸ W.G. Werner, *State Sovereignty as an interpretive concept*, Documento para la “Mesa Redonda sobre Gobernabilidad y Teoría Legal Internacional”, Utrecht, Julio de 2002.

principios es posible, debido a que existe una discreción³⁹; los principios establecen claramente que las normas deben de ser interpretadas⁴⁰. Por lo tanto, la conexión que se establece en esta publicación entre los principios de Buena Gobernabilidad y el Concepto Interpretativo es según las ideas desarrolladas por Dworkin.

Asimismo, profundizaré sobre la visión desde la línea de Dworkin sobre el Derecho Administrativo y algunos aspectos fundamentales concernientes a los conceptos de principios de Buena Gobernabilidad aquí desarrollados. En la visión desde los postulados de Dworkin sobre el sistema de Derecho Administrativo, deben tomarse una serie de pasos. También es necesario realizar una extrapolación en dos direcciones sobre el trabajo de Dworkin: a. desde la magistratura hasta el administrador y el legislador,⁴¹ y b. desde el nivel nacional hasta los niveles regional e internacional⁴². El primer paso es la posición de Dworkin en sus discusiones con Hart; el segundo paso es el vínculo más directo entre Dworkin y el Derecho Administrativo y el debate continuo aquí en Holanda. A partir de éstos, se establece un enlace directo con los principios de Buena Gobernabilidad y los principios de Administración Apropriada. El último aspecto es el doble enfoque comparativo tal y como se elabora aquí: horizontal y vertical.

³⁹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres 1977, p.28 y 31.

⁴⁰ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Londres 1986, capítulo 2.

⁴¹ El análisis de Dworkin – tomando el punto de vista de los participantes internos (p.14) – se enfoca en los jueces, pero los mismos comentarios podrían hacerse sobre los legisladores u otros funcionarios públicos: R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Londres, Inglaterra 1986, p.12. Otro argumento para esta elección puede encontrarse en la p.15: Pero la estructura del argumento judicial es típicamente más explícita, y el razonamiento judicial tiene influencia sobre otras formas de discurso legal que no son plenamente recíprocas.

⁴² Dworkin especialmente hace una comparación horizontal: ver el Caso Elmer (Dworkin, p.15) y el Caso McLoughlin (Dworkin, p.23), el Caso Snail Darter (Dworkin, p.20) puede ser visto como un ejemplo de comparación vertical.

Comenzando con Hart⁴³, él ha criticado a Austin por describir la ley únicamente en términos de “regularidad comportamentista” y “obediencia”, basado en los hábitos y el temor a las sanciones⁴⁴.

En la opinión de Hart, los verdaderos fundamentos de la legalidad yacen en la aceptación por parte de la comunidad, de una regla maestra fundamental (él llamaba a esto la “regla del reconocimiento”) que le asigna a personas o grupos particulares la autoridad de crear las leyes.

Van Oenen⁴⁵ escribió en su resumen en forma somera los aspectos cruciales de este debate:

“Hart mejoró la concepción de Austin al introducir el concepto de una “regla”, la cual incorpora tanto un aspecto (Austiniano) de “regularidad” o “medida”, y un aspecto normativo o “interno”. Describió la ley como un sistema de reglas (primarias y secundarias) con un aspecto interno: los sujetos de ley, o al menos los oficiales jurídicos, no “siguen” simplemente las reglas, también ven las reglas como normas para su propio comportamiento y el de los demás.

De esta forma, Hart adicionó una dimensión “hermenéutica” modesta a la teoría positivista del derecho; la descripción de la ley adquiere un elemento de interpretación evaluación o reflexión. Pero el contenido moral de las reglas o normas legales no juega ningún papel

⁴³ M.A. Loth, H.L.A. Hart, en: *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, Arnhem 1992, p.119-137.

⁴⁴ A. Soeteman, Ronald Dworkin, en: *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, Arnhem 1992, p.159-183; Gijs van Oenen, *Conventie en rechtsintridge; een visie op de rechtstheorie van Ronald Dworkin*, prft., Zwolle 1994.

⁴⁵ Gijs van Oenen, *Conventie en rechtsintridge; een visie op de rechtstheorie van Ronald Dworkin*, prft., Zwolle 1994, p.259.

en esta teoría, debido al hecho empírico de que los sistemas concretos de leyes difieren enérgicamente en este aspecto (excepto para el “contenido mínimo de la ley natural”, por supuesto). Por lo tanto, el contenido moral no puede formar parte del concepto de ley. Las reglas morales y legales se distinguen por medio de reglas secundarias, reglas procesales de reconocimiento sin un contenido necesariamente moral. (...)

El positivismo legal no niega, y de hecho no requiere negar, que la práctica legal tiene, o al menos puede tener, un “punto” moral. Lo que sí niega, es que la ley no puede ser descrita sin referencia a tal punto o propósito moral. Sin embargo, Dworkin argumenta que el marco positivista, aún cuando es modificado y “alargado”, está errado puesto que no puede tomar en cuenta todos los principios morales que figuran en la práctica y en la adjudicación de la ley. El papel que juegan algunos principios morales en la ley puede ser explicado únicamente desde la perspectiva hermenéutica de la cual carece la teoría de Hart.

Dworkin afirma también que Hart reduce equívocamente la dimensión hermenéutica de la ley a una descripción sociológica del comportamiento oficial. Esta valoración no le hace justicia a la auto imagen o el auto concepto de los abogados. Los participantes en una práctica social, como es el derecho, siempre observan la práctica desde una perspectiva interna.

Para Dworkin, el razonamiento sobre la solución correcta siempre implica el imponer un “punto” moral de la ley. Este “punto” opera como el punto focal de una construcción que intente dar la mayor coherencia posible a las normas aplicables y relacionadas. Desde esta perspectiva, los principios morales que juegan un papel en la argumentación de la decisión deben de ser considerados como parte de la ley misma”.

En el concepto de Hart –regla de ley– en relación con la discreción de la magistratura o judicatura – pueden encontrarse dos tipos de principios: principios que son parte de una legislación positiva y principios aceptados por la magistratura en una interpretación posible de una serie de casos⁴⁶. Dworkin percibe un tercer grupo mencionado en la literatura: principios que son parte de los antecedentes, implícitos, “inconscientes” del sistema de normas legales.

Dworkin ve aún más categorías: principios que no son generalmente aceptados. Desde esta perspectiva el modelo busca conducir a una construcción coherente de la mayor parte posible del sistema de leyes, basado en los principios que lo justifican. El ponderar estos principios (en competencia unos con otros) siempre (o casi siempre) conduce a la conclusión de que existe una respuesta correcta. El enfoque interpretativo de Dworkin a las prácticas sociales está basado en los ideales de justicia, trato equitativo, e integridad.

En la literatura de Derecho Administrativo⁴⁷ se ha hecho una conexión entre la teoría de Dworkin y los principios de Administración Apropriada, en tanto que los principios de Administración Justa también son mencionados (sin embargo, como afirmé anteriormente, este documento no hace distinción alguna entre los dos últimos conceptos), los cuales sirven como una guía para los actores centrales del derecho administrativo: el legislador, el administrador

⁴⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, p.144.

⁴⁷ B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle 1987, quien ve una relación entre los principios legales y el derecho procesal administrativo; G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (Principios de Administración Apropriada), Deventer 1999, quien elabora en su capítulo 2: Fundamentos de los Principios de Administración Apropriada; G.M.A. van der Heijden, *Een Filosofie van Behoorlijk Bestuur* (Una filosofía de la Administración Apropriada), Deventer 2001, quien desarrolla una teoría más amplia de la filosofía legal en relación con la administración apropiada.

público (administrador), el juez (magistratura) y los ciudadanos (sociedad). En el trabajo de Dworkin reciben especial atención las diferencias que éste plantea a. entre los principios y las normas y b. entre los principios y las políticas y la afirmación de que los principios de administración justa son principios, y no normas.

Van der Heijden⁴⁸ elabora un método de encontrar respuestas a los asuntos de Derecho Administrativo y analiza todos los quince principios (que consisten de seis grupos de principios) en un caso con el fin de apoyar la justicia y equidad de la acción administrativa en el caso. En el mismo caso, muestra cómo la aplicación de los principios de la administración justa es posible en combinación con los criterios de efectividad y eficiencia. Dicho autor concluye⁴⁹

“Algo característico del método encontrado para obtener respuestas a cuestiones de derecho administrativo es que éste no sólo es aplicable en casos donde los jueces deben emitir una sentencia. El método también es útil para el análisis de políticas ex ante y ex post, y en la situación de desarrollar y conducir políticas. Especialmente en esta última situación los principios de la administración justa son fundamentales, puesto que tienen influencia directa sobre los cambios en el mundo real. Este carácter fundamental de los principios debe de ajustarse al sistema de derecho administrativo que tradicionalmente reconoce estos principios como garantías jurídicas en lugar de instrumentos. Esto se realiza definiendo la instrumentalidad como una función de brindar garantías, y garantías judiciales como instrumentos. Esto tiene como resultado un sistema que de acuerdo con las ideas de Dworkin puede llevar a preguntas de la legislación que sean reconocidas en

⁴⁸ G.M.A. van der Heijden, *Een Filosofie van Behoorlijk Bestuur*, Deventer 2001, p.273.

⁴⁹ *Ibid*, p.275.

la comunidad interesada como las respuestas que ofrecen la mejor interpretación posible de las políticas y la legislación en esta comunidad”.

¿Cómo puede el concepto de Buena Gobernabilidad operar enmarcado en un enfoque como el que se describe anteriormente?

Una respuesta a esta inquietud puede encontrarse en el punto de vista presentado por la contribución a este volumen realizada por Curtin y Dekker⁵⁰. En su artículo sugieren que el concepto de (Buena) Gobernabilidad⁵¹ puede ser concebido como un concepto legal interpretativo, una noción que también se origina en el pensamiento de Dworkin⁵², al igual que Werner, quien ha propuesto lo mismo en relación con el concepto de la soberanía del estado⁵³. Los principios de Buena Gobernabilidad, que tal y como se ha afirmado, constituyen el punto focal de la apreciación aquí presentada, se ajustan armoniosamente a este esquema conceptual. Como afirman Curtin y Dekker “de acuerdo con Dworkin (...) [un concepto “interpretativo” legal] juega un papel importante en el discurso legal de una comunidad mediante la estructuración de diferentes conceptos en torno a un valor común fundamental y por lo tanto, contribuyen al desarrollo del sistema legal de tal comunidad. Estas diferentes

⁵⁰ D.M. Curtin, I.F. Dekker, Governance as a legal concept within the European Union; purpose and principles.

⁵¹ En su artículo y en este documento, hay una diferencia en terminología entre “Gobernabilidad” o “Buena Gobernabilidad”, pero no en la forma en que es utilizada. Mi impresión es que las ven como normas organizacionales, sin embargo yo las veo como normas para la acción gubernamental.

⁵² A. Soeteman, Recht als interpretatief verschijnsel, el cual es un párrafo en su descripción del trabajo de Ronald Dworkin, en: Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw, Arnhem 1992, p.170 e.v.

⁵³ W.G. Werner, ‘State Sovereignty as an Interpretive Concept’, Documento para la ‘Mesa Redonda sobre Gobernabilidad y Teoría Legal Internacional’, Utrecht, Julio de 2002. Ver el documento por Curtin y Dekker y el de Werner para una exposición detallada de esta perspectiva.

concepciones son, en gran medida, expresadas en los principios vinculados al concepto legal “interpretativo”⁵⁴.

En línea con lo anterior, tres niveles pueden ser discernidos: diferentes concepciones de Buena Gobernabilidad asociadas con este concepto (1), los cuales son expresados en diferentes configuraciones de los principios de Buena Gobernabilidad (2), los cuales a su vez forman una interpretación de las prácticas y los materiales legales relevantes (3).

Como se afirmó al principio de esta sección, la Buena Gobernabilidad puede ser vista como el punto focal central y medular del Derecho Administrativo e Internacional. De lo anterior se deriva una importante consecuencia: significa que, dado que el Derecho Administrativo Internacional y Comparativo tiene como su área temática el Derecho Administrativo en diferentes niveles y campos del orden legal global, sus materiales legales relevantes en este aspecto están compuestos por diferentes componentes de este orden legal global. Como queda claro en la introducción, en esta forma se da una confrontación con una amplia gama de diferentes concepciones de la buena gobernabilidad asociada con los materiales y/o expresadas por las diversas instituciones como el FMI, la Comisión Europea, etc. Es importante destacar, sin embargo, que pese a sus obvias divergencias, bajo un análisis más profundo también se encuentran importantes similitudes y paralelismos. Revelar estos elementos de convergencia es una tarea importante del Derecho Administrativo Internacional y Comparativo.

En línea con la extrapolación de la visión acorde a Dworkin sobre el Derecho Administrativo el enfoque presentado aquí se concentra en los principios de Buena Gobernabilidad. Como Curtin y Dekker afirman, las diversas

⁵⁴ D.M. Curtin, I.F. Dekker, Governance as a legal concept within the European Union; purpose and principles.

concepciones de la Buena Gobernabilidad son, en gran medida, expresadas en los principios asociados al concepto. Por lo tanto, contamos con diferentes conjuntos de principios que corresponden a diversas concepciones de la Buena Gobernabilidad. Pero además, en este punto la observación de la (creciente) convergencia es relevante. Dado que las diversas concepciones de Buena Gobernabilidad giran en torno a un *punto* en común, es probable que exista una intersección considerable.

En parte debido a su dimensión legal-dogmática, este enfoque centrado en los principios, es especialmente sensible al carácter de ley de los mismos. En este caso, hay dos puntos que son de particular importancia. El primero es que, como ya se ha afirmado, de acuerdo a la imagen general según la visión de Dworkin de la ley los principios que conforman la mejor interpretación de la materia legal relevante forman parte de la ley. Por supuesto, esta es una descripción ideal, en realidad uno verá una evolución gradual de los diferentes principios desde un carácter “suave” de legislación, hasta el contenido legal más sólido. El segundo es que estos principios están relacionados con los materiales legales, lo cual trae consigo su propia fuerza normativa específica. Sobre este segundo punto se profundizará en el último tema.

En relación con lo anterior, es útil recordar la interesante observación realizada por Koopmans relacionada con los Principios Generales de Ley en los Sistemas Europeo y Nacional de Legislación en general que éstos “son, en cierto sentido, una especie de viajeros de negocios que hacen todos los días el mismo trayecto. Frecuentemente, se trasladan de los sistemas de leyes nacionales al Derecho Comunitario Europeo, como principios comunes a los sistemas legales de

los Estados Miembros. Posteriormente, después de haber sido bautizados como principios Generales del Derecho Comunitario, viajan de regreso a los sistemas nacionales como parte de la influencia del Derecho Comunitario en las leyes nacionales”⁵⁵.

También concluye que “los principios generales no son, o al menos han dejado de ser actualmente, utilizados para rellenar espacios vacíos entre las disposiciones legales debidamente establecidas por los enmarcadores de la legislación, constitución o tratados. Por el contrario, son una parte integral de las herramientas conceptuales utilizadas hoy en día por los jueces para resolver los conflictos”⁵⁶. Este desarrollo corresponde, desde el punto de vista de Koopman, a una evolución más amplia, en la cual la creciente anuencia a basarse en los Principios Generales de la Ley es parte de la respuesta a la cuestión de la creciente incapacidad de las fuentes más tradicionales de la ley como son los códigos, estatutos, y regulaciones, ante el progreso tecnológico, los acelerados procesos de cambio social y la internacionalización de la economía. Desde la perspectiva de este documento, puede afirmarse además que los principios de Buena Gobernabilidad aparentemente brindan una excelente herramienta para desempeñar esta función en relación con el fomento de la buena administración en un mundo que está globalizándose.

Los principios de Buena Gobernabilidad (como se expresan en diversas concepciones) forman una interpretación de las normas expresadas en la materia legal (principalmente las diferentes formas de legislación y jurisprudencia). Por lo tanto, como Dworkin afirma, están

⁵⁵ T. Koopmans, ‘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, p.25.

⁵⁶ *Ibid.*, p.34.

relacionadas a estas reglas de dos maneras. Por una parte, debe, como cualquier otra interpretación, de ser coherente, para ajustarse al marco de la normativa. Por otra parte, sin embargo, los principios –una expresión del *punto* de la Buena Gobernabilidad– ejercen una influencia sobre las normas mismas, como aclara Dworkin en relación con un ejemplo imaginario de las “reglas de la cortesía”, “que los requerimientos de la cortesía –el comportamiento que requiere o los juicios que respalda– no son necesaria o exclusivamente lo que siempre se ha asumido que sean, sino más bien son sensibles a este punto, de manera que las reglas estrictas deben de ser comprendidas, o aplicadas, o extendidas o modificadas o limitadas por este punto”⁵⁷. Como un caso especial, puede mencionarse la situación en la que un principio que ha sido implícitamente parte de la ley, es en determinado momento codificado en un elemento de legislación, tal es el caso de algunos de los principios Generales de Administración Apropiada en el Derecho Administrativo Holandés⁵⁸.

4. Los orígenes de los principios de Buena Gobernabilidad en los Países Bajos

En los Países Bajos existe un Estado de Derecho clásico que consiste de cuatro aspectos: el principio de legalidad, la división de poderes, la protección de los derechos fundamentales y el control judicial. En el desarrollo hacia un Estado de Derecho democrático, la norma democrática hace exigencias sobre la organización de la administración, el procedimiento de toma de decisiones y los contenidos de las

⁵⁷ Cf. R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford: Hart 1986, p. 47.

⁵⁸ Aspectos de los Principios de Certeza Legal (GALAarts: 4:23 y 5:22), Confianza (GALA párrafo.4.2.6), Proporcionalidad (GALA, art.3:4-2), Cuidado (GALA, arts. 2:3, 3:2, párrafo.3.4, párrafo.3.5, párrafo.3.6, párrafo.4.1.2 y párrafo.4.1.3) y Razonamiento (párrafo.3.7).

decisiones. La combinación del Estado de Derecho clásico, y la norma de la democracia, el Estado Democrático de Derecho, puede ser visto como la principal fuente para la creación de los principios de Buena Gobernabilidad: los principios de Administración Apropiaada, los principios de la Administración de la Participación Pública, los principios de la Administración Transparente y los principios de la Administración de los Derechos Humanos.

Sin embargo, también existen dos tipos de principios: los principios de la Rendición de Cuentas en la Administración y los principios de la Administración Efectiva. Los de la Rendición de Cuentas en la Administración están vinculados al proceso de asegurar que las actividades de servicio público y, en particular, el ejercicio de los poderes de toma de decisiones, ya sean estos discrecionales o no, se efectúen no solo en una manera legal apropiada, sino también en una manera consistente con la equidad y la buena práctica administrativa⁵⁹.

Voy a profundizar sobre estos elementos de los principios de la Buena Administración en relación con los aspectos anteriormente mencionados. Pero primero debe de decirse que también existen algunas fuentes no puramente legales, tales como la moral, la ética y la política las cuales también puede verse como fuentes de los principios de Buena Gobernabilidad (véase la sección 3). Existe una línea fluida entre estos elementos y las fuentes puramente legales de forma tal que algunos (aspectos de estos) elementos son de hecho parte de la Ley.

El principio de la legalidad implica que las actividades de administración pueden (en principio) basarse únicamente en la ley. En estas leyes, además de las restricciones legales,

⁵⁹ Ver también: Administrative Accountability in the Community: The Role of the Ombudsman, Michael Brophy, en: The European Ombudsman 2002, nr.7, p.9.

el poder discrecional en relación con las órdenes u otras actividades les ha sido otorgado primordialmente a las autoridades administrativas. Por lo tanto, estas actividades pueden ser ejecutadas únicamente de acuerdo con las normas escritas y no escritas, los Principios de la Administración Apropiada, que pueden ser vistos –como se afirmó anteriormente– como parte de los principios de Buena Gobernabilidad. El legislador estableció los principios escritos, pero la magistratura desarrolló los principios no escritos.

La división del poder concierne a tres funciones, –legislativa, ejecutiva y de control del poder– las cuales son desempeñadas por instituciones diferentes. En el inicio, de forma muy separada por el legislador, el administrador y la magistratura, pero cada vez existe una mayor combinación y cooperación entre las diferentes instituciones. Esto significa que hay diferentes posiciones en relación con los principios: el legislador (armonizar y codificar) la administración (conducir el uso de los instrumentos) y la magistratura (revisión judicial)⁶⁰.

La función controladora es tradicionalmente desempeñada por el parlamento y la magistratura; el parlamento está encargado del control político y la magistratura del control legal. Pero cada vez más, dos instituciones realmente independientes están jugando un papel consolador importante, el Ombudsman Nacional y la Cámara General de Auditoría (Corte de Cuentas). Este papel es desempeñado con base en criterios que están estipulados en la legislación, así que son criterios legales, pero el

⁶⁰ G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (Principios de Administración Apropiada), Deventer 1999, hoofdstuk 3, *Verschillende posities in de praktijk: de toetsende rechter, het instrumentele bestuur en de harmoniserende en codificerende wetgever*, p.33-43. Él elabora en el capítulo 3 diferentes posiciones sobre la práctica legal: la verificación por la magistratura, la administración instrumental y el legislador armonizante y codificador.

resultado de esta actividad puede ser únicamente una recomendación. En sus recomendaciones, ambas instituciones han desarrollado principios de Buena Gobernabilidad. Únicamente la magistratura o el parlamento pueden requerir que se ejecuten estas recomendaciones.

Los derechos fundamentales clásicos (derechos civiles y derechos políticos) deben ser protegidos, pero también es preocupante el carácter restrictivo de la administración del poder. En relación con los derechos sociales (derechos socio-económicos y derechos culturales) debería darse una influencia positiva sobre el trabajo de la administración. Por supuesto, las convenciones internacionales y la declaraciones son importantes como fuentes de y como instrumentos para el desarrollo de estos derechos; pero también en los Países Bajos diferentes derechos fundamentales y sociales han sido codificados en la Constitución. Algunos ejemplos son: el artículo 19 (será el cometido de las autoridades el promover la provisión de suficiente empleo), el artículo 20 (será el cometido de las autoridades el asegurar los medios de subsistencia para la población y de alcanzar la distribución de la riqueza), el artículo 21 (será el cometido de las autoridades el mantener el país habitable y proteger y mejorar el ambiente), el artículo 22 (las autoridades deberán tomar medidas para promover la salud de la población) y el artículo 23 (la educación será una preocupación constante del Gobierno).

El Manual de Referencia de los Derechos Humanos⁶¹ dice:

“La buena gobernabilidad y los derechos humanos están estrechamente relacionados. Pueden reforzarse mutuamente de muchas maneras importantes. Ambos se ocupan del estado de derecho y de la equidad en los resultados de las

⁶¹ “Human Rights Reference Handbook, Theo R.G. van Banning, Willem J.M. van Genugten, La Haya 1999, p.97.

políticas de gobierno. También se superponen en áreas específicas. Sus fines centrales se mantienen distintos, sin embargo. La Buena Gobernabilidad se ocupa de proveer a la sociedad con un marco para la efectiva y equitativa generación y división de la riqueza. Los Derechos Humanos buscan proteger la dignidad inherente a cada individuo”.

Por otra parte, en una situación en la que los derechos sociales se tornan más importantes así como el papel de la administración en la creación de las condiciones óptimas para la verdadera protección de los derechos fundamentales, los objetivos centrales están – desde una perspectiva de derecho administrativo – muy estrechamente relacionados. Esto es claramente visible en relación con el trabajo del Ombudsman.

La protección legal por parte de la magistratura es, en este contexto, principalmente relevante en relación con las acciones administrativas, pero el papel del Ombudsman también debe de ser mencionado en este caso. La magistratura proveerá una interpretación de las normas escritas en relación con los principios de Buena Gobernabilidad pero también desarrollará estos principios en la jurisprudencia. El criterio utilizado por el Ombudsman es “mala administración” y por lo tanto será relevante en relación con el desarrollo de los principios de Buena Gobernabilidad.

En relación con el principio democrático las normas sobre la participación de los ciudadanos son relevantes. Dichas normas fueron establecidas en un principio en legislación específica como la Ley de Gestión Ambiental y la Ley de Planificación. Posteriormente, en 1994, estas regulaciones fueron armonizadas en el marco de la Ley General de Derecho Administrativo (GALA, por sus siglas en inglés).

Para que dicha participación fuera fructífera la información de carácter administrativo también es relevante. La transparencia de la administración se relaciona con a. la transparencia de las decisiones y las órdenes, b. la transparencia de las reuniones, c. la transparencia de la información. La parte a. puede verse en el GALA y la parte b. en las regulaciones organizacionales de las diversas instituciones. En cuanto a la parte c. la transparencia en la información, existe un decreto específico sobre el acceso por parte del público a la información gubernamental⁶². En el artículo 2 podemos leer: Una autoridad administrativa deberá, en el ejercicio de sus funciones, divulgar la información de acuerdo con la presente Ley, sin perjuicio de las disposiciones establecidas en otros estatutos. Y en el artículo 8: La autoridad administrativa pertinente deberá proveer, voluntariamente, información sobre sus políticas y la preparación e implementación de las mismas, siempre que la provisión de dicha información sea a favor de la gobernabilidad efectiva y democrática. El artículo 3 estipula que cualquier persona puede acudir a una autoridad administrativa para solicitar información contenida en los documentos concernientes a cualquier asunto administrativo; una solicitud de información será concedida con la debida atención a las disposiciones de los artículos 10 (excepciones) y 11 (restricciones).

Por lo tanto, para la verdadera participación, la información y, aún más importante, el aspecto de transparencia en la administración es crucial. Ambos pueden ser vistos como la parte formal del principio democrático, atendiendo los aspectos sustantivos, los intereses de los individuos y grupos deben de tener un sitio en el proceso de toma de decisiones. Estos aspectos del principio democrático

⁶² La Ley de (Acceso Público a la) Información Gubernamental, 31 de octubre de 1991, en vigencia desde el 1 de mayo de 1992.

tienen consecuencias directas para los principios de la Buena Gobernabilidad, y pueden ser vistos como parte de ésta.

Esta sección se centra en el tema: ¿Cuáles son los parámetros de Buena Gobernabilidad que son aplicables al Derecho Administrativo? Los principios de Buena Gobernabilidad son estos parámetros. Los principios de Buena Gobernabilidad tienen sus raíces en el estado de derecho democrático. Estos principios no sólo se relacionan con las obligaciones que le corresponden a la administración, sino también con los derechos humanos, incluyendo los derechos de los ciudadanos a la participación. Los siguientes seis tipos de principios, parámetros de la Buena Administración, pueden ser distinguidos: a. principios de Administración Apropiada; b. principios de Administración de la Participación Pública; c. principios de Administración Transparente; d. principios de Administración de los Derechos Humanos; e. principios de Rendición de Cuentas en la Administración y f. principios de Administración Efectiva.

Además una conclusión que puede alcanzarse, y que es relevante a la traducción institucional de los criterios de buena gobernabilidad mencionados en el artículo de la invitación, es que, no sólo la administración pública en su sentido tradicional se ocupa de los principios de Buena Gobernabilidad, también otras instituciones desempeñan un papel importante: el legislador, la magistratura y otras instituciones de control independientes como el Ombudsman y la Corte de Cuentas.

5. El desarrollo de parámetros de los principios de Buena Gobernabilidad en el Derecho Administrativo Holandés

Al hablar de los desarrollos de los principios de Buena Gobernabilidad debe de tenerse en cuenta la diferencia en el

desarrollo de los seis tipos de principios de Buena Gobernabilidad. Primeramente, existieron – y cuentan con la historia más extensa – los principios de Administración Apropriada. Un segundo paso lo constituyó el desarrollo de los principios de Participación Pública y de Administración Transparente. El tercer paso fue el desarrollo de los principios de Administración de los Derechos Humanos. El cuarto paso que ha iniciado recientemente lo constituyen los principios de Rendición de Cuentas en la Administración y los principios de la Administración Efectiva.

Después de la Segunda Guerra Mundial las opiniones cambiaron con respecto al papel del Estado en la sociedad, lo cual resultó en consecuencias inmediatas para la administración pública y la ley. El cambio significó un mayor volumen de legislación con muchos mayores poderes administrativos en los diferentes campos de la administración pública. Otra consecuencia fue también el creciente papel de la magistratura. Con el creciente poder para influenciar a la sociedad en diversos campos, también surgió una necesidad de mayor participación por parte de los ciudadanos, especialmente en los campos de políticas en los cuales muchos ciudadanos tienen intereses directos. De tal modo, que las partes interesadas puedan ser fácilmente identificadas. En algunas leyes y decretos administrativos específicos, se trató este tema. El desarrollo de la noción de “principios de Buena Gobernabilidad” debe de ser visto en este contexto (poder discrecional y muchos actores interesados) y tuvo lugar en diversos contextos legales bajo la autoridad de diversas instituciones e instrumentos.

Un segundo aspecto merece comentarse. En muchos países europeos como Alemania y Francia, ya ha existido por muchos años una Ley o un Decreto General de Derecho Administrativo sobre el cual se establecieron los fundamentos del derecho administrativo tales como los

principios generales o normas de la legislación administrativa, en los cuales existía un lugar para los principios de la buena administración, o bien esto era estipulado directamente en la Constitución.

En los Países Bajos este decreto, la Ley General de Derecho Administrativo (GALA), fue creada bastante más tarde, en 1994, y tiene una función diferente en comparación con los decretos generales de derecho administrativo de otros países. La función de la GALA Holandés, es armonizar la legislación y codificar los principios que han sido desarrollados en la jurisprudencia. Por lo tanto, hay una diferencia esencial entre la función y el desarrollo legal de los principios de Buena Gobernabilidad en Holanda y en varios otros países europeos. En la mayoría de los países europeos, están estipulados en forma muy general en la Constitución (Alemania) o en la ley general de derecho administrativo (Francia), en tanto en que Holanda los principios están contenidos de forma muy específica en la GALA⁶³.

Hasta principios de los 1990s, el papel de los principios de Buena Gobernabilidad en el Derecho Administrativo Holandés estaba bastante restringido a los principios de Administración Apropiada, los cuáles habían sido desarrollados especialmente por la magistratura. En Holanda, existen diversos jueces (administrativos) y éstos no desarrollaron el concepto de los principios de Buena Gobernabilidad en la misma forma. Esencial en el desarrollo del concepto en los 1950s fue la aceptación del efecto vinculante de las normas no escritas de administración apropiada por parte de la magistratura. En relación con este paso, algunos aspectos pueden mencionarse.

⁶³ Ibid, párrafo 4.2, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in Duitsland (Principios de Administración Apropiada en Alemania); párrafo 4.3, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in Frankrijk (Principios de Administración Apropiada en Francia).

Una de las partes de la magistratura administrativa, el Centrale Raad van Beroep (el Tribunal Central de Apelaciones) había aceptado el papel de los principios de ley durante los 1930s; sin embargo, esto no fue plasmado – a excepción de la prohibición de “détournement de pouvoir” – en ninguna legislación específica. La manera en que esta corte judicial aceptó los principios entonces fue a través del canal de los principios generales de ley; a través de este canal de principios de igualdad, certeza legal, expectativas legítimas, debido cuidado y motivación (indicación de una base suficiente para una decisión) fueron introducidos en la jurisprudencia. Puede afirmarse que este desarrollo tiene mucho sentido desde la perspectiva del concepto de un sistema de derecho administrativo según Dworkin, como se describió en el apartado 3.

En 1948 la literatura le prestó atención a las normas formales y sustantivas de administración apropiada. El término “Principios de Administración Apropriadada” fue utilizado por primera vez en 1950. Un elemento esencial para el desarrollo teórico de los Principios de Administración Apropriadada fue el análisis publicado por Wiarda en 1952, de la jurisprudencia de ciertos casos de los diferentes tribunales, aportando un mayor detalle y desarrollando líneas generales. A partir de 1954, los principios de administración apropiada fueron estipulados en diversas leyes como una causal específica de apelación. Con el proceso de armonización en relación a la Ley General de Derecho Administrativo esto fue estipulado en el artículo 8:77.

En la literatura de los Países Bajos, pueden distinguirse tres líneas de pensamiento en relación con los principios de administración apropiada⁶⁴. En la primera línea (en los 1970s) se prestó atención a la forma en que la magistratura utilizaba los principios para poner a prueba a la

⁶⁴ Ibid, p.11 e.v.

administración y las consecuencias de anular una decisión de la misma debido a la no conformidad con alguno de los principios. Esencial en esta discusión fue la consecuencia de utilizar algún principio formal o sustantivo. La idea es que después de anular una decisión con base en algún principio formal, la administración puede tomar sustantivamente la misma decisión. Después de anular una decisión con base en un principio sustantivo, la consecuencia es que debe tomarse otra decisión.

En la segunda línea (en los 1990s) la actividad del juez se relaciona con ciertas fases de la toma de decisiones por la administración. La idea es que cada fase tiene su propio principio. Las fases que han sido distinguidas son: la preparación, el procedimiento de toma de decisión, la toma de decisión, la determinación de los contenidos de la decisión y la publicación de la decisión. Los requisitos de propiedad se relacionan con estos pasos, y posteriormente, la magistratura desarrolló diversos principios. La consecuencia de este enfoque es que los principios tendrán contenidos considerablemente formales.

La tercera línea (a finales de los 1990s) inicia describiendo los contenidos teóricos de cada principio individual, iniciando con los principios sustantivos y luego con los principios formales. Posteriormente, se describe la consecuencia de cada principio en la legislación y en la jurisprudencia. Con esto, la posición de cada principio con relación a los otros principios se dejó más clara; el resultado de este estudio es que no hay una sola línea directa para todos los principios (los principios tienen diferentes dimensiones) y la mayoría de ellos tiene un carácter sustantivo, en tanto otros tienen un carácter más formal. Por lo tanto, no hay una diferencia clara entre los principios formales y los sustantivos. Relevante en este caso es el hecho de que los principios de participación pública son en ocasiones vistos como una parte específica de los principios

de administración apropiada, especialmente los principios de debido cuidado. Aquí el enfoque es seleccionado para diversos grupos de principios de Administración de la Participación Pública, puesto que las normas son más específicas que las normas relacionadas con los principios del debido cuidado.

Los principios de Administración de la Participación Pública pueden encontrarse en la legislación específica, como la de ambiente y de planificación. A principios de los 1980s en la Ley de Gestión Ambiental y la Ley de Planificación, pero –desde 1994 – los principios han sido armonizados en la Ley General de Derecho Administrativo.

Los principios de Administración Transparente han sido estipulados desde 1991 en la Ley de (Acceso Público a la) Información Gubernamental como se afirmó en la sección anterior; a veces existe una legislación específica en algún ámbito especial de políticas. En parte pueden encontrarse también en la Ley General de Derecho Administrativo; la idea es incorporar la Ley de Información Gubernamental en la Ley General de Derecho Administrativo.

Los principios de Administración de Derechos Humanos pueden encontrarse, en términos de los derechos clásicos de debido proceso, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en términos de derechos sociales parcialmente en la Constitución de los Países Bajos y en forma más específica en los decretos específicos de derecho administrativo en los ámbitos específicos de políticas. En relación con estos decretos, en el lado instrumental relacionado con los derechos humanos sociales y económicos, la Ley General de Derecho Administrativo ha venido adquiriendo un papel creciente en Holanda. El legislador holandés ha desarrollado aspectos generales de la administración de derechos humanos. Tras el desarrollo de la Convención Europea de Derechos Humanos el papel más importante en relación con la protección legal es

desempeñado actualmente por la magistratura. Ambas instituciones, legislador y magistratura, están desarrollando los principios de Administración de los Derechos Humanos.

Los principios de la Rendición de Cuentas en la Administración pueden encontrarse en el Derecho Constitucional de los Países Bajos, pero también en el Derecho Penal y Derecho Privado. Los principios de la Administración Efectiva son desarrollados de manera particular en el nuevo Decreto de Cuentas Gubernamentales de 2001.

Las conclusiones de este apartado se relacionan con la pregunta central 1b de este documento: ¿Cómo han sido desarrollados estos parámetros de buena gobernabilidad a lo largo de los años? La primera conclusión es que en Holanda los principios de la administración apropiada han sido desarrollados principalmente por la magistratura y posteriormente –de manera más reciente– por el poder legislativo. La atención ha estado centrada principalmente en el efecto de anular una decisión por la magistratura y especialmente en la diferencia entre los principios de Buena Gobernabilidad sustantivos y formales. En un segundo término, el significado de los principios como normas para la administración en diversas fases de proceso de toma de decisiones. Recientemente, los principios mismos se han convertido en objeto de estudio de tal forma que los contenidos de los principios individuales y la relación de los principios unos con otros se ha vuelto más clara.

Los principios de Administración Democrática fueron codificados, en un inicio, como normas vinculantes a la legislación específica (ambiental). A partir de 1994 el sistema, que se mantuvo esencialmente sin cambios, fue incluido en la GALA⁶⁵. El sistema en la GALA es opcional

⁶⁵ He desarrollado aún más el principio de administración democrática en el libro “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur” como un

en el sentido que la ley o la autoridad administrativa puede optar por seguir este procedimiento en ciertas situaciones. Para la toma de decisiones sobre medio ambiente el sistema incluido en la GALA es obligatorio.

Los principios de Administración Transparente han sido incluidos desde 1991 en la Ley de (Acceso Público a la) Información Gubernamental⁶⁶ y parcialmente en la GALA; se prevé la integración de toda la Ley de Información Gubernamental. Regulaciones específicas sobre la transparencia tienen prioridad sobre la regulación general, de acuerdo con el adagio “lex specialis derogat legi generali”.

Los principios de Administración de los Derechos Humanos pueden encontrarse en la legislación nacional –GALA y legislación específica– en la legislación regional e internacional y en la jurisprudencia nacional, regional e internacional.

Los principios de Rendición de Cuentas en la Administración y los Principios de la Administración Efectiva son relativamente recientes, sin embargo encontramos algunos aspectos ya existentes en la legislación, como se mencionó anteriormente.

6. La dimensión legal de los principios de Buena Gobernabilidad en el Derecho Administrativo Holandés

En una situación en la cual el legislador, el administrador y el juez están involucrados en los principios de Buena

aspecto del principio de debido cuidado (al sub-principio de escuchar cuidadosamente); p.194-196, 207 y p.220-224.

⁶⁶ Algunas veces hay una especificación en alguna ley administrativa especial: ver capítulo 19 Ley de Gestión Ambiental Environmental Management Act. Otros ejemplos son: la Ley de Inteligencia y Servicios de Seguridad, la Ley de Minería sobre la Placa Continental, la Ley de Registros Públicos y la Ley del Consejo de Estado.

Gobernabilidad, es muy importante aclarar cuáles son los aspectos legales de los principios de Buena Gobernabilidad. Esto no es siempre una tarea sencilla dado que, como hemos visto, seis tipos diferentes de principios de Buena Gobernabilidad han sido desarrollados: a. Principios de Administración Apropiada; b. Principios de Administración de la Participación Pública; c. Principios de Administración Transparente; d. Principios de Administración de los Derechos Humanos; e. Principios de Rendición de Cuentas en la Administración y f. Principios de Administración Efectiva.

Es posible que cada uno de estos conjuntos de principios tenga su propia dimensión legal. También es relevante el hecho de que hay diferentes instituciones involucradas en el desarrollo de estos tipos de principios y que las bases legales de los principios son diferentes.

Desde la perspectiva de certeza e igualdad legal es también muy útil desarrollar un sistema más coherente de principios de Buena Gobernabilidad a nivel nacional. La mejor forma de crear tal sistema coherente de principios de Buena Gobernabilidad es generando una regulación general. La preparación de un Proyecto de Normas Políticas sobre Buena Gobernabilidad o –como el paso siguiente– la creación de una normativa general vinculante en la legislación, puede cumplir con esta función. Un paso importante al inicio de este proceso puede ser también la jurisprudencia desarrollada por la magistratura, pero en un momento específico esta jurisprudencia debería ser codificada en una ley general de derecho administrativo.

Este proceso de armonización e integración, incluyendo la codificación de la jurisprudencia a nivel nacional por medio de la legislación, esencialmente ha comenzado ya con el desarrollo de la GALA desde 1994.

Para continuar con el desarrollo de los principios de Buena Gobernabilidad, es esencial aclarar cuál es el contenido de cada uno de los principios individuales que pertenecen a los cuatro tipos de principios de Buena Gobernabilidad. Para ilustrar esto con mayor claridad, aportaré una breve descripción de cada principio y también indicaré la forma en que cada uno de ellos está codificado en la Legislación Holandesa.

Principios de Administración Apropiada⁶⁷: -prohibición del uso inadecuado del poder; -prohibición de la arbitrariedad; -principio de certeza legal; -principio del debido cuidado; -principio de expectativas legítimas; -principio de igualdad; -principio de proporcionalidad y -principio de la motivación (aportar las causas suficientes para una decisión).

Principios de Administración de la Participación Pública: -principio de la participación pública.

Principios de Administración Transparente: - principio de transparencia en las decisiones y órdenes (GALA); -principio de la transparencia en las reuniones y principio de transparencia en la información Ley de (Acceso Público a la) Información Gubernamental.

Principios de Administración de los Derechos Humanos: -principios de derechos humanos clásicos y principios de derechos humanos sociales.

Para la administración dos tipos de derechos humanos son relevantes: a. Derechos clásicos, b. Derechos sociales. En relación con los derechos clásicos, los derechos civiles y en particular los derechos de debido proceso (derecho a un juicio justo, igualdad ante las cortes, nulla poena sine lege) y los derechos políticos (derecho a participar en el gobierno,

⁶⁷ G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer 1999, deel II, p.73 y 272.

igual acceso al servicio público) son revelantes para el trabajo de la administración. En relación con los derechos sociales, los derechos socio-económicos (derecho a la alimentación, a la salud, a la vivienda, y a la educación) y los derechos culturales (derecho a tomar parte en la vida cultural) son importantes para la administración.

Sin embargo, hay otros aspectos legales de los principios de Buena Gobernabilidad los cuales han sido discutidos. Ejemplos de cuestiones legales en esa discusión son: ¿cuáles autoridades administrativas deben aplicar estos principios?, ¿a cuáles actividades administrativas deben de ser aplicados éstos?, ¿cuál es el efecto vinculante de estos principios cuando son aplicados? y ¿cómo pueden hacerse aplicar estos principios por las autoridades pertinentes?

Para un sistema como este de principios de Buena Gobernabilidad es necesario dar una respuesta a la pregunta: ¿cuál es el carácter legalmente vinculante de estos principios?

Primero, debe de considerarse que teóricamente, desde una perspectiva de los postulados de Dworkin sobre un sistema de derecho administrativo, aquellos principios contenidos en conjunto legal que aporte la mejor interpretación de los materiales legales disponibles, puede ser considerado como parte integral de la ley. Dado que esta es una descripción ideal, debe de considerarse también la manifestación legal concreta de los principios. Está claro que cuando un principio se encuentre en una norma general vinculante, el principio es directamente vinculante para todo aquello a lo que dicha norma haga referencia. Cuando el principio sea de naturaleza general, pero no generalmente vinculante, entonces habrá un efecto vinculante indirecto sobre el grupo al cual esta orden se refiere, de acuerdo con los principios de certeza legal y debido cuidado. Debe de hacerse una excepción para la situación en la que un

principio forme parte de la una norma de política como lo menciona la GALA, puesto que en ese caso el artículo 4:84 le da un efecto generalmente vinculante⁶⁸. El principio como parte de una decisión tiene un efecto vinculante únicamente en el caso concreto de dicha decisión.

Por lo tanto, es preferible distinguir entre tipos de principios, cada uno de los cuales tiene su propio marco legal. Desde un punto de vista conceptual de Buena Gobernabilidad no hay diferencias claras entre estos principios; es por razones históricas que éstos se han desarrollado legalmente en diferentes sistemas de legislación.

¿Como pueden hacerse cumplir los principios de Buena Gobernabilidad?

Los principios pueden hacerse cumplir en el interior del proceso de revisión judicial. Pero no es únicamente la magistratura, sino también otras instituciones independientes como la Corte de Cuentas o el Ombudsman quienes pueden utilizar estos principios. Dentro del proceso político el control puede ser realizado por el Parlamento.

Con esto, hemos dado una explicación de los diversos aspectos de la dimensión legal de los principios de Buena Gobernabilidad como se mencionan en la cuestión central 2.: los contenidos legales de los principios, su carácter vinculante y las posibilidades de hacerlos cumplir.

⁶⁸ La GALA contiene la siguiente definición de una norma de política: una orden, que no es generalmente una regulación vinculante, que se define como una norma general para valorar y pesar los intereses, determinar los hechos o interpretar los estatutos en el ejercicio del poder de una autoridad administrativa.

7. Los principios de Buena Gobernabilidad en Holanda y la Unión Europea desde una perspectiva comparativa.

En las anteriores secciones ya nos hemos referido a los principios de Buena Gobernabilidad en el ámbito Holandés; en esta sección, se le brinda atención a los contenidos de estos principios desde el ámbito de la legislación europea, y posteriormente se realiza una breve comparación⁶⁹.

a. Principios de Administración Apropiada en Holanda y la Unión Europea.

El principio de igual trato en los ámbitos europeo y holandés no es conceptualmente diferente, a pesar de que en casos concretos puede haber alguna diferencia.

El principio de proporcionalidad en el nivel comunitario tiene un contenido más amplio que en Holanda: “controlando los fines y medios, pesando los intereses y racionalizando el crimen y castigo”⁷⁰. En la GALA se relaciona especialmente al aspecto de pesar los intereses y –en las sanciones administrativas penales– también en relación con la penalidad.

El principio de certeza a nivel nacional es en general comparable al principio en el ámbito europeo.

El principio de expectativas legítimas tiene un contenido más amplio a nivel nacional que su contrapartida europea;

⁶⁹ G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer 1999, p.49-52; J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 1999, p. 145-218.

⁷⁰ G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer 1999, p.49; J.B.J.M. ten Berge, A.J. Bok, en la antología (G.H. Addink/A.J. Bok, “Administrative Law in a Comparative perspective” 2001/2002, p.4.43, p.4.51; J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 1999, p. 171-191.

este principio *contra legem* el cual resulta posible en el nivel nacional, es de hecho imposible en el ámbito europeo⁷¹.

b. Principios de Administración Democrática en los niveles holandés y europeo.

Los principios de la administración democrática son especialmente aquellos principios que se relacionan con la participación pública en las actividades de la administración. No existe una regulación general sobre la participación pública en el ámbito europeo, a diferencia de la GALA.

c. Principios de Administración Transparente en los niveles holandés y europeo.

Hay cinco valores que se distinguen en la literatura bajo la sombrilla del concepto de transparencia: acceso a la documentación, conocimiento de quién es la autoridad de la UE que toma la decisión, naturaleza comprensible y accesible de la toma de decisiones, consulta y el deber de dar razones adecuadas.

En el Código de 1994 titulado “Apertura y Comunidad” la Comisión y el Consejo estipularon que como principio general, el público deberá tener el mayor acceso posible a los documentos en posesión de la Comisión y el Consejo. Cualquiera puede aplicar al Consejo o a la Comisión para tener acceso por cualquier razón.

No hay una verdadera transparencia concerniente a la preparación de las directrices y regulaciones, únicamente el producto final es publicado⁷². La decisión de publicar una decisión por el Consejo es alcanzada por unanimidad⁷³. En el Tratado de la UE no se encuentran regulaciones sobre la

⁷¹ G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer 1999, p.51-52; J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 1999, p. 192-208

⁷² J.A. Hofman, *Openbaarheid van bestuur*, Nijmegen 1998, p.16.

⁷³ Artikel 18, derde lid, Reglement van Orde.

transparencia de las reuniones de la UE, únicamente sobre las órdenes vigentes.

En el 255 del Tratado de la UE el derecho de cada ciudadano a la transparencia de los documentos se establece de forma específica; un problema es que cada institución de la UE puede imponer restricciones sobre la transparencia puesto que no hay un estándar mínimo garantizado en el tratado.

En la literatura se establece que el derecho administrativo europeo ha alcanzado numerosos y sorprendentes avances desde Maastricht, y se ha encontrado con un valioso respaldo no solo en los Tribunales sino también en la forma en que el Ombudsman Europeo y el trabajo del Comité de Expertos Independientes. Pero por casi igual número de años la UE ha luchado para aceptar aún más el principio de que sus instituciones deben ser transparentes y abiertas⁷⁴.

d. Principios de Administración de los Derechos Humanos en los niveles holandés y europeo.

En el ámbito europeo actualmente los principios de derechos humanos son situados bajo la categoría de principios generales del derecho. Aparentemente la Corte Europea de Justicia deriva su inspiración en las tradiciones constitucionales de sus estados miembros y en los tratados internacionales de derechos humanos. Es por esta razón que no parecen haber diferencias importantes actualmente.

e. Principios de Rendición de Cuentas en la Administración y Administración Efectiva en los niveles holandés y europeo.

En el contexto de la legislación europea, los principios de Rendición de Cuentas en la Administración y los principios

⁷⁴ Adam Tomkins, *Transparency and the Emergence of a European Administrative Law*, *Yearbook of European Law*, 1999-2000, p.255.

de Administración Efectiva han sido desarrollados en mayor grado que en los Países Bajos. En el nivel nacional, estos principios son muy recientes pero bajo la influencia de la legislación europea sobre la legislación administrativa nacional, mi expectativa es que serán desarrollados a nivel nacional de manera sumamente rápida.

La tercera cuestión central planteada en este documento es la siguiente: ¿Existen áreas posibles de intersección o de conflicto (o marcadas diferencias) entre el orden legal nacional y el orden legal de la UE en la aplicación de los principios de Buena Gobernabilidad?

La conclusión de esta sección es que sí existen algunas diferencias notables en cuanto a algunos principios de administración apropiada (proporcionalidad y expectativas legítimas), los principios de administración participativa (la ausencia de una regulación general sobre participación en el ámbito europeo) y el principio de administración transparente (no estipulado en las regulaciones generales). No se detecta ningún problema real en el campo de los principios de la administración de los derechos humanos.

8. La Buena Gobernabilidad en el marco más amplio de América Central

En el contexto del estudio del año anterior sobre la estructura interna y externa de las instituciones Ombudsman desde una perspectiva comparativa⁷⁵, fue necesario considerar también los criterios utilizados por el Ombudsman. Fue un paso lógico siguiente en la capacitación de los abogados de las instituciones Ombudsman en la Universidad de Utrecht el estudiar con mayor detalle los

⁷⁵ IIDH, Análisis comparativo de las instituciones del Ombudsman en América Central y Holanda, San José 2002.

criterios que son utilizados y desarrollado por estas instituciones.

Adicionalmente, estuvo claro que existían diferentes tipos de instituciones Ombudsman en el mundo, algunas instituciones estaban dedicadas a controlar a la administración y por lo tanto tenían vínculos muy directos con el Parlamento (el tipo conocido como Ombudsman parlamentario) en tanto otras instituciones prestaban atención a la posición independiente, no solo actuando con independencia del parlamento sino también de la Magistratura o Judicatura (el tipo conocido como Ombudsman judicial). En la práctica, la mayoría de las instituciones Ombudsman están basadas en parte en el tipo de Ombudsman parlamentario, y en parte en el tipo de Ombudsman judicial.

En ambas situaciones suelen darse, en los casos en que no haya restricciones claras sobre la competencia del Ombudsman, algunas tensiones entre las instituciones Ombudsman y el Parlamento y entre las instituciones Ombudsman y la Magistratura.

Un punto interesante de discernir fue: ¿utilizan los diferentes tipos de Ombudsman criterios diferentes? En la mayoría de los países de América Central, las instituciones Ombudsman iniciaron con la atención a la protección de los derechos humanos y desde este punto, una concepción más amplia ha sido desarrollada en algunos países, pero incluso en Europa, algunos países como España han seguido el mismo abordaje. Esto está relacionado con la historia de cada país.

En la situación europea, el inicio es desde diversos aspectos de la legalidad y de los principios de administración apropiada, pero existe incluso una visión más amplia en la cual otros aspectos de derechos humanos, nociones democráticas como la participación pública, la transparencia, y la rendición de cuentas tienen su lugar. Esta línea puede ser

vista en algunos países de América Central, como Costa Rica y Honduras.

Este contexto más amplio en ambas regiones del mundo para el trabajo de las instituciones Ombudsman puede ser asociado con los principios de Buena Gobernabilidad. Estos principios no son desarrollados únicamente por las instituciones Ombudsman, sino también por otras instituciones de control, como la Corte de Cuentas o Contraloría General, así como la Magistratura. En teoría, diversos tipos de principios de Buena Gobernabilidad han sido desarrollados: Principios de Administración Apropiada, principios de Administración Democrática, principios de Administración Transparente, principios de la Administración de Derechos Humanos, principios de Rendición de Cuentas en la Administración y principios de Administración Efectiva.

Por lo tanto, la Buena Gobernabilidad no solo tiene una dimensión institucional, sino también una dimensión sustantiva. Esta dimensión sustantiva de la Buena Gobernabilidad debe de ser estudiada como siguiente paso.

La cuestión central en la investigación de este último año fue: ¿cuáles criterios han sido desarrollados por las instituciones Ombudsman y cómo se configuran estos vínculos con los principios de Buena Gobernabilidad?

En primer término, se dará una descripción de los resultados de la investigación contenidos en los informes, y posteriormente, se establecerán algunos vínculos con el concepto más amplio de la Buena Gobernabilidad incluyendo los derechos humanos. Por supuesto, también se articularán los principios con los diversos tipos de instituciones Ombudsman: el Ombudsman como institución controladora, el Ombudsman como institución de protección legal, y el Ombudsman como institución mixta.

9. Resultados de los informes de investigación en América Central en 2002

En este apartado se presentan los resultados de los informes de investigación con relación a los países estudiados en América Central.

9.1 Costa Rica

En el informe de resultados de la investigación para Costa Rica⁷⁶, las conclusiones hacen referencia a los contenidos de los principios de Administración Apropriada, la administración apropiada y el principio de cuidado.

En relación con los contenidos de los principios de Administración Apropriada, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (LGAP) contiene:

- El requerimiento de que todo acto administrativo tenga los tres elementos de razón, finalidad y contenido, los cuales corresponden con muchos de los principios desarrollados en la GALA.
- El principio de prohibición del mal uso del poder.
- Artículos que corresponden con la prohibición de la arbitrariedad.
- El principio de justificación.
- En un sentido implícito, el principio de proporcionalidad.
- No contiene una referencia explícita al principio de justicia.
- El principio de las expectativas legítimas (Nota: en Costa Rica este principio se relaciona con el respeto a los derechos adquiridos y la prohibición para dar retroactividad a las leyes).

⁷⁶ Hazel Díaz Meléndez The Ombudsman and the application of the Principle of Carefulness. Comparative Analysis of the resolutions of the Costa Rican, the Netherlands and the European Ombudsman, Utrecht, Junio de 2002.

- El principio de igualdad se establece en el art. 33 de la Constitución Política de Costa Rica.
- El principio de legalidad (y más generalmente, en el sistema legal costarricense: el principio general de licitud).
- En diversas formas en la legislación costarricense: los principios de cuidado (ver la descripción detallada más adelante).

Una de las principales conclusiones es que los principios desarrollados por la ley establecen criterios que el Ombudsman Nacional (el Defensor de los Habitantes de Costa Rica) seguirá cuando evalúe los actos de administración pública. Principios como carácter gratuito, consejo legal, igualdad, acceso libre a la justicia, independencia de los poderes, protección de los derechos humanos, recopilación de los aspectos relevantes para la toma de una decisión, peso relativo de los diversos elementos, y racionalidad, son los criterios más importantes utilizados por el Ombudsman para evaluar el comportamiento de la administración pública.

Otro aspecto es la relación entre la administración apropiada y los derechos humanos. En el caso de Costa Rica los derechos humanos están protegidos por los controles existentes sobre la actividad administrativa así como por el control de la Sala Constitucional de la Corte Suprema. También el Ombudsman cumple un papel importante en el control de la legalidad y la protección de los derechos humanos. Hay un desarrollo incipiente de las prácticas de la buena administración en Costa Rica y el Defensor de los Habitantes de Costa Rica representa un vínculo entre la demanda a los órganos y el deber de las autoridades de rendir cuentas públicamente y el respeto de los derechos fundamentales de los habitantes.

Posteriormente, se estudia el principio de cuidado en mayor detalle. En el caso de Costa Rica, el principio de cuidado está íntimamente ligado al principio de legalidad. Puede encontrarse no sólo en el requisito de equilibrar los intereses con el fin de tomar una decisión, sin también en los criterios utilizados en relación con el principio de legalidad. Puede definirse en una forma material (sustancial) y formal.

El principio de cuidado, en su forma material se constituye como la obligación de respetar los otros principios de igualdad ante la ley, la prohibición de mal uso del poder, el principio de proporcionalidad, el principio de certeza legal, y la obligación de motivación en su aspecto sustancial. La Sala Constitucional de la Corte Suprema ha desarrollado en sus resoluciones el concepto de debido proceso sustantivo de ley, el cual busca dar una coherencia e integralidad al ordenamiento legal para asegurar que los actos administrativos tengan un razonamiento coherente dentro de la normativa y los principios efectivos de ese ordenamiento.

La conclusión es que el deber de cuidado en el caso del cuidado sustantivo tiene una importancia especial dado que si este principio no es aplicado en la forma correcta, entonces una decisión enteramente diferente debe de ser tomada; esto requeriría una revisión sustancial del contenido del caso por la administración.

En su sentido formal el principio de cuidado es desarrollado y codificado en la normativa costarricense en las tres dimensiones de la obligación de que el acto administrativo contenga los tres elementos de finalidad, motivo y contenido, el principio de debido proceso administrativo y el principio de eficiencia. La finalidad de un acto administrativo es determinar por qué el acto fue realizado. La motivación consiste de la “exhibición de razones” que indujeron a la administración a tomar la

decisión. El contenido se refiere a las cuestiones de hecho y derecho que surgen de la razón. A partir del principio de debido proceso, se desprenden varios otros principios de procedimiento que son desarrollados más a fondo en la LGAP y se concluye que el debido proceso es una de los principios más utilizados en la regulación y ordenamiento de la discreción y de los actos de la administración. El criterio de eficiencia se expresa en el art. 4 de la LGAP la cual establece que las actividades de las entidades públicas deben respetar los principios fundamentales de servicio público, con el fin de garantizar la continuidad, eficiencia y adaptación a todos los cambios en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato a todos los usuarios o beneficiarios. El concepto de la eficiencia debe de ser considerado en luz de la norma efectiva, así como los principios de ley y la integración en forma general del ordenamiento legal.

9.2 El Salvador

El informe final de la investigación sobre el Ombudsman de Derechos Humanos de El Salvador⁷⁷ considera la relación entre Buena Gobernabilidad y derechos humanos y explora en particular los temas de definición y orientación del Ombudsman de Derechos Humanos.

Primeramente se presenta una definición y orientación del Ombudsman de Derechos Humanos. La creación del Ombudsman de Derechos Humanos surge a partir de los Acuerdos en México en Abril de 1991, en el contexto de los Acuerdos de Paz que concluyeron el conflicto armado que afectó al país. El proceso de pacificación y restauración requiere de la creación de una entidad investida con amplias

⁷⁷ Javier Macías, *The Ombudsman of El Salvador and the Netherlands and the European Union, a comparative study*, Utrecht, Junio 2002.

facultades destinadas a la defensa de los derechos humanos. El marco legal del Ombudsman es influenciado por el concepto escandinavo del Ombudsman. El Art. 194 de la Constitución de la República de El Salvador establece el mandato conferido al Ombudsman, el cual puede ser resumido como: vigilar por el respeto y la garantía de los derechos humanos. Esta función constitucional consiste en un doble objetivo: que los derechos humanos sean plenamente operativos en El Salvador y que sean respetados por la administración del estado. Con este propósito el art. 194 de la Constitución le confiere un conjunto de facultades que permiten el desarrollo tanto de sus funciones de protección como de sus funciones de promoción: investigación, asistencia a las presuntas víctimas, promoción de recursos de apelación, vigilancia de la situación de los prisioneros, realización de inspecciones, supervisión de la administración pública, promoción de reformas, y opinar sobre los proyectos de ley, propuesta de medidas preventivas, formulación de conclusiones y recomendaciones, elaboración y publicación de reportes, elaboración de un programa permanente para la promoción de derechos humanos y otras facultades sobre la administración de la justicia.

Posteriormente se ilustran los mecanismos y procedimientos del Ombudsman de Derechos Humanos. Cuando una queja sobre la violación de los derechos humanos es admisible, el Ombudsman eventualmente formula una resolución que contiene las recomendaciones hacia una autoridad o funcionario con el fin de establecer el derecho infringido, la indemnización a la víctima, o la emisión de una sanción (administrativa o penal) a través de los procedimientos legales ya existentes. Hay un procedimiento de seguimiento en el cual el cumplimiento de la recomendación es supervisado lo cual puede conducir en casos de no acatamiento a la publicación de reportes

públicos. También hay procedimientos de mediación, apelaciones judiciales y administrativas para defender los derechos humanos de la población y mecanismos de verificación y observación preventiva.

9.3 Guatemala

Los principales temas del reporte de Guatemala⁷⁸ conciernen a los criterios utilizados por el Ombudsman de Guatemala en relación con las denuncias y los criterios relacionados con los la Buena Gobernabilidad y los derechos humanos.

En cuanto a lo criterios utilizados por el Ombudsman de Guatemala en relación a denuncias los siguientes aspectos fueron mencionados. El Ombudsman (Procurador de Derechos Humanos) es un órgano que se encarga permanentemente de la promoción y respeto a los derechos humanos y define los intereses de la personas afectadas por las violaciones por parte del estado, interpone acusaciones sobre los comportamientos perjudiciales a los intereses del pueblo, investiga denuncias sobre violaciones a los derechos humanos, recomienda de manera pública y privada las modificaciones a los comportamientos administrativos de cualquier órgano administrativo, emite censuras públicas como resultado de actos o mala conducta en contra de los derechos constitucionales, declara incumplimientos y le brinda seguimiento a los casos legales y está facultado para promover acciones (no sólo administrativas, sino judiciales también). La función y producción de resoluciones están basadas en diversas leyes, entre las que se encuentran la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley

⁷⁸ Ana Beatriz Fernández Alvarado, Principles and Criteria used by the Ombudsman of Guatemala, the National Ombudsman of the Netherlands and the European Ombudsman, Utrecht, Junio 2002.

General del Ombudsman. La Constitución establece que el Ombudsman es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos y de las garantías constitucionales y le faculta para investigar y denunciar comportamientos administrativos dañinos a los intereses del pueblo. De acuerdo a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso y del Procurador de Derechos Humanos, el Ombudsman tiene la facultad de investigar en caso de reclamos o denuncias sobre violaciones a los derechos humanos en todo el territorio nacional y de proteger los derechos individuales, sociales, civiles y políticos plasmados en el Título II de las Constitución Política de la República de Guatemala y la vida, la libertad, la justicia, la paz, la dignidad y la igualdad de la persona humana, así como lo definido en los tratados o convenciones internacionales aceptadas y ratificadas en Guatemala.

En cuanto a los criterios relativos a la Buena Gobernabilidad y los derechos humanos, la Constitución establece que los derechos humanos son fundamentalmente la base del ejercicio del poder. Es en el marco de estos criterios que el Ombudsman puede controlar la administración pública, esto con el propósito de mantener un control sobre los deberes y las tareas gubernamentales. La Buena Gobernabilidad y los derechos humanos están estrechamente ligados. Pueden reforzarse mutuamente en formas importantes. Ambos están relacionados con el estado de derecho y con la equidad en los resultados de las políticas gubernamentales. Los derechos humanos buscan proteger la dignidad inherente de cada individuo. Cualquier hecho que lesione alguno de los derechos anteriormente mencionados, constituye en primer plano la competencia del Ombudsman.

Es necesario que la acción, hecho o circunstancia denunciada ante el Ombudsman se ajuste a lo estipulado en el ‘Manual de Hechos violatorios de Derechos Humanos’, es decir, debe de existir ajuste, subordinación o

correspondencia objetiva entre la acción ejecutada y la descripción de la violación de los derechos humanos. Establecida la responsabilidad de cualquier individuo, grupo o persona jurídica, pública o privada, en cuanto a la violación de los derechos humanos, el Ombudsman deberá, *inter alia* ordenar el cese inmediato de la violación así como la restitución de los derechos humanos infringidos. Los criterios del Ombudsman están basados en los art. 1 y 2 de la Constitución, el segundo de estos estipula que es deber del Estado garantizar la libertad, justicia, seguridad, paz y desarrollo de las personas.

El Ombudsman supervisa la administración pública a través del fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos contra la arbitrariedad por parte de los órganos públicos, y la defensa del estado de derecho. Pueden existir denuncias por mala conducta en los órganos administrativos y por daños causados a personas, su integridad física y su dignidad. Los criterios de propiedad corresponden a la responsabilidad del gobierno de aplicar los principios de la Constitución en los cuales los fines de la administración pública se detallan. De acuerdo con los art. 153 y 154 de la Ley del Ombudsman la propiedad se establece en la frase: *“las autoridades administrativas son para el servicio del pueblo, y el estado, y no de un individuo o un partido político.”*

9.4 Honduras

Los principales resultados de este reporte de investigación⁷⁹ sobre el Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras son presentados a continuación bajo los encabezados de competencia y de los criterios utilizados

⁷⁹ Abencio Fernández Pineda, *The Criteria for the Assessment of the Complaints by the National Ombudsman of the Netherlands, the European Ombudsman and the National Commissioner of Human Rights in Honduras in a comparative perspective*, Utrecht, Junio 2002.

en la evaluación de denuncias. El reporte también presta atención a la admisibilidad, la cual parece ser de menor importancia en el contexto de la Buena Gobernabilidad y los Derechos Humanos.

El Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras se establece para garantizar los derechos y libertades reconocidas en la Constitución, que son los derechos civiles y los derechos sociales, económicos y políticos, y para garantizar la aplicación de los tratados y convenios ratificados por Honduras, como la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados relacionados con la materia de los derechos humanos.

Debido a esta tarea, el Ombudsman tiene las siguientes funciones, de acuerdo con el art. 9 de la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos: supervisar el cumplimiento de los derechos y las garantías establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados y Convenciones suscritos por Honduras; brindar atención inmediata y dar seguimiento a las denuncias sobre violación a los derechos humanos; solicitar a cualquier autoridad, poder, organización o institución, información sobre las violaciones a los derechos humanos; velar por que los actos y resoluciones de la administración pública estén de acuerdo con los tratados internacionales y las Convenciones sobre derechos humanos; presentar ante las autoridades nacionales las observaciones, recomendaciones y sugerencias con relación al cumplimiento de las leyes del país; elaborar y desarrollar programas de prevención y difusión de los derechos humanos en los campos político, jurídico, económico, educativo y cultural; coordinar con las organizaciones nacionales e internacionales y las ONGs las medidas relacionadas con la protección de los derechos

humanos, incluyendo la protección de los derechos sociales y económicos.

Aspectos sobre los criterios utilizados para la evaluación de denuncias.

El Ombudsman ha desarrollado una tipología de violaciones a los derechos humanos. Aparte de un procedimiento particular en el caso de que la violación constituya un crimen, el Ombudsman hace una valoración de las actividades de los órganos administrativos, tomando en cuenta el art. 16 de la Ley Orgánica del Ombudsman el cual estipula que la función del Ombudsman es investigar actos de la administración pública o de las autoridades cuando estos sean ilegítimos, arbitrarios, abusivos, defectuosos, negligentes o discriminatorios. Estos criterios, sin embargo no están claramente definidos por esta ley, y han sido muy rara vez tomados en cuenta por el Ombudsman, puesto que a menudo la valoración de las denuncias se refiere únicamente a la legalidad o ilegalidad de los actos de la administración.

Cuando el Ombudsman recibe un caso de acción arbitraria, determina si esta acción puede ser tomada como un abuso de poder en un sentido criminal, y generalmente la recomendación es en el sentido que el oficial responsable por la violación debe ser sancionado, pero se presta muy poca atención al hecho de que la administración debe desarrollar mejores procedimientos para atender a sus ciudadanos. Por otra parte, los principios de Buena Gobernabilidad, como el principio de preparación cuidadosa, el principio de asistencia y representación, el deber de escuchar, el deber de dar razones, el deber de divulgación y publicación (como el deber de cuidado), son reconocibles en los artículos de la Ley Orgánica del Comisionado Nacional, que se refiere al Ombudsman mismo. Hasta este momento, el Ombudsman ha

venido utilizando únicamente el principio de legalidad para determinar si existe una violación a los derechos humanos en las actividades de las autoridades.

9.5 Nicaragua

En relación con el informe de la investigación⁸⁰ sobre Nicaragua se estudian sucesivamente la naturaleza y el ámbito de las recomendaciones del Ombudsman, así como las bases para el cumplimiento, la posibilidad de hacer cumplir sus recomendaciones, y los criterios para requerir el cumplimiento.

¿Cuándo es una conducta apropiada o inapropiada? Si una acción gubernamental en particular está en conflicto con los estatutos y principios, y no parece estar justificada por otros elementos, no puede, en principio, ser vista como conducta apropiada. Idealmente, un Ombudsman aborda una acción en forma amplia y la analiza tanto con vista en las disposiciones de la legislación escrita, así como en los principios legales no escritos, contra los estándares para la Buena Gobernabilidad. Las investigaciones sobre la acción considerando la legislación escrita incluyen campos relacionados con los derechos humanos y constitucionales, tales como definiciones de competencia y disposiciones que rigen tanto en términos del procedimiento como de la sustancia. La investigación de la acción considerando los principios legales no escritos (desarrollados en la jurisprudencia y en la doctrina legal) son igualmente relevantes para la legalidad de la conducta gubernamental, e incluyen los principios de: igual trato para igual caso; criterios razonables; proporcionalidad entre medios y fines;

⁸⁰ Javier A. Quinto Re, *The Compliance of the Ombudsman's Recommendations. A Comparative Perspective at Nicaragua, the Netherlands and the European Union*, Utrecht, Junio 2002.

certeza legal y expectativas legítimas; requerimiento a aportar las razones para las decisiones; y de ciertos deberes de cuidado.

Adicionalmente, cuando se valora una acción gubernamental, el Ombudsman también utiliza los estándares o normas de Buena Gobernabilidad lo que contribuye a la manera apropiada en que las autoridades del Ejecutivo actúan. Los estándares pueden ser resumidos como la imposición del deber amplio del cuidado. Estos se manifiestan en ciertos estándares aceptados para los procesos administrativos y la conducta de los servidores públicos en relación con el público. Estos incluyen el requerimiento de actuar sin atrasos injustificados; de aportar a la persona la información relevante; de tratar a las personas en forma justa y respetuosa; de brindar ayuda y de ser imparcial. Finalmente, el Ombudsman establece estándares para las organizaciones gubernamentales tales como la coordinación, el monitoreo del progreso, la protección de la privacidad del individuo y la accesibilidad de las autoridades.

La naturaleza de la Institución del Ombudsman es muy similar alrededor del mundo. Esta se ha expandido más allá de Europa, a países que incluyen Australia, Canadá, Nueva Zelanda e Israel, y también a un creciente número de países de Latinoamérica, África y Asia. En muchos casos, el establecimiento de la institución del Ombudsman representa una importante contribución al desarrollo de la democracia y la Buena Gobernabilidad y a la protección de los derechos humanos.

Hay una interacción entre el Ombudsman y el estado democrático gobernado por el estado de derecho dentro del cual opera: por una parte, el Ombudsman como institución presupone al menos en cierta medida, el estado de derecho dentro de una democracia, y por otra parte, su trabajo ayuda

a mantener el estado de derecho y la democracia, y les permite desarrollarse aún más.

Para tal fin, es importante que las recomendaciones emitidas por el Ombudsman deban de ser implementadas por los órganos administrativos. La tarea del Ombudsman no debe ser vista como una amenaza por la Administración. Por el contrario, una relación bien desarrollada entre el Ombudsman y la Administración garantiza la evolución de un sostén de la democracia, lo cual implica un servicio más eficiente y un mayor respeto por la Constitución y por el estado de derecho.

Pero algunas veces, cuando un país aún no se encuentra desarrollado, es un nuevo proceso democrático y no siempre las instituciones están dispuestas a colaborar o a aportar el mejor y más eficiente servicio que pueda ser alcanzado. Nicaragua es uno de estos países y por tal motivo, la legislatura ha facultado al Ombudsman con disposiciones para requerir el cumplimiento de sus recomendaciones. Sus recomendaciones son legalmente vinculantes. Sin embargo en la práctica esta disposición nunca ha sido utilizada, aún cuando algunas instituciones se rehúsan a acatar algunas de sus recomendaciones y esto es, por supuesto, debido a que su rectitud se basa en una influencia moral sobre la opinión pública; es una cuestión de justicia y no una cuestión de legalidad. Y en este orden de ideas, no hay diferencias entre el Ombudsman en Holanda y el Ombudsman en Nicaragua. Para ambos es importante el realizar un trabajo ejemplar y no estar expuestos a críticas debido a parcialidad o a falta de independencia. Estos aspectos son absolutamente importantes para la implementación de las recomendaciones por la Administración. Si no existe la confianza, no habrá respeto por la labor del Ombudsman.

Finalmente, es importante dejar en claro la diferencia entre la decisión del Ombudsman y la decisión de los

Tribunales en Nicaragua. Aún cuando ambas pueden hacerse cumplir, la diferencia es que el Ombudsman es un control secundario para las acciones de la Administración. Esto significa que sus resoluciones son decisiones administrativas, y como tales, de acuerdo con la legislación nicaragüense, pueden estar sujetas a revisión por los Tribunales y la Magistratura.

9.6 Panamá

El informe sobre el Ombudsman en Panamá⁸¹ comienza con diversos aspectos de los criterios de Buena Gobernabilidad. Desde el momento en que una queja es presentada ante el Defensor del Pueblo de la República de Panamá – el Ombudsman panameño – se están aplicando importantes principios de legalidad, que no están contenidos en el art. 2, el cual se ocupa de la admisibilidad de las denuncias. De acuerdo con el art. 4 de la Ley Panameña del Ombudsman (LPO), el Ombudsman panameño tiene la facultad de indagar sobre las autoridades y los servidores públicos que en sus funciones demuestren actos u omisiones contra la norma constitucional desarrollada en el Título III de la Constitución Política de la República de Panamá.

No obstante, el Ombudsman ha desarrollado otros principios no escritos como parte del principio de legalidad en su proceso de toma de decisiones. En cuanto a las actividades propias del Ombudsman, él emplea el principio de consejo legal y redirección de una denuncia, el principio de carácter gratuito (estipulado en el art. 22 de la Ley de la Oficina Panameña del Ombudsman), el principio de la comunicación permanente (estipulado en el art. 34 de la Ley Panameña del Ombudsman) y el principio de igualdad y

⁸¹ Isela Serna Ramírez, *Criteria of good governance by the ombudsman when assessing the administration activities*, Utrecht, Junio 2002.

libre acceso a la justicia. En cuando a este último, el art. 20 establece el deber del Ombudsman de admitir denuncias sin imponer ningún tipo de impedimento; el principio de igualdad es una garantía internacional reconocida y ratificada a través de convenciones por Panamá; el principio relacionado de libre acceso a la justicia establece que cada persona tiene el derecho de presentar su petición ante las autoridades. En relación con las acciones de la administración el Ombudsman observa si están operando en forma acorde a la legislación vigente. El artículo 18, contenido en el Título III de la Constitución, establece que los panameños y los extranjeros son iguales ante la ley. Además, el artículo 19 estipula que cada persona debe ser tratada de igual manera por las autoridades y que la autoridad no puede establecer privilegios ni discriminar por razones de raza, filiación, nivel social, género, religión o ideas políticas. El artículo 41 afirma que cada persona tiene el derecho a presentar su petición ante las autoridades, quienes a su vez tienen el deber de responder. La Ley de Derecho Administrativo de Panamá circunscribe las competencias de las autoridades administrativas. Por lo tanto, cuando un ciudadano alega que ha habido una violación por parte de una autoridad administrativa el Ombudsman tiene el deber de investigar.

Al proceso de toma de decisiones propio del Ombudsman se debe aplicar el principio de recolectar todos los aspectos informativos relevantes para tomar una decisión, y el artículo 27 de la Ley del Ombudsman menciona la solicitud de información que se considere pertinente al servidor público. El principio de ponderar los elementos relevantes presentados por la parte interesada requiere que el Ombudsman valore los hechos relevantes presentados por los ciudadanos en contrapeso con aquellos aportados por la institución. El art 33 de la Ley del Ombudsman establece que, cuando el Ombudsman, como resultado de sus

investigaciones encuentra hechos que constituyen una violación de los derechos del ciudadano, debe emitir recomendaciones a las instituciones públicas, lo cual expresa el principio de la veracidad en los resultados de las investigaciones. Finalmente, un principio de publicidad es relevante en el contexto del artículo 35 de la Ley de la Oficina del Ombudsman. El previamente mencionado artículo 41 de la Constitución contiene el derecho de ser escuchado. Asimismo, en el año 2002, la nueva Ley de Transparencia fue publicada. El autor concluye que principios como el carácter gratuito, el consejo legal, la igualdad, el libre acceso a la justicia, la independencia de los poderes, la protección de los derechos humanos, la recolección de los aspectos relevantes para la toma de decisiones, la ponderación de los elementos relevantes y el razonamiento, son los criterios más importantes utilizados por el Ombudsman en Panamá para evaluar el comportamiento de la administración pública.

10. Temas principales en los informes de la investigación y algunas conclusiones

En la mayoría de los casos, los investigadores comenzaron sus investigaciones con la idea de que hay dos diferentes lugares en el mundo que realizan el trabajo del Ombudsman. Las instituciones Ombudsman de América Central eran percibidas como totalmente diferentes a las instituciones Ombudsman en los Países Bajos y la Unión Europea. Esta percepción era correcta desde la perspectiva histórica; observando la historia del Ombudsman en América Central, donde en la mayor parte de los países no ha habido un desarrollo democrático por un periodo largo; en la mayoría de los países la situación de los derechos humanos no eran tan favorable y el Ombudsman era visto como una institución que debía de desempeñar un papel importante en

la protección de los derechos humanos. Las instituciones Ombudsman fueron desarrolladas en una atmósfera donde su función más importante era: la protección legal de los ciudadanos, particularmente en relación con los derechos humanos.

Sin embargo existen ciertas diferencias entre algunos países, por una parte Costa Rica, Honduras y Panamá, y por otra parte Guatemala, Nicaragua y El Salvador. En el primer grupo de países, se dedicó mucha atención también a otras formas de la mala administración más allá de las infracciones contra los derechos humanos. En el segundo grupo de países, se dio mayor atención a los derechos sociales y económicos y a los medios para esto, lo cual significa que otras actividades de la administración también son controladas. En relación con ambos grupos de países es muy importante contar con criterios legales basados en las recomendaciones de las instituciones Ombudsman.

Es sorprendente que en casi todos los países, la administración de la Magistratura o Judicatura también cae bajo la competencia de las instituciones Ombudsman. Esto puede generar algunas tensiones con la Magistratura, lo cual significa que los criterios utilizados por las instituciones Ombudsman son muy importantes, y deberían ser principalmente criterios legales y no políticos. Se afirma que los criterios no deben de ser políticos porque existe (o debe existir) una posición independiente del Ombudsman lo cual significa poder político no controlado. La conclusión es que la protección legal de los ciudadanos requiere un enfoque legal de los criterios utilizados por el Ombudsman.

Al revisar las diferentes investigaciones, pueden encontrarse ciertos elementos de estos criterios legales. Es esencial que se tome un abordaje legal amplio de los criterios, y los principios de Buena Gobernabilidad al parecer ofrecen ese amplio grado de contenidos, sin embargo

los contenidos no son siempre claros. El desarrollo teórico de la idea de los principios de Buena Gobernabilidad es de suma importancia y los informes de investigación han aportado diversos elementos relativos a estos principios. Algunos de los estudios los han desarrollado dichos principios de forma muy general, en tanto otros estudios le prestan mayor atención a aspectos de corte más específico. Un ejemplo de análisis específico es la investigación realizada sobre el principio de cuidado por parte del Ombudsman de Costa Rica. También el análisis del Ombudsman de Panamá ha aportado algunos aspectos específicos de los principios de Buena Gobernabilidad. En relación con la Buena Gobernabilidad también la protección de los derechos humanos es de suma importancia, como se ilustra en los informes de El Salvador, Honduras y Guatemala. En el análisis sobre los criterios de Buena Gobernabilidad en Nicaragua, se señala un avance mediante los criterios para el cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman.

Estos informes dejan claro que las instituciones Ombudsman en América Central se acercan mucho en el uso de los criterios de Buena Gobernabilidad. Esta es también una discusión que se ha iniciado en los Países Bajos y la Unión Europea (G.H. Addink, *From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance*, Junio de 2002). En Holanda, en otros tiempos solo se prestaba atención a los principios de Administración Apropiaada, el Ombudsman holandés ha impulsado una perspectiva más amplia de la Buena Gobernabilidad. También en el ámbito europeo se está dando esta discusión. La Comisión Europea desarrolló en el año 2001 un Libro Blanco en el cual los principios de Buena Gobernabilidad han sido desarrollados, y el Ombudsman Europeo presentó ante el Parlamento Europeo un Código de Buena Conducta Administrativa en 2001. En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

Europea, proclamada en la cumbre de Niza en diciembre de 2000, el derecho a una buena administración está plasmado en su artículo 41.

La conclusión de estas investigaciones debe ser que el desarrollo de los principios de Buena Gobernabilidad está apenas comenzando, y en diferentes partes del mundo, las instituciones Ombudsman juegan un papel primordial en su desarrollo.

El Ombudsman y la aplicación del principio del deber de cuidado administrativo en sus resoluciones: análisis comparativo de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica y el Ombudsman Holandés

Hazel Díaz Meléndez

Índice

INTRODUCCIÓN	86
CAPÍTULO 1	
NOCIONES GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE <i>BUENA ADMINISTRACIÓN</i>	89
1.1 Definición.....	89
1.2 Principios	90
1.3 Los <i>principios de buena administración</i> en el derecho administrativo holandés y el costarricense.....	91
CAPÍTULO 2	
LOS <i>PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN</i> Y LOS DERECHOS HUMANOS.....	100
2.1 Buen gobierno y derechos humanos.....	100

2.2 Derecho humano al desarrollo y a la buena administración	102	
CAPÍTULO 3		
EL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA LEGAL HOLANDÉS Y COSTARRICENSE		107
3.1 El principio del deber de cuidado administrativo en el sistema legal holandés.....	107	
3.2 El principio del deber de cuidado administrativo en el sistema legal costarricense	113	
CAPÍTULO 4		
EL OMBUDSMAN EUROPEO Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO		128
4.1 Competencias del Ombudsman europeo	128	
4.2 El Código de Buena Conducta Administrativa y el principio del deber de cuidado administrativo	134	
CAPÍTULO 5		
LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA Y EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO		138
5.1 Las competencias de la Defensoría	138	
5.2 El principio del deber de cuidado administrativo y la aplicación hecha por la Defensoría de los Habitantes en su labor	142	
5.3 Aplicación del principio del deber de cuidado administrativo hecho por la Administración Pública de acuerdo con la Defensoría: análisis de casos	149	

CAPÍTULO 6

EL OMBUDSMAN HOLANDES Y EL CONTROL EN LA APLICACIÓN DEL *PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO*166

6.1 Las competencias del Ombudsman166

6.2 El concepto de *buena administración* aplicado por el Ombudsman.....168

6.3 El *principio del deber de cuidado administrativo* y la aplicación hecha por el Ombudsman holandés en sus resoluciones171

6.4 La aplicación del *principio del deber de cuidado administrativo* hecho por la Administración Pública de acuerdo con el Ombudsman holandés: análisis de casos.....175

CAPÍTULO 7

RESULTADOS DEL ANÁLISIS COMPARATIVO REALIZADO SOBRE LA APLICACIÓN DEL *PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO* HECHA POR LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA Y EL OMBUDSMAN HOLANDES.....183

7.1 Comparación de la aplicación del *principio del deber de cuidado administrativo* por parte del Ombudsman holandés y la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.....184

7.2 Comparación de la aplicación del *principio del deber de cuidado administrativo* por parte del Ombudsman europeo y la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.....188

CAPÍTULO 8

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....189

BIBLIOGRAFÍA193

INTRODUCCIÓN

La institución del Ombudsman nació y fue desarrollada en Suecia. Desde el inicio, la misión del Ombudsman consistió en la supervisión estricta del efectivo cumplimiento de las leyes y normas existentes por parte de la Administración Pública.

En el curso de la historia, diversos países han desarrollado esta institución procurando tener otros mecanismos de control de la actividad de la Administración Pública, así como para proteger más ampliamente los derechos de los habitantes de un país.

Con la creación de la institución fue establecida una garantía para la protección de los derechos e intereses de los habitantes y el adecuado funcionamiento del sector público. En adición, fue reconocida la necesidad de complementar estas funciones de control con el desarrollo de actividades basadas en la divulgación y promoción de derechos humanos. Esta última función es desarrollada especialmente por los Ombudsmen en Latinoamérica.

La institución del Ombudsman viene a ser la primera expresión de una forma de control que no es basada en el poder coercitivo y más bien en el ejercicio de la mediación, entendida ésta como una posición legal y legalmente legitimizada que garantiza el peso de sus recomendaciones.

La pieza final de la protección legal contra las autoridades es el Ombudsman. No es una corte judicial adicional. La tarea del Ombudsman es más la de un mediador.

Las leyes de creación de los Ombudsmen son marcos diferenciadores y delimitadores del trabajo encargado al Ombudsman en el control de la actividad de la Administración. Estas leyes deben ser entendidas como un marco delimitador que en mucho establece cuál es la

competencia específica del Ombudsman en el control de la actividad de la Administración Pública y como marco diferenciador de sus propias competencias en relación con otras instituciones que realizan también función de supervisión.

Si bien es cierto la figura del Defensor tiene desde un inicio una función encomendada de mediación, es claro que cada país ha ido incorporando esta institución en su legislación tomando en cuenta las tareas prioritarias en cada uno de ellos. Estas diferencias en cuanto a las tareas encomendadas y las competencias del Defensor son vistas claramente en las leyes constitutivas.

Por ejemplo, la Ley de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica establece que la principal tarea de la Defensoría es proteger los derechos e intereses de los habitantes. También velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, justicia, la Constitución, las leyes, los tratados, convenios internacionales, y principios generales de derecho. En adición, tendrá que promover y difundir los derechos de los habitantes.

Por otro lado, la Ley de creación del Ombudsman holandés establece que la principal tarea del Ombudsman es determinar si la actuación de la actividad administrativa es o no apropiada en la materia investigada.

Es claro que las funciones encomendadas al Defensor de los Habitantes de Costa Rica son más amplias que las del Ombudsman holandés. En aras de realizar una comparación, se puede indicar que en general una de las principales funciones encomendadas a ambos es el control de la propiedad de los actos de la administración.

A fin de determinar esta correcta actuación es que el Ombudsman aplica en sus resoluciones una serie de principios contenidos explícita o implícitamente en el

sistema legal del país y que deben ser seguidos por la Administración en su diario trabajo.

El Ombudsman usando criterios hace la correcta determinación de la propiedad de los actos administrativos. Estos criterios son definidos en su propia ley de creación o en otras normas de nivel inferior o en algunos casos han sido desarrollados por el Ombudsman en su actividad. En todo caso, los criterios usados por el Ombudsman son referidos a principios legales existentes, escritos o no escritos.

Así, uno de esos principios es el principio del *deber de cuidado administrativo*, desarrollado tanto en el sistema legal costarricense como holandés, en algunos aspectos de diferente manera pero de vital importancia en la aplicación diaria. La importancia del dicho principio ha sido desarrollada en muchas resoluciones del Ombudsman haciendo énfasis en la aplicación del mismo.

En este orden de ideas, el presente trabajo trata de hacer un análisis comparativo de la existencia, tanto en Costa Rica como en Holanda, de los *principios de buena administración*, en especial el *principio del deber de cuidado administrativo*.

Con este objetivo, serán primero analizadas las nociones generales acerca de los principios de apropiada administración, para examinar más específicamente el principio del *deber de cuidado administrativo* y cómo ha sido entendido en la legislación de ambos países y después las funciones encomendadas a cada Ombudsman por ley y la aplicación práctica que el Ombudsman ha hecho de este principio en sus resoluciones.

También, se hará una relación entre el *principio del deber de cuidado administrativo* y su importancia dentro de un sistema democrático, en el cual se procure que el accionar del sector público respete la transparencia y la rendición de

cuentas. Asimismo, se podrá establecer cómo el *principio del deber de cuidado administrativo* contribuye con el derecho humano a la buena administración, concepto nuevo desarrollado por los europeos y aplicable en los países de América Latina.

CAPÍTULO 1

NOCIONES GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN

1.1 DEFINICIÓN

La actividad de la Administración es desarrollada en primera instancia en el marco que el ordenamiento legal establece. Así, el administrado tiene la certeza legal que la acción de la Administración Pública corresponde a parámetros certeros definidos anteriormente y que deben ser respetados, evitando el abuso de poder.

Sin embargo, en muchas ocasiones las leyes no son claras, razón por la cual la Administración tiene un poder discrecional que le permite cumplir con sus objetivos. Sin embargo, este poder discrecional no puede ser usado de una forma arbitraria, sin respetar la certeza legal que requieren los ciudadanos en los actos de la Administración que afectan sus intereses.

La actividad de la Administración debe ser desarrollada bajo principios que existan como guías y están presentes en cada acción de la Administración.

En ese sentido, los *principios generales de buena administración* juegan un papel importante al ser usados como herramientas o guías para cubrir las incertezas que crea el uso de un poder discrecional que tiene la Administración en algunas ocasiones. También establece reglas de conducta para la Administración. De igual forma,

esta clase de principios ayudan a crear certeza para los ciudadanos dentro de los rangos de rutinas administrativas.

Algunos de estos principios corresponden a principios no escritos y otros están escritos en las leyes generales de Administración Pública. En aras de dar una definición acerca de los *principios de buena administración*, puede concluirse lo siguiente:

“Los principios de Buena Administración son vagas normas legales. Como ellos son parte de la ley, pueden ser considerados como tales, son vagas reglas legales de conducta de los cuerpos administrativos y otras entidades públicas”¹.

1.2 PRINCIPIOS

El proceso de decisión de la Administración implica implementar reglas generales en casos específicos. En esta implementación, los *principios de buena administración* juegan un importante papel en la escogencia de cómo va a ser usado el poder discrecional que tiene la Administración en cada caso específico.

Es interesante conocer que el derecho administrativo holandés hace una diferencia entre las reglas éticas de conducta para administradores y funcionarios públicos y los *principios generales de buena administración*. En ese sentido, es necesario entender que las reglas de ética de conducta regulan el comportamiento personal de los funcionarios públicos en sus relaciones con los ciudadanos. Al respecto, por ejemplo, el Código Europeo de Buen Comportamiento Administrativo propuesto por el Defensor Europeo y adoptado por diferentes instituciones europeas,

¹ Los Principios Generales de Buena Administración en el Derecho Administrativo Holandés. En: Lanbroek. P. *Derecho Administrativo en una Perspectiva Comparada*. Universidad de Utrecht, 2002. Pág. 48.

permite unificar cuáles son las reglas que gobiernan las relaciones del empleado público con el ciudadano, las cuales constituyen una garantía más del respeto a los derechos de los habitantes, como será analizado posteriormente.

También, los principios generales de buena administración regulan el proceso de decisión de cualquier entidad de carácter público. Los principios son normas que se aplican en el control judicial de los actos de la administración. Sin embargo, es importante enfatizar que hay una conexión entre las reglas éticas y los principios generales de buena administración y juntos son parte de un concepto amplio denominado *Buen Gobierno*, el cual será desarrollado posteriormente.

1.3 LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO HOLANDÉS Y COSTARRICENSE

Los más importantes principios de buena administración en el derecho administrativo holandés son:

- Prohibición de abuso de poder
- Prohibición de arbitrariedades
- Cuidado
- Justificación
- Juego limpio
- Certeza legal
- Proporcionalidad
- Expectativas legítimas
- Igualdad

Estos son los principales principios contenidos y desarrollados en el derecho administrativo holandés. Algunos de ellos están codificados en la Ley General de Administración Pública Holandesa (GALA), otros no y han sido desarrollados por la jurisprudencia.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece en el Libro Primero, Primer Título, los principios generales que debe seguir la Administración Pública.

El artículo 7 establece:

“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 tendrá el rango de la norma que está interpretando o delimitando.

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.

Asimismo, el artículo 8 de la LGAP establece:

“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, libertad y los otros derechos fundamentales de individuo”.

La LGAP tiene una regulación general para aplicar los principios escritos y no escritos en la actividad diaria de la Administración. También, el artículo previo establece el propósito de obtener el balance entre la eficiencia de la Administración y la protección de los derechos de los habitantes. Esto se constituye en un marco delimitador de la

acción de la Administración. Esta clase de regulación no existe en la ley holandesa con la claridad en que está en la ley costarricense, pero esto no significa que la GALA no desarrolle su propio sistema para delimitar la acción de la Administración, lo cual se ve a través de los principios que están en la ley.

Sin embargo, en aras de revisar la existencia de los principios de buena administración, tanto en la GALA como en la LGAP, es necesario conocer que muchos de estos principios están en ambas leyes.

En la ley holandesa, por ejemplo, el *principio de prohibición de abuso de poder* está en el artículo 3.3. de la GALA en la siguiente forma:

“Una autoridad administrativa no usará el poder para hacer una orden con un propósito diferente para el cual fue conferido el poder”.

En ley de Costa Rica, el *principio de prohibición de abuso de poder* está contenido en el artículo 1.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)². También, la LGAP establece en el artículo 131.1 y 3 lo siguiente:

“Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás (...) 3.- La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de este, será desviación de poder”³.

Encontramos el *principio de prohibición de arbitrariedades* en la GALA en el artículo 3.4 que indica:

² Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. No. 3667 del 12 de Marzo de 1996. El artículo 13 establece: “...constituirá abuso de poder el ejercicio de un poder administrativo con un objetivo diferente del que está contenido en la ley”.

³ Op. cit. Artículo 131.

“1. En el proceso de elaboración de una orden, la autoridad administrativa valorará los intereses directamente envueltos siempre y cuando no se ponga ninguna limitación a este deber por una regulación estatutaria o por la naturaleza del poder ejercido”.

Este principio significa que la autoridad administrativa debe hacer un balance de los intereses cuando tiene que tomar una decisión y la orden administrativa es el resultado de este balance de intereses de acuerdo con el sistema legal.

En la LGAP existen diversos artículos que están referidos a la obligación que tiene la Administración Pública de ajustar los actos administrativos al fin perseguido. Asimismo, el acto debe ser proporcional y motivado. En este sentido, véanse los artículos 131, 132, 133 de la LGAP⁴.

La GALA establece el *principio de justificación* en el artículo 3.7: “...una orden deberá ser basada en razones apropiadas”. Este principio tiene una relación con el *principio de proporcionalidad y de prohibición de arbitrariedades* dado que ambos principios tratan también de que la Administración use razones apropiadas en sus resoluciones.

El *principio de justificación* está como norma escrita en el artículo 136.1 de la LGAP que establece la obligación de motivar los actos y justificar las decisiones tomadas en la siguiente forma:

“Artículo 136.- 1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:

a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;

⁴ Ley de Contratación Administrativa. El artículo 130 establece: . . .”*El acto deberá aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento*”.

- b) Los que resuelvan recursos;
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
- d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;
- e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
- f) Los que deban serlo en virtud de ley”.

El *principio de proporcionalidad* ha sido codificado en el capítulo 3, sección 3.3, respectivamente de la GALA.

El *principio de proporcionalidad* no está contenido en la legislación costarricense específicamente, pero el artículo 10 de la LGAP establece que la interpretación de la norma debe ser hecha de la mejor forma que garantice la realización del fin público⁵.

En este sentido, la Sala Constitucional de Costa Rica estableció:

“...el principio de razonabilidad⁶ implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución.- Quiere ello decir que deba existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad,

⁵ El artículo 10 de la LGAP establece: “ *La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular*”.

⁶ Sala Constitucional de Costa Rica. Voto 1420-91, Sentencia N° 2000-7730, 14:47 minutos del 30 de Agosto del 2000.

expresado en los valores que consagra la misma Constitución”.

Es importante indicar que la LGAP establece tres elementos que deben tener los actos administrativos: **motivo, fin y contenido**. En ese sentido, muchos de los principios desarrollados en la GALA están establecidos en la LGAP, referidos como los elementos que deben tener el acto administrativo.

También el *principio del juego limpio* está en la GALA en la sección 2:4 de la siguiente forma:

“1.-La autoridad administrativa debe realizar sus deberes sin causar perjuicio.

2.-La autoridad administrativa deberá asegurarse que el funcionario público no influya la decisión tomada si tiene algún interés personal en dicha decisión”.

El principio previo significa que ningún funcionario público puede obstruir las oportunidades procesales de una parte interesada. En conclusión “...los funcionarios públicos deben decidir un asunto sin perjuicio. Como consecuencia, los funcionarios públicos no deben tomar parte en las decisiones en las que ellos tienen interés como personas privadas”⁷.

La LGAP no tiene un artículo específico acerca del *juego limpio*, pero puede concluirse que el funcionario público debe respetar los principios que deben aplicarse en el proceso de tomar decisiones que han sido explicados anteriormente. También, la LGAP tiene un capítulo especial acerca de la responsabilidad de los funcionarios públicos si ellos no respetan los principios del acto administrativo.

⁷ Principios Generales de Buena Administración en el Derecho Administrativo Holandés. Op.cit. Pág. 4.12.

Los principios *de certeza legal, expectativas legítimas*, no están codificados en la GALA. Sin embargo, en el caso del *principio de certeza legal* es necesario decir que

“...La certeza legal como un fin de la norma legal es la concepción jurídica de la estabilidad social. La certeza legal como un principio general de buena administración requiere que el significado de una orden administrativa sea claro desde su contenido. El principio de justificación protege la certeza procesal de las partes interesadas. Ellos deben ser capaces de conocer cuál es el contenido y las consecuencias de una orden...”.⁸

La LGAP establece en el artículo 132.2 el *principio de certeza legal* que dice: “...El contenido de la decisión administrativa debe ser (...) claro y preciso...”.⁹

El *principio de expectativas legítimas* está fundamentado en el artículo 5.1 de la LGAP y el artículo 34 de la Constitución Política de Costa Rica. Sin embargo, es necesario indicar que el tratamiento del tema es diferente en ambos países. En Costa Rica el principio indicado está referido al respeto de los derechos adquiridos y la prohibición de darle a la ley efecto retroactivo.

El artículo 5.1 de la LGAP establece:

“ 1.- La aplicación de los principios fundamentales del servicio público a la actividad de los entes públicos no podrá alterar sus contratos ni violar los derechos adquiridos con base en los mismos, salvo razones de urgente necesidad...”.

También el artículo 34 de la Constitución Política de Costa Rica establece:

⁸ Idem.

⁹ Ley General de la Administración Pública, Artículo 132. 2.

“ A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de la persona, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”.

En el caso del *principio de igualdad* es necesario conocer que el principio está codificado en la sección 1 de la Constitución holandesa que establece:

“Todas las personas en Holanda serán tratadas iguales en iguales circunstancias. No será permitida discriminación alguna en razón de religión, creencias, opinión política, raza, sexo o cualquier otra condición”.

También en Costa Rica el *principio de igualdad* está en la Constitución Política en el artículo 33¹⁰.

Es necesario conocer que en el sistema legal costarricense uno de los más importantes principios es el principio de legalidad, que dice que la Administración sólo puede hacer aquellas tareas y ejercitar aquellos poderes que están específicamente establecidos.

En ese sentido, el artículo 11 de la Constitución Política 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”¹¹.

También la LGAP establece en los artículos 11, 12 y 13 el *principio de legalidad*: “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos

¹⁰ El artículo 33 de la Constitución Política establece: “*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”.

¹¹ Constitución Política de Costa Rica. 7 de Noviembre de 1949. San José, Ediciones SEINJUSA, 1996. Artículo 11. (Esta no es una traducción oficial).

que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”¹². Este principio está relacionado con el *principio de prohibición de arbitrariedades*.

La Sala Constitucional de Costa Rica definió el *principio de legalidad* en los siguientes términos:

“El artículo 11 de la Constitución Política consagra el principio de legalidad. Este principio significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el “principio de juridicidad de la Administración”¹³.

El sistema legal holandés no tiene el *principio de legalidad* como norma escrita en los mismos términos que el sistema costarricense pero podemos encontrar algunos principios muy cercanos al de legalidad como el principio de “legalidad criminal” y el “principio de prohibición de abuso de poder”.

Puede considerarse que la GALA establece la obligación para la Administración Pública de razonar los actos así como una serie de principios que deben ser respetados en el proceso de toma de decisiones. En este sentido, puede considerarse que la GALA ofrece un marco que delimita la acción de la administración pública con la finalidad de que cumpla con sus objetivos.

¹² Ley General de la Administración Pública. Artículo 11.1 (Esta no es una traducción oficial).

¹³ Sala Constitucional de Costa Rica. Voto No. 0897-98. 11 Febrero 1998.

Finalmente es necesario mencionar que el *principio de cuidado* está también contenido en diversas formas en la legislación costarricense, pero, siendo el tema principal del presente trabajo será desarrollado en otro capítulo más detalladamente.

CAPÍTULO 2

LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 BUEN GOBIERNO Y DERECHOS HUMANOS

Todo sistema democrático tiene como bases fundamentales el lograr un gobierno participativo y representativo que satisfaga las necesidades y expectativas de los gobernados y ser capaz de la total realización del ser humano tanto individual como colectivamente.

En este sentido, la acción del gobierno para realizar estos objetivos está circunscrita a un marco legal existente que sirve como límite de acción y que procura la protección y seguridad de los derechos de los habitantes.

Este marco legal está conformado por una serie de derechos primeramente reconocidos a un nivel internacional a todos los seres humanos por su sola condición de humanos. También, cada país ha ido incorporando estos derechos humanos en su sistema legal tratando de establecer mecanismos que permitan su efectiva aplicación.

En este orden de ideas, el Gobierno debe dirigir sus actividades y tratar de alcanzar plenamente el objetivo propuesto: mejorar en todos los niveles la calidad de vida de los habitantes así como obtener un desarrollo sostenible en armonía con el medio ambiente.

A través de los años, el desarrollo en materia de derechos humanos ha permitido ir identificando una serie de derechos

de los cuales los seres humanos son sujetos. Así, son unidos a los derechos civiles y políticos reconocidos tempranamente en el ámbito internacional, los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo el factor social en el desarrollo del ser humano.

También, en el campo de acción del Estado, ha sido considerado necesario establecer una serie de principios que procuren un buen gobierno: un gobierno respetuoso de la legalidad, eficiente y efectivo. Estos principios son conocidos como *principios de buen gobierno* o de *buen administración* y corresponden a los principios examinados en el capítulo anterior.

Buen gobierno ha sido definido en los siguientes términos:

“...es la transparente y responsable aserción de la autoridad y el uso de los recursos por parte de los gobernantes”¹⁴.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo define *buen gobierno* de la siguiente forma:

“El ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa que maneja los asuntos a todos los niveles de un país (...) Buen Gobierno es, entre otras cosas, participación, transparencia y rendición de cuentas. Es también efectividad y equidad. Es promoción de la legalidad. El Buen Gobierno asegura que las prioridades económicas, sociales y políticas están basadas en un amplio consenso social y que las voces de los más pobres y más vulnerables son escuchadas en los procesos de toma de decisiones sobre la distribución de los recursos de desarrollo”¹⁵.

¹⁴ Consejo del Parlamento Europeo. *Derechos Humanos, Libro de Referencia*. Pág. 97.

¹⁵ Consejo del Parlamento Europeo. *Gobierno y Desarrollo Sostenible*. 1997.

Un gobierno que cumple sus tareas de forma transparente, legal y efectiva, definitivamente es un gobierno respetuoso de los derechos humanos. En este sentido, es posible decir que el *buen gobierno* provee a la sociedad de un marco para la efectiva y equitativa generación y distribución de los recursos. Los derechos humanos por su parte, buscan la protección de la dignidad inherente a cada ser humano.

En conclusión, en palabras de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *buen gobierno* es:

“Democracia, respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyendo el derecho al desarrollo, transparencia y rendición de cuentas en todos los sectores de la sociedad, así como una activa participación de la sociedad civil, son parte esencial para la realización del ser humano dentro de un concepto de desarrollo sostenible”¹⁶.

2.2 DERECHO HUMANO AL DESARROLLO Y A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

También, es importante definir qué se entiende por una buena administración, qué criterios deben ser cumplidos en una buena administración. Al respecto, en los diferentes estudios que se han realizado acerca de los elementos que debe tener una administración de calidad, se han establecido como los más importantes los siguientes:

- Participación
- Transparencia
- Legalidad
- Efectividad y eficiencia

¹⁶ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución No.1998/72.

Por otra parte, el derecho al desarrollo ha sido concebido como un derecho humano, uniendo los derechos humanos con factores que tienen influencia en ellos como las medidas tomadas por los gobiernos en el plano económico y social que aseguran el desarrollo de los países.

El derecho al desarrollo ha sido definido como:

“...un derecho humano inalienable en virtud del cual cada ser humano tiene derecho de participar, contribuir y disfrutar del desarrollo económico, social y cultural, en el cual todos los derechos humanos y libertades fundamentales pueden ser plenamente respetados”¹⁷.

En el mismo sentido, la Declaración de Viena y el Programa de Acción¹⁸ estableció el derecho al desarrollo como “...un derecho universal e inalienable y parte integral de los derechos humanos fundamentales”.

Como derecho humano que es, el derecho al desarrollo necesita también ser aplicado. Es claro al respecto, que los derechos no pueden ser ejercitados si se convierten en ficciones legales únicamente. En este caso, el derecho al desarrollo puede ser exigido por los habitantes a los gobiernos demandando buenas prácticas administrativas, transparencia, efectividad, respeto a los derechos humanos, en general respeto a la legalidad en el diario actuar de la Administración.

Los *principios de buen gobierno* juegan un rol importante como mecanismos que permiten lograr el desarrollo. Los principios de buen gobierno y los derechos humanos pueden mutuamente reforzarse en importantes y diferentes caminos.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración del Derecho al Desarrollo*. Adoptada por resolución 41/128 del 4 de Diciembre de 1986.

¹⁸ Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, Austria. Junio 14-25, 1993.

En este sentido, la experiencia europea con la incorporación en un tratado internacional del Derecho a la Buena Administración es importante. El capítulo de Derechos Fundamentales, el cual fue proclamado oficialmente el 7 de Diciembre del 2000 en Niza, incluye el artículo 41 denominado “**Derecho a la Buena Administración**”.

Como será examinado en un capítulo siguiente, el *derecho a la buena administración* ha servido para reforzar la implementación de prácticas de buena administración, las cuales son acordes con la protección de los derechos humanos en general.

En el caso de Costa Rica, en materia de derechos humanos éstos son protegidos tanto con los controles existentes de la actividad administrativa como por el control que realiza la Corte Constitucional. También el Ombudsman juega un papel importante en el control de la legalidad y protección de los derechos humanos, como se desarrollará en un capítulo posterior.

La Sala Constitucional de Costa Rica estableció:

“...Costa Rica, en el artículo 1° de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes”¹⁹.

También, en busca de implementar los criterios de buena administración, una reforma constitucional fue aprobada, añadiendo el artículo 11 en los siguientes términos:

¹⁹ Sala Constitucional. Voto No. 1261-90, 9 octubre 1990.

“Artículo 11.-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 por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”²⁰.

También, el Defensor de los Habitantes indicó en el Informe Anual de 1997-1998 presentado ante el Parlamento, lo siguiente acerca del *buen gobierno*:

“Desde el punto de vista de las instituciones públicas y sus funcionarios, ello exige el cumplimiento legal y moral de las responsabilidades que derivan del ejercicio de una función pública y la consiguiente obligación de dar cuentas sobre el resultado de la gestión. Se trata de adoptar medidas que sirvan como mecanismos para prevenir no solo la corrupción, sino el manejo eficiente y equitativo de los recursos transitoriamente depositados en los gobernantes de turno.

Ahora bien, desde el punto de vista de la sociedad civil, el desarrollo de una cultura de rendición de cuentas implica asumir como propio el derecho, y aún más la obligación de exigir cuentas a los órganos y autoridades públicas sobre los resultados de su gestión y el respeto a los derechos fundamentales de los habitantes”²¹.

²⁰ Así reformado por Ley N° 8003 del 8 de junio del 2000.

²¹ Defensoría de los Habitantes. Informe Anual 1997-1998. Pág.vi.

De nuevo, en el Informe Anual del período 1998-1999, el Defensor desarrolla el tema de la transparencia en la función pública como mecanismo de *buen gobierno*:

“...La transparencia en el ejercicio de la función pública es una prioridad en el quehacer de toda institución pública. La constante evaluación de este comportamiento constituye un elemento esencial de la legitimidad del sistema. Esto está relacionado con un principio fundamental de actuación de los órganos públicos que encuentra su fundamento en los artículos 9.11 y 30 de la Constitución Política y que está basado en tres componentes fundamentales:

-el respeto a la legalidad

-la garantía de acceso a la información en condiciones de igualdad para los habitantes

-la sujeción a los mecanismos de control de la administración.

En síntesis, la transparencia en el ejercicio de la función pública demanda una actitud responsable en el cumplimiento de los deberes legales y el respeto de los mecanismos anticipados de garantía de derechos e intereses de los habitantes”.

Este desarrollo incipiente en las prácticas de buena administración en Costa Rica así como la exposición del tema de *buen gobierno* puede ser reforzado y fortalecido en mucho por la experiencia europea en general y la holandesa en particular, que han desarrollado mecanismos efectivos para promover la buena administración.

En el caso holandés, el papel que juega la Defensoría es muy importante en la definición de los actos propios o no por parte de la Administración, estableciendo criterios que sirven como guías de trabajo de la Administración sobre qué actos deben ser considerados como impropios.

En conclusión, es claro que hoy en día la relación entre *buen gobierno* y derechos humanos es más estrecha, siendo una preocupación presente en los diferentes países el establecer mecanismos que permitan mejorar la calidad de los gobiernos favoreciendo a los habitantes.

CAPÍTULO 3

EL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA LEGAL HOLANÉS Y COSTARRICENSE

3.1 EL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA LEGAL HOLANÉS

Uno de los principios más específicamente desarrollados y usados en el derecho administrativo holandés es el *principio del debido cuidado*. Este principio es definido como "...la obligación de preparar una orden administrativa (u otro acto legal) cuidadosamente"²².

La primera cuestión a resolver es ¿qué debemos entender por cuidadosamente?, ¿qué es un acto cuidadosamente hecho?. En ese sentido, algunos autores piensan que la cuidadosa preparación de los actos está referida a la obligación de cualquier entidad legal como parte del Estado de proporcionar información concerniente a la materia sobre la que está decidiendo. También durante la investigación, la Administración debe seguir una serie de pasos para preparar una decisión en un plazo establecido y que corresponda a un adecuado balance de los intereses existentes en cada caso.

Así, pueden identificarse las siguientes obligaciones de la Administración:

²² Principios Generales de Buena Administración en el Derecho Administrativo Holandés. En: Lanbroek. P. *Op.cit.* Pág. 49.

- Seguir las normas procesales en las investigaciones realizadas y buscar la información que deba ser tomada en cuenta en la toma de decisiones.
- Dar a las partes interesadas oportunidades procesales para dar a los cuerpos administrativos información adicional acerca de la materia, previo a ser tomada una decisión.
- Identificar adecuadamente los hechos relevantes e intereses relacionados con una decisión.
- Balancear los intereses directamente envueltos en un caso.

Es posible identificar en el derecho administrativo holandés dos subdivisiones del *principio de debido cuidado*:

- Cuidado sustancial
- Cuidado formal

a.- En relación con el **cuidado sustancial** está referido a la obligación que tiene la Administración de hacer un adecuado balance de intereses envueltos en el proceso de toma de una decisión, a fin de ajustar éstos al fin del acto administrativo.

En ese sentido, el artículo 3.4 de la GALA establece:

“1. Haciendo una orden, una autoridad administrativa debe sopesar los intereses directamente envueltos, sin limitar el deber establecido por las regulaciones estatutarias por la naturaleza del poder otorgado”.

Como se ha indicado en el capítulo anterior, este principio es conocido como *prohibición de arbitrariedades* y procura que la Administración haga un balance de intereses cuando debe tomar una decisión.

En el caso en que un adecuado balance de intereses no sea realizado, la parte interesada puede alegar esta situación y la Administración podría tener que cambiar la decisión tomada.

En ese sentido, la adecuada aplicación de este principio es importante en tanto puede ser trascendental a la hora de tomar una decisión.

Veamos el siguiente ejemplo:

“...La Municipalidad de Groningen otorgó una licencia para una actuación de un grupo de rock en el centro de la ciudad. El evento se realizaría de 7 a 11pm. Cerca del centro existe una casa para adultos mayores. Muchos de los ocupantes de dicha casa estaban disgustados porque el concierto ocasionaría mucho ruido. Ellos pensaron que la Administración Municipal no debió otorgar la licencia e iniciar un procedimiento administrativo a fin de examinar lo actuado. De acuerdo con el artículo 3.4 de la GALA, la administración municipal está obligada a tomar en cuenta el interés de quienes habitan en el área donde será el concierto. Como la municipalidad no tomó en cuenta ese interés, la decisión de otorgar la licencia puede ser anulada por estar en conflicto con la sección 3.4 parte 1 de la GALA”²³.

Acerca del uso del *principio de prohibición de arbitrariedades* por parte de las cortes holandesas se puede decir que:

“...implica un límite a la revisión de las órdenes administrativas u otros actos de la Administración. Como consecuencia de esa revisión sólo errores graves cometidos por la administración serán llevados a la Corte con la finalidad de anular el acto legal sujeto a revisión. Sin embargo, cada día las Cortes tienen la sospecha que una decisión puede ser tomada por la Administración sin el debido razonamiento lo que quizás requiere una revisión de la decisión más de fondo”²⁴.

²³ Tomado de *Una Aproximación al Derecho Administrativo Holandés*. Pág. 49.

²⁴ *Principios Generales de Buena Administración en el Derecho Administrativo Holandés*. Ibid.cit

b.-En relación con el **cuidado formal**, este principio está referido a los pasos que debe seguir la Administración en el procedimiento que lleva a tomar una decisión. En ese sentido, se pueden identificar los siguientes pasos generales:

- Aplicación
- Preparación
- Consulta
- Publicación

El artículo 3.2 de la GALA establece:

“La autoridad administrativa deberá obtener la información necesaria concerniente a los hechos relevantes e intereses que deben ser tomados en cuenta en el proceso de preparación de una orden administrativa”.

Esto significa que en el proceso de decisión la autoridad debe tener la información necesaria que permita hacer un adecuado balance de intereses.

Si la orden es preparada sin tomar en cuenta información que puede ser decisiva, la persona afectada podría después solicitar la revisión de la orden y obtener la anulación por parte de la Corte.

Un interesante ejemplo es el siguiente: existe una regulación que tiene como objetivo la reducción del monto de leche producido. De acuerdo con esta regulación, la Cámara Nacional de Productores de Leche redujo la cuota de leche de una fábrica, porque ellos habían vendido leche a su vecino en el año en referencia para poder aumentar su cuota de leche. El alegato estaba fundamentado en un reporte hecho por el Servicio de Inspección Agrícola. Durante la preparación de la decisión la fábrica alegó que compraron la leche para alimentar sus vacas. La fábrica no usó la leche para aumentar su cuota. La Cámara de Productores de leche ignoró este argumento. Por esta razón, la decisión fue

revisada y se consideró que la Cámara había fallado en hacer una investigación adecuada en el caso concreto y esto contravino el *principio del buen cuidado*, por lo que la orden fue anulada.

Si la Administración no toma en cuenta toda la información que tiene en cada caso, podría llegar a tomar una decisión equivocada que podría ser posteriormente revisada y anulada por los tribunales de justicia al haberse ignorado información importante.

- La división 3.5 de la GALA establece los procedimientos públicos preparatorios de los actos administrativos. En ese sentido, el artículo 3:14 establece:

“Los procedimientos para la preparación de las órdenes provistas en los puntos 3.5.2 a 3.5.5 y 3.5.6 serán seguidos si es requerido por una regulación estatutoria o una orden de una autoridad administrativa”.

Estos procedimientos incluyen desde la admisibilidad de la aplicación, el borrador de la orden, así como opiniones y reservas, hasta la decisión de la aplicación y una decisión que no es producto de una aplicación. En ese sentido:

“Los peticionarios de una decisión deben ser escuchados si tres criterios son satisfechos: (1) la autoridad administrativa intenta rechazar la petición en todo o en parte, (2) el rechazo de la petición está basado en información acerca de hechos o intereses relacionados con la persona que pide ser escuchada; y (3) la información difiere de la información inicialmente suplida por el aplicante”²⁵.

En ese sentido, el artículo 4.7 de la GALA establece:

“1. Antes de tomar una decisión acerca de una parte que no es la peticionaria pero que puede tener reservas al respecto,

²⁵ *Una Aproximación al Derecho Administrativo Holandés*. Op.cit.Pág.37.

la Administración podrá darle a la parte interesada la oportunidad de expresar sus puntos de vista si:

- (a) la decisión está basada en hechos e intereses relacionados con la parte, y
- (b) esta información no fue suplida por la parte interesada en el caso”²⁶.

En el caso de la parte interesada (no el peticionario), el artículo 4:8 de la GALA establece:

“1. Antes de tomar una decisión administrativa sobre la cual una parte que no ha aplicado puede estar interesada, la autoridad administrativa dará a la parte interesada la oportunidad de presentar sus observaciones si:

- (a) La decisión administrativa está basada en información acerca de hechos e intereses relacionados con la parte interesada, y
- (b) Esta información no fue suplida por el peticionario.

2. Subsección 1 no aplicará si la parte interesada no cumplió con la obligación estatutaria de suplir la información”²⁷.

El deber de escuchar significa un límite a la actividad de la administración. Asimismo, la administración recibe algún beneficio porque puede obtener mayor información del ciudadano que puede ser usada para tomar una mejor decisión.

- El artículo 3.40 establece la obligación de notificar las órdenes y los diferentes caminos de notificación:

“ Una orden no tendrá efecto hasta que sea notificada”.

²⁶ *Ley General de la Administración*, 1994, sección 4.8.

²⁷ *Idem*.

Todos los artículos previos constituyen normas procesales que deben ser seguidas y ser respetadas en el proceso de elaboración de una decisión. Si la Administración no respeta estas normas puede significar la nulidad absoluta del acto -en caso de errores que cambien sustancialmente la decisión- o una nulidad que pueda ser corregida.

3.2 EL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA LEGAL COSTARRICENSE

En el caso del sistema legal costarricense, el *principio del debido cuidado* tiene una relación cercana con el *principio de legalidad*, siendo éste último el que gobierna la actividad de la Administración como fue explicado en el Capítulo 1.

En este sentido, en el sistema legal costarricense es necesario el deber de cuidado, no solo en el balance de los intereses al tomar una decisión, sino también en los criterios usados en la resolución de los casos con la finalidad de que se respete el *principio de legalidad*.

Sin embargo, también en Costa Rica puede definirse el *principio de cuidado* en una forma sustancial y formal.

3.2.1 Forma sustancial del *principio del deber de cuidado*

El deber sustancial de cuidado está constituido por la obligación de la Administración de respetar y aplicar los principios de derecho en sus resoluciones tales como el *principio de igualdad ante la ley*, *prohibición de desviación de poder*, *principio de proporcionalidad*, así como el *principio de certeza legal*. En este sentido, existe una interacción de estos principios con el *principio de legalidad* que establece la obligación de respetar la norma escrita y los principios no escritos en la función de la administración.

En este sentido, la obligación de motivación es, en un amplio sentido, un principio procesal como hemos visto, pero en el caso sustancial se trata más de la motivación acorde con la legalidad del sistema. En ese sentido, el examen de la aplicación del *principio del deber de cuidado* en un sentido material está referido al examen y aplicación de todos y cada uno de los principios analizados como principios de buena administración, como el *principio de igualdad, proporcionalidad, certeza legal, justificación, prohibición de abuso de poder y prohibición de arbitrariedades*.

La Sala Constitucional de Costa Rica ha establecido lo siguiente acerca del *principio de legalidad*:

“...el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado...”²⁸.

Es interesante mencionar que la Sala Constitucional ha desarrollado en sus resoluciones el concepto de debido proceso sustantivo de ley en los siguientes términos:

“...el debido proceso sustantivo significa que los actos de la Administración Pública deben contener un substrato de justicia intrínseca. Esto significa que cuando va a restringirse determinado derecho, la limitación debe ser

²⁸ Sala Constitucional. Resolución No. 0440-98 del 27 de enero de 1998.

justificada por una buena razón, suficiente que legitime esa limitación con el principio general de igualdad”²⁹.

En otra resolución previa, la Sala Constitucional desarrolló el principio del debido proceso de ley más ampliamente en los siguientes términos:

“...Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial -substantive due process of law-, (...) entre nosotros, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, 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, el 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.

De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la

²⁹ Sala Constitucional. Resolución No. 7089-98 del 12 de octubre de 1998.

ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad”³⁰.

La resolución previa delimita claramente el concepto de debido proceso sustantivo de ley. Este concepto trata de dar una coherencia e integración con el ordenamiento jurídico, tratando que estos actos tengan un razonamiento coherente con las normas y los principios efectivos.

En este sentido, por ejemplo, la correcta aplicación del *principio de igualdad* ha sido objeto de estudio por parte de la Sala Constitucional de Costa Rica:

“En reiterada jurisprudencia esta Sala ha indicado que el principio de igualdad que consagra el artículo 33 Constitucional no tiene un carácter absoluto, ya que no garantiza un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que no se haga diferencia entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, y no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales”³¹.

³⁰ Sala Constitucional. Resolución N° 1739-92 del 1° de julio de 1992.

³¹ Sala Constitucional. Resolución No. 2000-000385 del 11 de Enero del 2000.

También, en el caso de la aplicación del *principio de prohibición de arbitrariedades*, la Sala Constitucional ha indicado lo siguiente:

“Debe tener presente la Municipalidad que en nuestro Ordenamiento Jurídico, aún y tratándose de actividad lícita de la Administración, es responsable por los daños que se causen a los derechos de los administrados (artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública), de manera que la respuesta ante las gestiones de los recurrentes no puede ser de ninguna manera aceptable la simple indiferencia o el argumento de que no se puede hacer nada...”³².

En conclusión, el *deber de cuidado sustancial* tiene una importancia especial porque si un principio no es aplicado en forma correcta esto puede ser objeto de una decisión equivocada que podría ser revisada en su contenido a fin de tratar de corregir una posible ilegalidad por parte de la Administración Pública.

En el campo de trabajo de la Defensoría por ejemplo, el trabajo de control de la cuidadosa aplicación de los principios de buena administración es de vital importancia no sólo en el control de legalidad del hecho, sino que también en el control de moralidad y justicia como veremos en el capítulo siguiente.

3.2.2 Aspecto formal del *principio del deber de cuidado*

En un sentido formal, el principio del deber de cuidado es desarrollado y codificado en las normas costarricenses en tres dimensiones: a) la obligación de que el acto

³² Sala Constitucional. Resolución No. 2000-05134 del 28 de Junio del 2000.

administrativo contenga tres elementos: fin, motivo y contenido, b) el principio del debido proceso administrativo y c) el principio de eficiencia.

a.- Elementos del acto administrativo

La LGAP establece que cada acto administrativo debe tener: un fin, motivo y contenido. La validez del acto administrativo depende del cumplimiento de estos tres elementos.

- En el caso del fin, el artículo 131 de la LGAP establece:

“ Artículo 131.-

1. Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás.
2. Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento, sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento”.

El fin del acto administrativo es determinar por qué el acto ha sido hecho. Es importante indicar que el fin puede ser dado por el ordenamiento. Por ejemplo, en un caso de otorgamiento de una concesión, el ordenamiento legal establece que el fin del acto deberá ser dado a un privado para administración bajo condiciones específicas.

El motivo y el fin del acto normalmente están determinados por normas escritas o por vía jurisprudencial. Estos son los elementos que deben estar definidos, así como las circunstancias en las que el acto es hecho.

- El motivo del acto administrativo está regulado en el artículo 144 de la GALA en la siguiente forma:

“1. La motivación deberá ser legítima y existir así como ha sido tomada en cuenta al dictar el acto.

2. Cuando el motivo no está regulado deberá ser provisto el contenido y cuando está regulado en forma vaga deberá ser razonable de conformidad con los conceptos indeterminados utilizados por el ordenamiento”.

La motivación del acto administrativo consiste en una “exhibición de razones” que inducen a la Administración en el proceso de toma de decisión. La justificación viene a ser más importante aún en el caso de los actos discrecionales, donde en relación con los actos regulados es necesario dar razones y contar con una estrecha correlación entre razón, contenido y fin del acto.

Este principio es esencial en el proceso de elaboración de una decisión, especialmente en el caso de las decisiones que afectan a los ciudadanos, quienes tienen el derecho de conocer cuáles fueron las argumentaciones usadas por la Administración en el proceso de realización del acto.

El artículo 136.1 de la LGAP establece:

“Artículo 136.-

1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:

- a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
- b) Los que resuelvan recursos;
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
- d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;

- e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
- f) Los que deban serlo en virtud de ley”.

Es importante conocer que la consecuencia de que un acto esté falsamente motivado incluye dos posibilidades:

Cuando la ley demanda razones precisas para tomar una decisión y la autoridad administrativa toma la decisión sin tener esas razones, caso en el cual se habla de que no existen razones legales o ausencia de razones. Esta causal aplica cuando la autoridad administrativa tiene una competencia regulada.

Las razones invocadas por la Administración en el proceso de toma de una decisión existen en un plano material pero no legal. Se habla de la inexistencia de razones o de la invocación de razones erróneas o error en los hechos o derecho de las razones. Por ejemplo hay error de hecho cuando la administración toma una decisión concreta que no fue solicitada. Asimismo, habrá error de derecho cuando los hechos realmente existen pero han sido mal apreciados por la autoridad administrativa como cuando una autoridad administrativa concede una licencia diferente a la solicitada por una persona.

En conclusión, el acto administrativo para ser válido debe llenar los requerimientos de motivación, sea la declaración de hechos y derecho tomados en cuenta a la hora de tomar la decisión. El cumplimiento de este requisito es fundamental para apreciar la legitimidad del acto y determinar si existe o no desviación o abuso de poder.

En relación con qué clase de motivos tiene que dar la Administración en sus actos, la Sala Constitucional ha establecido lo siguiente:

“... la motivación puede consistir en un explícito o una inequívoca referencia a las razones para la solicitud del

administrado o las razones, opiniones o resoluciones que sirven como base para el acto que es dictado”³³.

En el caso del contenido, la LGAP establece:

“ Artículo 132.-

1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarca todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas.
2. Deberá ser, además, proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados.
3. Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa.
4. Su adaptación al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, éstos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo”.

Los elementos discrecionales son normalmente el motivo y el contenido del acto. Estos elementos permiten la adaptación del acto a los cambios de la realidad, para obtener el fin perseguido. Si el acto trata de satisfacer una necesidad social, debe tener la estructura necesaria para adaptarse a la realidad. Esta adaptación se obtiene a través de la libre determinación de la razón y el contenido.

El *principio de legalidad* demanda que esté regulado al menos uno de estos elementos, aunque sea por medio de vagos conceptos. La total indeterminación de estos conceptos puede ocasionar un serio perjuicio al administrado en sus derechos y podría ir contra un ejercicio de los poderes

³³ Sala Constitucional. Resolución No. 2283 del 19 de Agosto de 1992.

públicos por exceso de discrecionalidad y una laguna del derecho. Fuera de esta necesaria limitación, el motivo o el contenido del acto pueden ser de libre determinación por parte del funcionario público.

Cuando el motivo está establecido y no el contenido, es como una regla en un caso de urgencia. Esto autoriza a la Administración para hacer lo enteramente necesario para controlar y limitar el tratamiento a la comunidad, individuo o al Estado. El contenido indeterminado es una regla de excepción que es poco frecuente. Lo normal es que el contenido esté determinado y no el motivo, o ambos simultáneamente pero en forma imprecisa.

b.- Debido proceso

El *principio del debido proceso* es complejo, conformado por diversos principios. En el proceso de toma de una decisión, la Administración tiene que tomar en cuenta un “debido proceso de ley” u “oportunidades procesales” que deben ser respetadas.

El artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica establece:

“A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”.

Desde este artículo el *principio del debido proceso* es desarrollado. Inicialmente este concepto fue pensado como un derecho penal pero ha sido generalizado en toda clase de derechos.

En ese sentido “El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente

todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia”³⁴.

El título del capítulo primero de la LGAP establece los principios generales que deben ser seguidos por la Administración en los procesos administrativos:

“Artículo 216.-

1. La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél”.

Los más importantes principios del debido proceso establecidos por la LGAP son:

- Las partes en un caso tienen el derecho de acceso a los documentos del caso que tiene la Administración y a emitir criterio acerca de la actuación de la Administración (Artículo 217)
- Las partes tienen el derecho de ser escuchadas (Artículo 218)
- El derecho de defensa debe ser ejercido de una forma razonable por el administrado (Artículo 220)
- La Administración debe verificar de la mejor forma posible los hechos que sirven para razonar el acto final (Artículo 221)
- El impulso del procedimiento administrativo es de oficio, sin perjuicio del aporte de las partes (Artículo 222)

³⁴ Sala Constitucional. Resolución N° 1739-92 del 1° de Julio de 1992.

- El procedimiento debe ser hecho con el propósito de obtener el máximo de prontitud y eficiencia, respetando el ordenamiento legal y los derechos e intereses del administrado (Artículo 225)
- Todos los actos del procedimiento que afectan los derechos e intereses de las partes deben ser comunicados a los afectados (Artículo 239)
- El término o términos del procedimiento administrativo son obligatorios tanto para la Administración como para los administrados que inician dicho procedimiento (Artículo 255).

Los principios previos son desarrollados más profundamente en la LGAP y deben ser seguidos por la autoridad administrativa.

Es importante mencionar que dentro de la obligación general del deber de cuidado es un tema importante el período de tiempo que usa la Administración para resolver o dar respuesta a una petición. Este período de tiempo puede ser establecido en una normativa específica o tiene que ser definido por la Administración pero tiene que ser razonable³⁵.

En Costa Rica, la Sala Constitucional ha definido por vía jurisprudencial que si la ley no establece un plazo específico de respuesta a la petición presentada, debe ser aplicado el tiempo establecido en el artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, el cual dice:

“Cuando el amparo se refiera al derecho de petición y de obtener pronta resolución, establecido en el artículo 27 de la Constitución Política, y no hubiere plazo señalado para

³⁵ Ver en este sentido COMITÉ DE MINISTROS. Recomendación No. R (80) 2, concerniente al ejercicio de los poderes discrecionales de las autoridades administrativas, adoptada el 11 de marzo de 1980 en la 326 reunión.

contestar, se entenderá que la violación se produce una vez transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que fue presentada la solicitud en la oficina administrativa, sin perjuicio de que, en la decisión del recurso, se aprecien las razones que se aduzcan para considerar insuficiente ese plazo, atendidas las circunstancias y la índole del asunto”³⁶.

También, la Administración debe dar la información a los ciudadanos a fin de que ellos puedan defender de la mejor forma sus derechos en las peticiones presentadas.

El artículo 217 de la LGAP establece el derecho que tienen las partes en un procedimiento administrativo de conocer el expediente y la queja acerca de la actuación de la Administración presentada, a fin de que puedan defender sus derechos e intereses. También, la Constitución Política de Costa Rica establece en el artículo 30 la libertad de acceso a los departamentos administrativos con el fin de buscar información acerca de temas de interés público³⁷.

También, la LGAP tiene un capítulo que regula especialmente el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos, también establece un debido proceso que debe ser seguido para imponer una sanción a un funcionario público en caso de que sea necesario.

En ese sentido, la jurisprudencia ha reconocido la extensión de los principios del debido proceso en materia penal al campo de las sanciones administrativas:

“...la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que

³⁶ Ley de Jurisdicción Constitucional. Artículo 32.

³⁷ Constitución Política de Costa Rica. Artículo 30.

resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos...³⁸.

La Ley Contenciosa Administrativa de Costa Rica está integrada por normas y principios determinados como “ius puniendigeneral del Estado”, representado por la ley penal. En ese sentido, la siguiente resolución de la Sala Constitucional clarifica el punto:

“Desde que las sanciones administrativas tienen una naturaleza punitiva, es desde esa observancia obligatoria que en estas líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y defensa que establece el principio del debido proceso, fundamentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, debe respetarse, acompañado también por otras garantías que establecen los artículos 35,36,37, 38, 40 y 42 también de la Constitución”³⁹.

En general, puede concluirse que el debido proceso es uno de los más importantes principios ya que permite regular y ordenar la discreción de los actos de la Administración. La violación de este principio es una de las causales más alegadas en los procesos judiciales.

c.- Eficiencia

El criterio de eficiencia ha sido desarrollado en la legislación administrativa costarricense como un criterio importante para valorar la adecuada actividad de la Administración. Este criterio analiza la eficiencia de la administración en el momento de desarrollar su actividad. En este sentido, el artículo 4 de la LGAP establece:

³⁸ Sala Constitucional. Resolución N° 8193-2000, del 13 de setiembre del 2000.

³⁹ Sala Constitucional. Resolución N° 1484-1996.

“Artículo 4º.- La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios”.

También el artículo 8 de la LGAP hace obligatorio para la Administración encontrar equidad entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, libertad y otros derechos fundamentales del ciudadano⁴⁰.

En conclusión, el principio de eficiencia es un principio escrito que puede ser encontrado en el sistema legal costarricense y está incluido en el *principio del adecuado cuidado*. Una de las más importantes preguntas acerca de este tópico es ¿cómo se define el concepto de eficiencia?, ¿qué se debe entender como conducta eficiente?.

Al respecto, la eficiencia ha sido entendida como una cualidad que permite el ejercicio de las competencias de la administración pública de acuerdo a los objetivos establecidos por ley.

Es también posible que los principios generales de derecho, la jurisprudencia administrativa y prácticas administrativas, así como todas las normas no escritas impongan una especial sujeción a la Administración. Otros parámetros importantes son los principios que gobiernan los servicios públicos tales como el principio de continuidad, igualdad de tratamiento, regularidad y adaptación de la organización al servicio. En virtud de estas reglas, la organización administrativa está obligada a servir a la demanda de un servicio público de una forma continua, pero también debe hacerlo con eficiencia y regularidad de acuerdo con todos los cambios legales que se produzcan en

⁴⁰ LGAP. Artículo 8.

el sistema legal y en una forma equitativa para todos los usuarios en igual situación. Estas reglas son de origen jurisprudencial y provienen de la misma naturaleza y exigencias del servicio público.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha establecido:

“...La satisfacción de intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. En los Estados democráticos, se estima que ese poder punitivo es y debe ser la última ratio, lo que obliga a un uso prudente y racional del sistema sancionador...”⁴¹.

En conclusión, el concepto de eficiencia debe ser considerado a la luz de una norma efectiva, así como los principios de derecho que están integrados de una forma general en el ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO 4

EL OMBUDSMAN EUROPEO Y LA APLICACIÓN DEL *PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO* ADMINISTRATIVO

4.1 COMPETENCIAS DEL OMBUDSMAN EUROPEO

El tratado de Maastricht, que entró en vigencia el 1º de Noviembre de 1993 creó la Unión Europea y también fundó un nuevo cuerpo comunitario: el Ombudsman Europeo.

⁴¹ Sala Constitucional. Resolución N° 2000-8191 del 13 de setiembre del 2000.

El artículo 138 E del citado Tratado establece:

“El Parlamento europeo nombrará un Ombudsman encargado de recibir las denuncias presentadas por cualquier ciudadano de la Unión o cualquier persona física o jurídica residente o que tenga residencia registrada en un Estado miembro concerniente a asuntos de mala administración en las actividades de las instituciones o cuerpos comunitarios, con la excepción de la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia actuando en su rol judicial.

De acuerdo con estos deberes, el Ombudsman conducirá las investigaciones para las cuales él encuentra argumentos, por su propia iniciativa o con caso en las quejas presentadas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, excepto donde la denuncia presentada está referida a procesos jurídicos. Donde el Ombudsman determina un caso de mala administración, él referirá la materia a la institución tratada, la cual tendrá un período de tres meses en los cuales informarle sus opiniones al respecto”.

De acuerdo con el artículo previo, el Ombudsman europeo puede conocer denuncias presentadas por los ciudadanos o iniciar de oficio investigaciones contra las instituciones y cuerpos de la Comunidad Europea como:

- La Comisión Europea
- El Consejo de la Unión Europea
- El Parlamento Europeo
- La Corte de Auditores
- La Corte de Justicia (excepto en su rol judicial)
- El Comité Económico y Social
- El Comité de las Regiones

- El Banco Central Europeo

- El Banco Europeo

Es importante analizar cuáles son las principales tareas del Ombudsman. En ese sentido, en el Informe del Ombudsman europeo para el año 1995, él define sus principales tareas de la siguiente forma:

- a) Conocer denuncias específicas de mala administración:
El Ombudsman debe proveer efectivas medidas de orientación a los ciudadanos a quienes les han sido denegados sus derechos, o quienes no han recibido un adecuado trato por parte de las instituciones o cuerpos de la comunidad.
- b) Colaborar en la seguridad legal de los habitantes al promover buenas prácticas administrativas.
- c) Proteger los derechos de los habitantes y fortalecer las relaciones entre las instituciones de la comunidad y los ciudadanos europeos.
- d) Colaborar en la búsqueda de soluciones alternativas a los tribunales de los problemas denunciados, promoviendo los acuerdos amistosos y haciendo recomendaciones que disminuyan los procedimientos judiciales.
- e) Promover la efectiva implementación de los derechos de los habitantes en todos los niveles de gobierno de la Unión, así como la transparencia en el trabajo de las instituciones y cuerpos de la comunidad europea.

El rol más importante del Ombudsman europeo es promover y asegurar las buenas prácticas administrativas. En ese sentido, en el Informe Anual del año 1995, el Ombudsman dio una lista de ejemplos de conductas que deben considerarse como *mala administración*, como actividades administrativas y omisiones, injusticias,

negligencia, discriminación, abuso de poder, negativa o retraso en brindar información.

También, en el Informe Anual de 1995, el Defensor indicó:

“La experiencia del Ombudsman Nacional muestra que es mejor no hacer una estricta definición de qué debe ser considerado como mala administración. El carácter abierto de este término es solamente uno de los elementos que distingue el rol del Ombudsman del de la Corte”⁴².

Sin embargo, en el Informe Anual de 1997, el Ombudsman dio la siguiente definición del término “*mala administración*”, aprobado por el Parlamento Europeo:

“Mala administración ocurre cuando un órgano falla en su accionar de acuerdo con la normativa o el principio que le es aplicable”⁴³.

Algunos ejemplos de *mala administración* son:

- Irregularidades administrativas
- Trato desigual
- Discriminación
- Abuso de poder
- Negativa de brindar información
- Demora innecesaria en la respuesta

En Noviembre de 1998, el Ombudsman inició de oficio una investigación sobre la existencia y acceso público de las diferentes instituciones y órganos comunitarios de un Código de Buen Comportamiento Administrativo por parte de los funcionarios públicos en sus relaciones con los

⁴² Reporte Anual del Ombudsman Europeo, 1995.

⁴³ Reporte Anual del Ombudsman Europeo, 1997.

habitantes. Por su propia iniciativa solicitó información a 19 instituciones y órganos sobre si ellos adoptaron o estaban de acuerdo con el Código, así como si respetaban el código en sus relaciones con el público⁴⁴.

El 28 de julio de 1999, el Ombudsman propuso el **Código de Buen Comportamiento Administrativo** en la forma de un borrador de recomendaciones dirigidas a la Comisión, el Parlamento y el Consejo Europeo. Similar borrador fue enviado a otras instituciones y órganos comunitarios. En sus recomendaciones, el Ombudsman indicó que para adoptar reglas de buen comportamiento administrativo, las instituciones y órganos comunitarios podrían tomar como guía de dichas provisiones el Código de Buen Comportamiento Administrativo establecido por la oficina del Ombudsman.

Este Código contiene en primera instancia los principios de derecho administrativo, como la ausencia de discriminación, abuso de poder, imparcialidad e independencia, la obligación de razonar las resoluciones y el derecho de defensa.

Además de los clásicos principios de derecho administrativo, el Código igualmente contiene reglas de buenas prácticas administrativas tales como el envío de información al peticionario, la adecuada definición de competencia, la obligación de transferir una petición a la institución competente, la indicación de posibilidades de apelación y la conservación de documentos y pruebas.

También, desde finales del año 2000, existe una nueva y más fuerte base legal y argumentativa en el derecho administrativo europeo, llamado el Capítulo Nueve. El Capítulo de Derechos Fundamentales, el cual fue oficialmente proclamado en Niza, el 7 de diciembre del

⁴⁴ Website del Ombudsman Europeo: www.euro-ombudsman.eu.int.

2000, ahora incluye el artículo 41 denominado: **“Derecho a una Buena Administración”**.

Por primera vez en la historia de la Unión Europea, las instituciones de la comunidad del más alto nivel han hecho oficial y explícito que los ciudadanos europeos tienen el derecho a un buen comportamiento administrativo cuando ellos se dirigen a las instituciones de la comunidad.

El artículo 41 del Capítulo Fundamental de Derechos Humanos establece:

“ 1. Toda persona tiene el derecho de que sus pretensiones se manejen de forma imparcial, responsable y dentro de un plazo razonable por parte de las instituciones y los cuerpos de la Unión.

2. Este derecho incluye:

- el derecho de cada persona de ser oído, antes de que se tome cualquier medida individual que le afecte
- el derecho de cada persona de tener acceso a su expediente, mientras que se respeten los intereses legítimos de confidencialidad y secreto profesional
- la obligación de la administración de razonar sus decisiones.

3. Toda persona tiene el derecho de hacer que la comunidad resarza cualquier daño causado por sus instituciones o por sus funcionarios en el cumplimiento de sus deberes, de acuerdo con los principios generales comunes a los leyes de los Estados miembros.

4. Toda persona quien escriba a las instituciones de la unión en una de las idiomas de los tratados, debe tener una respuesta en la misma lengua ”⁴⁵.

⁴⁵ Capítulo de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, Diciembre 2000. Artículo 41.

4.2 EL CÓDIGO DE BUENA CONDUCTA ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DEL DEBIDO CUIDADO ADMINISTRATIVO

Del análisis hecho de la figura del Ombudsman europeo es necesario hacer referencia al importante trabajo que él está haciendo en la lucha contra la mala administración. Con la finalidad de cumplir con la mayor eficacia esta tarea, el esfuerzo hecho por el Ombudsman con el Código Europeo de Buen Comportamiento Administrativo es muy importante. Este Código permite unificar las reglas que deben gobernar las relaciones de los funcionarios públicos con los ciudadanos, lo cual se constituye en una garantía más del respeto a los derechos de los habitantes.

La adopción del Código por parte de las diferentes instituciones europeas viene a constituir una forma de cumplir con el derecho a la buena administración establecido en el artículo 41 del capítulo de Derechos Fundamentales. También constituye una guía para orientar el trabajo de la administración en general.

Asimismo, siendo que la presente investigación gira en torno al *principio del deber de cuidado administrativo*, es necesario hacer referencia a todas estas guías que hacen posible la ampliación y efectiva definición de este principio, así como viene a ser importante localizarlo dentro de los principios de buena administración con la finalidad de obtener un efectivo buen gobierno.

Por ejemplo, en relación con el *principio del deber de cuidado administrativo*, podemos encontrar en el Código los siguientes artículos:

“Artículo 18

Deber de indicar los motivos de las decisiones

1. Toda decisión de la institución que pueda afectar adversamente los derechos e intereses de una persona

privada, deberá indicar los motivos en los que está basada, exponiendo claramente los hechos pertinentes y el fundamento jurídico de la decisión.

2. El funcionario evitará adoptar decisiones basadas en motivos breves o vagos, o que no contengan un razonamiento individual.

3. En caso que, debido al gran número de personas afectadas por decisiones similares, no resultara posible comunicar detalladamente los motivos de la decisión, procediéndose por lo tanto a respuestas de tipo normalizado, el funcionario, en una fase subsiguiente, facilitará al ciudadano que expresamente lo solicite un razonamiento individual”.

En este sentido, el Ombudsman ha indicado:

“El Ombudsman también hace hincapié en este poder discrecional no es lo mismo que dictatorial o arbitrario. Un ente público debe tener siempre buenas razones para escoger uno u otro curso de acción sobre otro. Una normal práctica de ejercicio del poder discrecional es explicar las razones por las cuales un particular curso de acción ha sido escogido”⁴⁶.

También, el artículo 16 establece el **derecho a ser escuchado y a presentar argumentaciones** en la siguiente forma

“Artículo 16

Derecho a ser oído y a hacer observaciones

En aquellos casos que incumban a los derechos o intereses de ciudadanos, el funcionario garantizará que en todas las fases del proceso de toma de decisiones se respeten los derechos de defensa.

⁴⁶ Ombudsman Europeo. Resolución No. 995/98/OV contra la Comisión Europea.

Todo miembro del público tendrá derecho, en aquellos casos en los que deba adoptarse una decisión que afecte a sus derechos o intereses, a presentar comentarios por escrito y, en caso necesario, a presentar observaciones orales, con anterioridad a la adopción de la decisión”.

También, el artículo 6 establece el *principio de proporcionalidad* en la siguiente forma:

“Artículo 6.- Proporcionalidad

Al adoptar decisiones, el funcionario garantizará que las medidas adoptadas sean proporcionales al objetivo que se persigue. En particular, el funcionario evitará restringir los derechos de los ciudadanos o imponerles cargas cuando estas restricciones o cargas no sean razonables con respecto al objeto perseguido.

Al adoptar decisiones, el funcionario respetará el justo equilibrio entre los intereses individuales y el interés público general”.

El artículo 20 establece la **notificación de la decisión**:

El funcionario garantizará que las decisiones que afecten a los derechos o intereses de los habitantes se notifiquen por escrito, tan pronto como se haya adoptado la decisión, a la persona o personas afectadas.

El funcionario se abstendrá de comunicar la decisión a otras fuentes antes de que la persona o personas afectadas hayan sido informadas.

El **tiempo razonable para resolver asuntos** está en el artículo 17.

En sus resoluciones, el Defensor ha desarrollado criterios interesantes en relación con cuáles pueden ser consideradas malas prácticas administrativas, como puede verse en la siguiente resolución:

“Es una buena práctica administrativa el responder las peticiones recibidas de los ciudadanos dentro de un tiempo razonable. En el presente caso, fue solo después de haber recibido tres solicitudes de la interesada que la Comisión informó a la quejosa el 14 de diciembre del 2001 que había sido registrada su solicitud como una queja 4 meses después de haber recibido la petición. El Ombudsman considera que dadas las circunstancias del caso la Comisión ha fallado en dar una respuesta en tiempo a la solicitud planteada. Esto es una instancia de mala administración”⁴⁷.

Otra interesante resolución señala:

“Los *principios de Buena Administración* establecen que la Administración tratará con los ciudadanos en un justo sentido. Esto implica, entre otras cosas, que la Administración proveerá a los ciudadanos con la información que ellos requieren. En el presente caso, la Comisión inició un proceso contra un proyecto contratado. Dicho proceso podía resultar en la cancelación del contrato, lo cual era de valor económico significativo para el contratista. La Comisión actuó con base en uno de los fundamentos del proyecto, el cual estaba contenido en una forma. Sin embargo, sin ninguna razón válida, la Comisión no quería comunicar la forma al contratista, para quien era esencial el tener conocimiento de la forma y prevenir la posible cancelación. De conformidad con lo anterior, la Comisión falló en el cumplimiento de los principios de buena administración”⁴⁸.

Las resoluciones previas son un ejemplo de la efectiva aplicación que ha dado el Ombudsman al concepto de “mala

⁴⁷ Resolución del Ombudsman Europeo No. 1767/2001/GG contra la Comisión Europea.

⁴⁸ Resolución del Ombudsman Europeo No. 391/98/PD contra la Comisión Europea.

administración” con la finalidad de ir definiendo dicho concepto.

De la jurisprudencia analizada se puede concluir que el Ombudsman ha dado especial atención al derecho que tiene el individuo de recibir una respuesta, así como que la respuesta sea debidamente fundamentada.

De acuerdo con lo anterior, las instituciones europeas tienen un instrumento más que les permite cumplir los objetivos de procurar una adecuada administración.

Esta experiencia es interesante y podría ser aplicada a lo interno de Costa Rica. La Defensoría podría trabajar tomando en cuenta esta experiencia en la definición de cuáles acciones deben ser consideradas como mala administración, así como en la promoción del derecho que los habitantes tienen a una buena administración.

CAPÍTULO 5

LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES Y EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL *PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO*

5.1 LAS COMPETENCIAS DE LA DEFENSORÍA

La competencia de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica está establecida en general en el artículo 1° de la Ley de la Defensoría de los Habitantes (LDH) del 17 de Noviembre de 1992, en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Atribuciones Generales:

La Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos y los 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”⁴⁹.

De acuerdo con el artículo previo, las principales tareas de la Defensoría de los Habitantes son:

- La protección de los derechos e intereses de los habitantes.
- Velar por un adecuado trabajo del sector público de acuerdo con la moral, la justicia y el ordenamiento legal.

En relación con la primera tarea, el artículo 2 de la LDH⁵⁰ define los términos de derechos e intereses de la siguiente forma:

Derechos: El conjunto de facultades e instituciones, reconocidas en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad del ser humano.

Intereses: El conjunto de las expectativas orientadas a la preservación de la legalidad y la justicia y al resguardo del patrimonio social e individual frente a las acciones u omisiones de la actividad administrativa del sector público.

También, el artículo 6 del Reglamento a la Ley de la Defensoría establece que la protección a los derechos e intereses de los habitantes es “...frente a amenazas, perturbaciones, restricciones o violaciones provocadas por acciones u omisiones provenientes de la actividad administrativa del sector público”.

Sin embargo, el control de legalidad⁵¹ de la actividad de la administración se considera una de las más importantes

⁴⁹ Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, No. 7319, Noviembre 27 de 1992, San José.

⁵⁰ Idem. Artículo 2.

⁵¹ Ver artículo 14 de la Ley de la Defensoría de los Habitantes y artículo 31 del Reglamento a la Ley de la Defensoría.

tareas encomendadas a la Defensoría de los Habitantes. También es añadido el control que realiza la Defensoría al tratar de que el sector público se ajuste en su operación a la moral, justicia y el ordenamiento legal.

En relación con el desarrollo de ésta última función encomendada, es claro que en el caso del ordenamiento legal, tal y como fue expuesto en el capítulo anterior, el *principio de legalidad* es el norte que dirige la actuación de la Defensoría. En este sentido, aplica en el trabajo de la Defensoría lo indicado previamente sobre a principios generales de derecho y de buena administración. La Defensoría debe también respetar el *principio del deber de cuidado administrativo* en sus actuaciones como las otras instituciones públicas.

Sin embargo, en el caso de la moral y la justicia, estos conceptos han sido desarrollados por la Defensoría en su labor diaria tomando en cuenta su propio trabajo así como los criterios desarrollados en la jurisprudencia.

En el caso de la justicia, el Defensor ha aplicado el criterio de justicia relacionado con el criterio general de legalidad en la función pública, así como con los criterios de racionalidad y proporcionalidad en los actos administrativos.

Acercas del criterio de moralidad, la introducción de la moral –al momento de ser aprobada la Ley de la Defensoría– como parámetro de control de las actuaciones del sector público, vino a ser un hecho sin precedente en el desarrollo de la institución del Ombudsman en Latinoamérica. La intención fue clara: llenar vacíos existentes en la lucha contra la corrupción.

En este sentido, la Defensoría de los Habitantes ha establecido:

“Los actos de corrupción aluden a la existencia de conductas que son contrarias a los deberes inherentes a la

función pública con la intención de utilizar el poder dado en diversas manifestaciones de desviación de poder que atentan contra la eficiencia de la administración.

Los actos de corrupción tienen incidencia en la calidad y la eficiencia de los servicios públicos. En este sentido, la corrupción es un obstáculo para el buen servicio, lo cual justifica la intervención de la Defensoría que debe velar por la buena operación del sector público”⁵².

En 1997, en el Informe Anual de Labores presentado ante la Asamblea Legislativa, la Defensoría de los Habitantes definió el concepto de moralidad en los siguientes términos:

“La moral, puede entenderse como el conjunto de principios derivados de las disposiciones que regulan el funcionamiento del Estado y que establecen las normas de conducta inherentes a los deberes y responsabilidades de quienes ejercen una función”.

El control de moralidad que la ley atribuye a la Defensoría está relacionado con un particular segmento de la conducta humana: el control de la moral en el ejercicio de la función pública.

En conclusión, en el campo del ejercicio de la función pública, los conceptos de moralidad y legalidad son complementados y conjugados para establecer parámetros de control de la actividad de la administración.

El ejercicio de la función pública, en los diferentes órganos del estado y en los diferentes niveles de la Administración, es uno de los factores determinantes para el desarrollo institucional de un país. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes juega un importante papel en el control de la transparencia de sus gestiones.

⁵² Informe Anual de la Defensoría de los Habitantes, 1997.

El concepto de moralidad pública está relacionado al criterio de *buen gobierno* previamente expuesto. En este campo, la Defensoría de los Habitantes, desde su competencia, trata de que la Administración dirija sus actos al cumplimiento efectivo de los *principios de buen gobierno*.

“Una eficiente Defensoría debe caracterizarse por su capacidad de reconocer el momento histórico y responder a sus exigencias. Como estrategia para obtener esta tarea, la Defensoría debe estimular la participación democrática y activa de los habitantes en el proceso de promoción y protección de sus derechos e intereses”⁵³.

También, en la tarea de promover y divulgar los derechos de los habitantes, la Defensoría de los Habitantes trata de hacer un trabajo de educación en derechos, así los habitantes conocen cuáles son los derechos y obligaciones que tienen, así como los que deben exigir.

5.2 EL PRINCIPIO DEL *DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO* Y LA APLICACIÓN HECHA POR LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES EN SU LABOR

El objetivo principal de la presente investigación es el análisis de uno de los principios de *buen gobierno*, en este caso el *principio del deber de cuidado administrativo*. Lo anterior por cuanto existen investigaciones previas realizadas sobre aspectos generales de la forma en que desarrolla su trabajo la Defensoría de los Habitantes.

Se analizará la aplicación hecha por la Defensoría de los Habitantes del *principio del deber de cuidado administrativo* tanto en su trabajo a lo interno como en las resoluciones dirigidas a la Administración Pública las cuales buscan

⁵³ Informe Anual de la Defensoría de los Habitantes, 2000.

recomendar acciones que permitan corregir una acción u omisión de la Administración.

En este sentido, es necesario referirse primero acerca de la aplicación que realiza la Defensoría del referido principio en su trabajo, tanto a nivel sustancial como formal.

Tanto la Ley de la Defensoría como su Reglamento establece un procedimiento que debe ser seguido por la Defensoría en el conocimiento e investigación de las denuncias recibidas. En este procedimiento existen principios fundamentales que la Defensoría debe respetar.

Los siguientes son los más importantes principios:

5.2.1 Deber de cuidado sustancial:

Principio de accesibilidad y gratuidad de los servicios:

Todas las personas tienen el derecho de presentar una denuncia ante la Defensoría sin costo alguno. Este principio está establecido en los artículos 16 y 17 de la LDH.

En el caso de la presentación de denuncias, la Defensoría debe cuidar que estas cumplan los requerimientos indicados por la ley y el reglamento tales como:

- Que no se trate de un asunto que esté siendo conocido en la vía judicial.
- Que no haya pasado un año desde que se tuvo conocimiento de los hechos (la Defensoría puede hacer excepciones dependiendo del tema del que se trate).

En esta primera etapa el *principio del deber de cuidado administrativo* aplica en tanto la Defensoría debe hacer efectivamente posible el acceso de los usuarios a los servicios de la Institución, sin demandar grandes formalidades.

En el mismo sentido, la posibilidad de acceso a la información que tienen los habitantes es aplicada en todos

los procedimientos de investigación que la Defensoría realiza. Debe ser tomado en cuenta que todos los documentos son considerados públicos, de libre acceso, exceptuándose aquellos en los cuales la identidad del denunciante debe ser protegida por haber sido así solicitado.

Principio de protección del habitante: El artículo 41 del Reglamento a la Ley de la Defensoría establece que ésta debe proteger la identidad de las personas que han presentado una queja cuando así lo han solicitado, tomando en cuenta el perjuicio o daño a su integridad que puedan sufrir en caso de ser conocida su identidad.

En este sentido, las denuncias confidenciales pueden ser recibidas, respetando en todo momento la identidad de la persona denunciante y sólo revelándola a solicitud de una autoridad judicial. En estos casos, el manejo de la información debe realizarse de forma muy cuidadosa.

Principio de legalidad en las actuaciones de la Defensoría: La Defensoría debe respetar el ordenamiento jurídico. Tanto en el procedimiento interno de investigación como en las resoluciones de la Defensoría deben ser respetadas las leyes, principios generales de derecho, convenios y tratados internacionales y de derechos humanos.

Siendo la Defensoría un fiscalizador de la legalidad, está llamada a ser la primera respetuosa del ordenamiento legal en el desarrollo de su labor. En este sentido, la Defensoría debe tomar en cuenta todas las prácticas de buena administración que recomienda en sus resoluciones a las instituciones públicas.

Principio de eficiencia y efectividad: La intervención de la Defensoría debe ser sumaria e informal, procurando buscar efectividad y eficiencia en sus acciones. La magistratura de influencias es el arma que tiene la Defensoría para cumplir con sus objetivos y esta

magistratura debe ser ejercida de la forma más eficiente posible.

Uno de los temas que la Defensoría ha considerado como esencial es la incapacidad del sistema político y sus instituciones para relacionarse con la sociedad civil y atender sus demandas. Lo anterior hace necesario redefinir las relaciones existentes entre las instituciones del sector público y los habitantes y establecer nuevas reglas y formas de relación que permitan una participación efectiva de los habitantes en la toma de decisiones, aportando criterios que sean considerados a la hora de evaluar la calidad y la eficiencia de los servicios públicos.

La Defensoría ha considerado que ese replanteamiento sugerido de las relaciones entre la administración y los habitantes debe empezar por la labor misma de la Defensoría, tratando de ser efectiva y eficiente en su propio trabajo.

Principio de buen trato ciudadano: La Defensoría ha asumido como principio el ofrecer un respetuoso y cordial trato a los ciudadanos que van a la institución a solicitar su intervención. También la Defensoría enfatizó en la necesidad de que las instituciones públicas ofrezcan un tratamiento de igualdad a los usuarios en el Informe Anual presentado ante la Asamblea Legislativa.

En el Informe Anual del período 1999-2000, presentado ante la Asamblea Legislativa la Defensoría indicó:

“El concepto de buen trato ciudadano está referido a la necesidad de que los sistemas institucionales reconozcan un camino efectivo de hacer efectivos los derechos de los habitantes como parte del ejercicio diario de la democracia.

El examen del trato ciudadano está localizado en el contexto de las complejas relaciones entre los habitantes y las instituciones del sector público, relaciones que

establecen por una parte un maltrato (de respuesta, una agresión física o verbal, una atención deficiente, abuso de un funcionario, inacción u omisión de presentar denuncias) y por otra parte una ausencia de capacidad instalada (infraestructura, recursos, normas, etc).

El respeto al trato ciudadano implica el respeto al derecho de la población a estar informada de los temas que son de su interés...”⁵⁴.

Es claro que el buen trato ciudadano es un compromiso asumido por la Defensoría y como tal debe ser cumplido empezando por la labor que se realiza.

5.2.2 Deber de cuidado formal:

Los principales principios procesales que establece tanto la ley de la Defensoría como su Reglamento son los siguientes:

Registrar tanto las denuncias recibidas como las investigaciones iniciadas y realizadas: La LDHR establece en el artículo 20, la obligación de tener un expediente con las investigaciones iniciadas. En igual sentido, el artículo 48 del Reglamento a la ley establece lo siguiente:

“Una vez admitida una queja, reclamo o denuncia, deberá levantarse un expediente que contenga todos los datos, informaciones, alegatos, documentos y pruebas relacionadas con el asunto investigado (...)”.

Con este principio se asegura el derecho a la información que tiene cada habitante, quienes pueden consultar el expediente cuando ellos quieran. También la ley asegura que la Defensoría tenga una memoria histórica de su trabajo que puede ser consultada por todo el que quiera.

⁵⁴ Idem.

Principio del procedimiento sumario e informal: El artículo 20 de la LDHR establece que la investigación que hace la Defensoría debe ser sumaria e informal. Es claro que con esta disposición el legislador quería asegurar que la Defensoría ejecutara su magistratura de influencias y que no se crease una nueva instancia judicial llena de formalismos.

Sin embargo, en la sumariedad e informalidad de la intervención debe ser respetados los principios del debido proceso.

El artículo 50 del Reglamento a la ley establece el derecho de defensa que tiene el funcionario público contra las quejas, reclamos o denuncias interpuestas en su contra.

También, la LDHR y el Reglamento establecen la obligatoriedad de notificar el acto de admisión de una denuncia, así como la resolución final de la misma⁵⁵.

Principio de motivación de los actos: El artículo 14.2 de la LDHR, establece:

“Si en el ejercicio de sus funciones, la Defensoría de los Habitantes de la República llega a tener conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de una acción, debe recomendar y prevenir al órgano respectivo la rectificación correspondiente ...”.

Acercas de las formalidades que deben ser seguidas en las recomendaciones de la Defensoría, el artículo 54 establece que una vez concluida la investigación la Defensoría analizará las pruebas y dictará la correspondiente resolución final. Esta resolución no debe tener formalismos pero debe indicar con claridad las conclusiones derivadas de la investigación, sus fundamentos y las recomendaciones formuladas.

⁵⁵ Ver artículos 2º de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, y 49, 55 del Reglamento a la Ley.

Dado que las recomendaciones de la Defensoría no tienen carácter vinculante, su fuerza radica en parte en una buena motivación de sus resoluciones. Si las resoluciones son legalmente motivadas, la posibilidad de que la Administración no quiera cumplir con las recomendaciones formuladas es menor.

Respeto al tiempo límite para resolver: El artículo 21 de la LDHR, establece que la Defensoría tiene un tiempo límite de dos meses contados a partir de la presentación de la denuncia para resolverla.

Dicho término ha hecho necesario propiciar criterios de eficiencia en el trabajo de la Defensoría con el fin de cumplir con el tiempo establecido, lo cual no es fácil tratándose de casos de mayor complejidad. En este sentido, la realidad indica que en muchos de los casos es utilizado un tiempo mayor para resolver, razón por la cual ha sido considerado propiciar la modificación del artículo referido.

Informar la posibilidad de presentar recurso de reconsideración contra las resoluciones de la Defensoría de los Habitantes: El artículo 56 del Reglamento a la Ley establece que contra las resoluciones de la Defensoría podrá ser presentado un recurso de reconsideración que permita la revisión por parte de la Defensoría de sus propias resoluciones. Con este recurso, la Defensoría asegura la posibilidad de corregir errores que se hayan producido en sus resoluciones.

Los anteriores principios son los principalmente utilizados por la Defensoría en sus procedimientos y que tienen relación con el *principio del deber de cuidado administrativo*, objeto del presente trabajo. Es claro que el cumplimiento de estos principios también es exigido por la Defensoría a las instituciones públicas, especialmente en el caso de los principios sustanciales del *deber de cuidado administrativo*.

5.3 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO HECHA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE ACUERDO CON LA DEFENSORÍA: ANÁLISIS DE CASOS

Del análisis de las denuncias conocidas ante la Defensoría se puede concluir que las principales denuncias recibidas contra la Administración Pública están referidas a los siguientes aspectos:

- Violación del derecho del debido proceso en procedimientos administrativos
- Omisión de respuesta a denuncias presentadas ante instituciones públicas
- Dilación en procedimientos administrativos
- Ineficiencia en los servicios públicos
- Contaminación
- Autorización irregular de construcciones
- Irrespeto de planes urbanos
- Mala regulación de tarifas de los servicios públicos
- Discriminación
- Problemas de inmigración

En razón de obtener un análisis de la aplicación del *principio del deber de cuidado administrativo* algunos casos de diversos temas han sido seleccionados, lo cual permite ejemplificar en qué casos la Defensoría ha encontrado violaciones al *principio del deber de cuidado administrativo* y cuáles han sido sus recomendaciones:

5.3.1 Expediente N° 10603-24-01

Debido proceso

La Defensoría conoció una denuncia presentada por un habitante referida a la mala actuación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), basada en los siguientes hechos:

- El habitante presentó una denuncia ante el Ministerio por lo que consideró una actuación irregular de un funcionario público.
- Con base en la denuncia presentada, el Ministerio inició una investigación concluyendo que el funcionario había incurrido en una actuación irregular al haber recibido viáticos por giras que nunca realizó.
- El funcionario alegó en su defensa que no hizo los formularios de viáticos y que no sabía que tenía que revisarlos.
- Como resultado de la investigación hecha por la administración se determinó ineficiencias serias en los controles internos de la Administración referidos al pago de viáticos por giras realizadas.
- Por lo anterior, se inició un procedimiento administrativo contra el funcionario denunciado y su superior.
- El funcionario interpuso un recurso de apelación por considerar que habían errores en el procedimiento administrativo que le causaban indefensión. La Administración declaró con lugar el recurso y dio por agotada la vía administrativa.

Por considerar que el accionar de la Administración era incorrecto, la Defensoría procedió a evaluar la información concluyendo lo siguiente:

- La Administración presenta una serie de deficiencias en los controles internos de los viáticos asignados a los funcionarios públicos cuando realizan giras de trabajo.
- Los registros de giras presentan una ausencia de formalismo y validez y no respetan normas administrativas de control interno.
- La situación denunciada es responsabilidad del jerarca de la sección.
- El hecho de haber cometido errores en el procedimiento no implica que la Administración no tenga que estudiar las irregularidades comprobadas.

A criterio de la Defensoría, la administración cometió errores en el procedimiento, y no respetó el debido proceso. Sin embargo, debió aplicar el artículo 351 de la Ley General de la Administración Pública y tratar de corregir los vicios del procedimiento y no dar por agotada la vía administrativa.

La Defensoría de los Habitantes recomendó:

1. Revisar las políticas que se han seguido, así como los procedimientos administrativos con el fin de que éstos se ajusten a la normativa efectivamente, de forma tal que se procure determinar la verdad real de los hechos para evitar que por aspectos de forma actos irregulares queden impunes.
2. Iniciar un procedimiento administrativo contra el superior jerárquico de la Dirección, de acuerdo con lo recomendado en el informe donde se tuvieron por comprobadas las anomalías denunciadas.
3. Que el auditor interno y el Departamento Legal revisen lo actuado en el procedimiento administrativo seguido contra el funcionario público denunciado.

Comentario:

En el anterior caso nos encontramos ante una actuación ilegal de la Administración originada en la inexistencia de adecuados procedimientos de control en el otorgamiento de viáticos a los funcionarios públicos, lo cual contraviene los principios básicos de control que debe seguir la Administración. Posteriormente, la Administración realizó un procedimiento administrativo irrespetando principios del debido proceso en perjuicio del funcionario público.

Es claro que la Defensoría considera necesario que el debido proceso sea respetado, el problema se presenta cuando la Administración decide anular el proceso y en vez de corregir las situaciones anómalas detectadas, da por agotada la vía administrativa, sin sancionar la conducta del funcionario público que atentó contra los principios de legalidad y buena administración en general.

En el presente caso, la Administración no aplicó correctamente el *principio del deber de cuidado administrativo* al incumplir los principios básicos del debido proceso así como cuando no realizó una investigación de los hechos de la mejor forma que permitiera arribar a la verdad e identificar el funcionario responsable.

5.3.2 Expediente No. 10615-24-01

Insuficiente información

La Defensoría recibió una copia de una inspección realizada por el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Seguros en el año 2000 en relación con las condiciones de seguridad de 25 discotecas en el Área Metropolitana. En esta inspección fueron verificadas deficiencias de los permisos otorgados por lo que se comunicó a los propietarios de los locales que debían corregirlos. También fue necesario

extender la investigación a todas las discotecas del país, por lo que la Defensoría se dio a la tarea de verificar que se realizara la investigación referida.

La Defensoría solicitó información a todas las regionales del Ministerio de Salud con el fin de determinar si se realizó la investigación encomendada. De la investigación recibida se determinó que las variables usadas para determinar el peligro e inseguridad no eran suficientes y se habían dejado de considerar otras de vital importancia para realizar una mejor evaluación de la situación, así como que era necesario extender la inspección a salones de baile y karaokes.

La Defensoría recomendó:

- Elaborar un reglamento donde se especifiquen los requerimientos que deben cumplirse en el caso de esta clase de locales.
- Coordinar con la Municipalidad y el Ministerio de Salud para realizar la supervisión de la actividad de los locales referidos.

Comentario:

En este caso, la Administración cumplió con la obligación de iniciar una investigación sobre las actividades de las discotecas. Sin embargo, esta investigación debe ser extendida a fin de que sea más efectiva e incluya otros elementos.

5.3.3 Expediente No. 9957-24-01

Actuación ilegal

La Defensoría recibió una queja contra el Banco Popular y de Desarrollo Comunal de Costa Rica en relación con la

variación de los elementos que sirven de base para el cálculo de intereses de los préstamos.

La Defensoría investigó el procedimiento seguido por el banco en el cálculo del monto de la cuota de los préstamos, de acuerdo con lo que establece el Código de Comercio, donde se indica que el cálculo debe ser hecho con base en un año de 365 días de acuerdo a los días calendario.

La Defensoría solicitó al Banco informar qué formula han venido utilizando para el cálculo de intereses.

Del análisis del caso la Defensoría concluyó que había una modificación en el procedimiento del cálculo de intereses. Con la modificación realizada, la Defensoría consideró que el banco se había separado de los principios fundamentales que le dieron origen a la organización, cuando debe canalizar los recursos a favor de las clases menos pudientes con el propósito de facilitar el acceso a créditos con bajos intereses.

La medida tomada por el banco está basada en una decisión financiera sin considerar que debe ser justificada en una norma que lo permita tal y como lo establece el principio de legalidad.

Lo anterior implica que el Banco como institución de derecho público no cumplió con el principio de legalidad. El Banco como institución financiera debe tratar de maximizar sus recursos, pero recordando que éstos se obtienen con base en lo que establece el marco técnico legal y basado en que el banco es propiedad de los trabajadores, que son la razón de su existencia.

La Defensoría recomendó:

- Corregir el procedimiento utilizado de cálculo de intereses en todos los préstamos que se encuentren en la misma situación que la del denunciante.

- Determinar los casos en los cuales el Banco ha recibido sumas de más en el cálculo de intereses en préstamos y regresar dichas sumas cobradas en exceso a los perjudicados.
- Iniciar un procedimiento administrativo contra el funcionario público que actuó contra el ordenamiento legal.

La Junta Directiva del Banco aceptó las recomendaciones de la Defensoría y procedió a devolver las sumas cobradas de más a los perjudicados.

Comentario:

En el presente caso estamos ante una violación sustancial del *principio de legalidad* en la actuación de la Administración en perjuicio del habitante.

5.3.4 Expediente No. 07992-21-99

Principio del *debido cuidado administrativo*: aplicación sustantiva del principio de igualdad

La Defensoría recibió una denuncia presentada por una mujer policía contra el Director de la Fuerza Pública y el Ministro de Seguridad Pública por violar sus derechos de la siguiente forma:

Le fue notificado el cambio en su horario de trabajo, teniendo no solo que trabajar ahora en la mañana (como lo ha hecho) sino en las noches. Esta modificación incumple el convenio que se tenía para establecer horario matutino a las mujeres y que venía funcionando desde hacía cinco meses.

El Ministro contestó que las mujeres que son parte de la Fuerza Pública convinieron en hacer las mismas funciones que los hombres. También, dijo que no existía una política

oficial aplicable a las mujeres policías. Sin embargo, tomando en cuenta que son mujeres, algunos privilegios les han sido otorgados.

Una vez concluida la investigación, la Defensoría hizo las siguientes consideraciones:

- Si bien es cierto el presente caso trata de horarios, tiene que ver con la presencia de mujeres policías en el tradicional mundo masculino de la fuerza pública.
- En materia de horarios, no existe ningún instrumento, documento o directriz que permita identificar parámetros para resolver el tema. Existe un gran vacío en las políticas generales de la fuerza pública, razón por la cual el caso tuvo que ser resuelto tomando en cuenta la sensibilidad y criterios de las autoridades en el tema.
- La política de tomar en cuenta las diferencias entre mujeres y hombres a la hora de tomar decisiones es una posibilidad válida que desarrolla una nueva definición del principio de igualdad sobre el cual la Sala Constitucional se ha pronunciado en diferentes oportunidades:

“La igualdad como ha dicho esta Corte, es violada cuando la inequidad no tiene una objetiva y razonable justificación”⁵⁶.

La regla general de derecho es la igualdad en la aplicación de los derechos y deberes existentes en los instrumentos legales de la fuerza pública. Sin embargo, una verdadera aplicación del concepto de igualdad es la que considera la objetiva y razonable diferencia entre mujeres y hombres y con base en esto se establecen medidas necesarias de operación que impidan cualquier forma de discriminación entre personas de diferente sexo.

⁵⁶ Sala Constitucional, Resolución No. 1770-94.

La Defensoría recomendó:

- Elaborar y divulgar políticas que tomen en cuenta las especificidades de las mujeres en la fuerza pública, que permitan a la institución contar con una guía de reglas claras y concretas que puedan ser utilizadas en la toma de decisiones en la materia.

Comentario:

En este caso se dio una violación sustancial del *principio del deber de cuidado administrativo* al violentarse el principio de igualdad.

5.3.5 Expediente N° 9549-24-00

Revisión del fin de un acto administrativo

La Defensoría recibió una denuncia presentada por un habitante sobre la actuación ilegal de la Municipalidad de Puntarenas. El habitante denunció que la Municipalidad no respeta la ocupación legal que ha tenido sobre la Isla Tolinga, pese a que tiene un contrato de arrendamiento firmado con la Municipalidad.

Pese a la existencia del contrato, la Municipalidad quiere dar en arrendamiento la isla a otra compañía, sin tomar en cuenta el trabajo realizado por el habitante en materia de conservación de la isla.

La Defensoría solicitó el informe correspondiente a la Municipalidad de Puntarenas. Al no haberse recibido respuesta, la Defensoría realizó una reunión con el Alcalde de Puntarenas que brindó el informe del presente caso. Después de analizada la información, la Defensoría concluyó lo siguiente:

El habitante ha tenido un contrato de arrendamiento con la Municipalidad antes de que entrara en vigencia la Ley de

la Zona Marítimo Terrestre. Una vez que entró en vigencia la ley, la Municipalidad prorrogó el contrato nuevamente sin exigir mayores requerimientos.

- El habitante ha hecho un importante trabajo en materia de conservación de la isla, lo cual ha sido reconocido por diferentes organizaciones ecológicas.
- La Ley de la Zona Marítimo Terrestre establece requerimientos específicos para otorgar en concesión una isla. Estos requerimientos no fueron solicitados al denunciante en el contrato de arrendamiento firmado.
- El habitante quiere ahora cumplir con los requerimientos exigidos por la ley pero la Municipalidad quiere dar en concesión la isla a otra compañía para desarrollar un proyecto turístico de grandes dimensiones.

La Defensoría consideró que la Municipalidad no siguió el procedimiento establecido en la ley para dar en concesión la isla y debe corregirlo. Sin embargo, la Municipalidad al momento de dar en concesión la isla, deberá tomar en cuenta el mejor uso de la misma, procurando su conservación por ser un lugar con un ecosistema frágil que no permite un gran desarrollo.

La Defensoría recomendó:

- Velar porque la ocupación de la isla cumpla con todos los requerimientos establecidos por la ley.
- Exigir estudios de impacto ambiental previo a dar en concesión la isla.
- Conocer y resolver la solicitud de concesión presentada por el denunciante.

Comentario:

En este caso, la actuación de la Administración fue contraria al cumplimiento efectivo del *principio del deber de cuidado administrativo* primero en la preparación del acto en el cual fue rentada la isla al no haber solicitado los requerimientos exigidos por ley. También la Municipalidad debe tomar en cuenta al tiempo de dar en concesión la isla el proyecto que se pretende desarrollar con la finalidad de que se procure su mejor conservación.

5.3.6 Expediente No. 9753-24-00

Violación del principio de legalidad

La Defensoría recibió una denuncia contra la Municipalidad en los siguientes términos:

Un habitante decidió instalar una fábrica sin contar con licencia de la Municipalidad. La actividad desarrollada causó inconvenientes a los vecinos por el excesivo ruido producido. Por esta razón, los vecinos presentaron una denuncia contra la Municipalidad solicitando que la actividad desarrollada cumpla con los requerimientos establecidos por la ley.

La Municipalidad solicitó al ciudadano cumplir con los requerimientos necesarios para operar su actividad. El ciudadano pagó la multa y presentó los requerimientos solicitados por la Municipalidad recibiendo la licencia para su actividad.

Los vecinos solicitaron a la municipalidad cancelar la licencia aduciendo que no era posible desarrollar la clase de actividad solicitada en una zona residencial de acuerdo con la Ley de Planificación Urbana y el Plan Regulador de la zona.

La Municipalidad nunca contestó al denuncia de los vecinos y toleró la actividad en la zona. Por esta razón los vecinos acudieron a la Defensoría.

La Defensoría solicitó información a la Municipalidad, la cual respondió que ahora la actividad estaba legal.

Analizada la información, la Defensoría concluyó que la Municipalidad autorizó una construcción contraviniendo el plan regulador de la zona, razón por la cual el acto administrativo es ilegal.

La Defensoría recomendó:

- Iniciar un procedimiento administrativo para revisar el permiso otorgado, determinando las ilegalidades cometidas e iniciar el procedimiento de cancelación de la patente otorgada.

Comentario:

El presente caso, la Municipalidad incurrió en una violación sustancial del *principio de legalidad* al otorgar un permiso contraviniendo el plan regulador de la zona.

5.3.7 Expediente No. 0088-24-98

Violación de la libertad de acceso a la información

La Defensoría recibió una denuncia presentada por un habitante que indicó que el Ministerio de Salud se negó a brindar una respuesta a diversas solicitudes de información presentadas, violando el artículo 27 de la Constitución Política de Costa Rica.

En su respuesta a la Defensoría, el Ministerio de Salud indicó que una parte de la información había sido enviada al interesado y la otra parte tenía que ir el interesado a verla al Ministerio por tratarse de un expediente muy grande.

Analizada la prueba ofrecida, la Defensoría concluyó lo siguiente:

- El Ministro de Salud no brindó la información solicitada por el habitante oportunamente.
- El artículo 27 constitucional establece el derecho de petición y pronta respuesta, el cual ha sido desarrollado en diversas resoluciones de la Sala Constitucional. En este sentido, hubo una violación a este derecho al no brindarle una respuesta al habitante.

También, en relación con la respuesta recibida sobre que el habitante tenía que ir a consultar la información al Ministerio, la Defensoría considera que si bien es cierto, de conformidad con un uso racional de los recursos públicos es explicable que no se pueda brindar una copia de la información al habitante, ésto no puede ser un obstáculo para que el habitante tenga acceso a la información.

El artículo 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con intenciones de buscar información de interés público. En el caso analizado, el Ministerio de Salud no garantizó el libre acceso a los documentos solicitados, siendo que la respuesta al habitante ocurre a partir de la intervención de la Defensoría.

La Defensoría recomendó:

- Comunicar al habitante las acciones que se deben tomar para que tenga acceso a la información solicitada y que no se le puede enviar.

Comentario:

El caso anterior muestra dos de los más comunes hechos denunciados por los habitantes ante la Defensoría: la omisión de respuesta a sus gestiones y la negativa de brindar

información. Ambas prácticas administrativas atentan contra los principios de buen gobierno referidos.

5.3.8 Expediente No. 0093-24-98

Ineficiencia administrativa

La Defensoría recibió una denuncia en los siguientes términos:

Un habitante extranjero presentó una solicitud de naturalización para ser costarricense ante el Registro Civil. Esta institución aprobó la solicitud presentada y autorizó la naturalización de la persona.

Siguiendo el procedimiento correspondiente, el Registro Civil envió la resolución y el expediente para aprobación del Tribunal Supremo de Elecciones, organización encargada de dar la aprobación final. El Tribunal aprobó la naturalización en una resolución y solo era necesario enviar otra vez el expediente al Registro Civil para proceder a juramentar a la persona naturalizada.

Nueve meses después, el expediente no había sido enviado al Registro Civil sin que el procedimiento de naturalización pudiera concluir, por esta razón el habitante decidió solicitar la intervención de la Defensoría.

La Defensoría solicitó al Tribunal Supremo de Elecciones explicar qué pasaba con el expediente, Institución que indicó que se había extraviado y que se estaba reemplazando la información.

Analizada la información la Defensoría concluyó lo siguiente:

- La negligencia administrativa no puede ser causa de arbitrariedades u obstáculos en perjuicio de los habitantes.

La Defensoría recomendó:

- Enviar el expediente solicitado al Registro Civil para que termine el procedimiento de naturalización, por lo cual el Tribunal debe reemplazar la información extraviada.

Comentario:

En este caso, un mal tratamiento de la documentación causó un retraso en la resolución definitiva de un procedimiento iniciado con el perjuicio del habitante.

La Administración tiene la obligación de aplicar el *principio del deber de cuidado* en el tratamiento de la información. La eficiencia en la actuación de la Administración requiere un cuidadoso tratamiento de la documentación con el propósito de poder dar respuestas oportunas a los requerimientos de los habitantes.

5.3.9 Expediente No. 8290-24-99

Revisión del fin y motivación de un acto administrativo

La Defensoría recibió una denuncia sobre irregularidades en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes en relación con el permiso otorgado a un funcionario para que estudiara fuera del país.

Dicho funcionario fue autorizado a realizar estudios en Brasil con la posibilidad de seguir percibiendo su salario desde el 6 de Febrero de 1995. Posteriormente el funcionario solicitó una prórroga de doce meses más que le fue autorizada.

En el mes de mayo de 1998, el funcionario público solicitó otra prórroga por 3 años más, la cual fue aprobada extendiendo el permiso hasta el año 2001. Esto significa que

el funcionario estuvo 6 años estudiando percibiendo su salario.

La Defensoría solicitó el informe correspondiente al Ministerio. La institución indicó que todas las prórrogas otorgadas fueron de conformidad con la Ley No. 3009 (Ley de licencias). También fue indicado que en esta ley no se establece ninguna restricción. Igualmente fue clarificado que durante el tiempo en que el funcionario estaba estudiando su lugar no fue ocupado por nadie más.

Analizada la información la Defensoría concluyó lo siguiente:

- La beca es un beneficio temporal que se otorga a alguien para que continúe o complete sus estudios, durante un tiempo específico y sujeto a una constante evaluación del uso que se esté dando del beneficio.
- En el caso analizado el beneficio está referido a una beca otorgada por la Universidad de Río de Janeiro (Brasil) por dos años. La Defensoría considera que las prórrogas dadas del beneficio concedido han sido más en favor del funcionario que de la institución, siendo que durante este tiempo no se ha reemplazado a la persona en su trabajo.
- Pese a que este tipo de estímulo es importante para el funcionario público, también es importante un balance entre los beneficios recibidos por la persona y los recibidos por la institución con su participación.

En este sentido, la Defensoría consideró que la situación anteriormente referida constituye un privilegio en el ejercicio de la función pública. En el Informe Anual 2000-2001⁵⁷, la Defensoría definió privilegios como la concesión que se da en el cumplimiento de una obligación a favor de una persona o grupo y en perjuicio de otras. También se

⁵⁷ Informe Anual de la Defensoría de los Habitantes, 2000-2001.

entiende como una ventaja especial dada a un grupo o una persona en circunstancias subjetivas, o el uso de recursos.

La Defensoría ha puesto el tema de los privilegios en el marco de la discusión nacional, es necesario que los diversos actores políticos y sociales entiendan la importancia de eliminar los privilegios. Estos lejos de contribuir al desarrollo de una sociedad más justa, favorecen los intereses de grupos concretos de individuos en perjuicio de la colectividad. Pese a que el mismo Estado fomenta una política de solidaridad, promueve a la vez actos como los que otorgan privilegios, que son contrarios a la solidaridad.

Así, la concesión de un permiso de la naturaleza del examinado, envuelve recursos públicos que son deber de la Administración cuidar, dado que son recursos de todos los habitantes.

La Defensoría recomendó:

- Abrir un procedimiento administrativo que permita revocar la prórroga del permiso otorgado al funcionario dado que no existe la solicitud de prórroga por parte de la Universidad.
- Valorar la posibilidad de presentar un proyecto de ley que permita la modificación de la Ley de Licencias No. 3009, dado que la norma que autoriza la concesión de permisos con goce de salario, está escrita de una forma poco clara, siendo que debe recordarse que las actuaciones del Estado deben responder a criterios de razonabilidad, proporcionalidad, oportunidad y conveniencia institucional.

Comentario:

Este último caso nos permite ilustrar de una forma general cómo la Defensoría ha conocido diferentes

denuncias sobre incumplimientos del *principio del deber de cuidado administrativo*, tanto en su parte sustantiva como formal, así como a través de las diferentes intervenciones la Defensoría ha procurado que la Administración actúe de acuerdo a los *principios de legalidad y de buen gobierno*.

CAPÍTULO 6

EL OMBUDSMAN HOLANÉS Y EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL *PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO*

6.1 LAS COMPETENCIAS DEL OMBUDSMAN HOLANÉS

El Ombudsman Nacional holandés fue creado de acuerdo con la Ley del Ombudsman Nacional del 4 de Febrero de 1981. El Ombudsman comenzó su trabajo oficialmente el 1º de Enero de 1982, y desde el 25 de Marzo de 1999 tiene rango constitucional.

Las competencias del Ombudsman referidas a las acciones de las autoridades administrativas están establecidas en el artículo 1º. de la Ley del Ombudsman holandés (LHO).

Dentro de su competencia se incluyen las acciones de los Ministerios, las autoridades administrativas de las provincias, las municipalidades, el servicio nacional de aguas y de áreas de cooperación, así como cualquier otra que la ley establezca o sea designada por órdenes ministeriales o que esté relacionada con las acciones de funcionarios públicos, autoridades administrativas con deberes de policía y otras autoridades administrativas (que no hayan sido legalmente excluidas)⁵⁸.

⁵⁸ Ver *Una breve introducción al Ombudsman holandés*. Pág. 11-12.

La principal tarea del Ombudsman está definida en el artículo 26 de la LOH en los siguientes términos:

“Sección 26:

1. Ombudsman determinará si la autoridad administrativa actuó apropiadamente en la materia objeto de investigación.
2. Si un tribunal judicial ha dado una resolución sobre una provisión estatutaria de derecho administrativo, sobre la que el Ombudsman realiza una investigación relacionada, tomará en cuenta los fundamentos legales en los cuales los jueces han basado su resolución”⁵⁹.

Sobre la definición de cuándo una conducta es propia o impropia, es necesario primero que todo mencionar la distinción hecha por el Ombudsman⁶⁰ sobre las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

En este sentido, lo primero es la “relación legal”: la ley regula las formas de interacción de las autoridades, siendo que los productos de esta acción son asumidos de una forma legal. Viéndolo desde este ángulo, la función ejecutiva de un gobierno envuelve la aplicación de la ley.

La segunda forma de relación está referida a las guías de *buen gobierno*. No todas las relaciones de la Administración con el público están regidas por la ley o tienen consecuencias legales: las relaciones entre los individuos y la Administración están hechas del contacto entre las personas, las cuales no definen sus roles como determinados por la ley. Este segundo tipo de interacción podría ser calificada como una “relación social”. Desde este ángulo, la acción de las autoridades públicas es una material referida a cómo se

⁵⁹ Ley del Ombudsman Nacional Holandés (4 Febrero 1981), más recientemente enmendada por Ley 26, 1995, sección 26.

⁶⁰ El Ombudsman Nacional Holandes. Una breve descripción. La Haya. 1991. En: ADDINK (G.H) y BOK (A.J), *Derecho administrativo en una perspectiva comparada*. Universiteit Utrecht, 1999-2000.

manejan las relaciones con los habitantes y entre los cuerpos administrativos.

Tomando como base esta relación dual, el estándar de conducta apropiada está referido en la sección 26, subsección 1, y ha sido desarrollado dentro de un sistema de criterios para evaluar las acciones de la Administración. Esto es importante por diferentes razones: los criterios forman las bases para examinar la motivación de los informes así como concluir si la conducta investigada es o no apropiada. Asimismo, los criterios permiten uniformidad en la forma en que el Ombudsman llega a sus decisiones. Los criterios son también relevantes como aspectos educativos del trabajo del Ombudsman y son añadidos año tras año en el informe anual de la institución.

6.2 EL CONCEPTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN APLICADO POR EL OMBUDSMAN HOLANDÉS

Los criterios de análisis usados por el Ombudsman son tratados en dos grupos:

El primer grupo envuelve la noción de estado de derecho, o del requerimiento de los actos de la administración en concordancia con normas escritas, los cuales expresan el deseo del Parlamento, y con principios legales no escritos. Si una acción particular de la Administración entra en conflicto con estas normas escritas y los principios y no tiene mayor justificación, no puede en principio ser considerada una conducta apropiada. De acuerdo con el Ombudsman holandés las acciones deben ser revisadas de acuerdo tanto a las normas escritas como a los derechos humanos, constitucionales, definiciones de competencia y otra normativa procesal y sustancial existente.

Por otra parte, el Ombudsman revisa los actos a la luz de los principios no escritos, desarrollados por la jurisprudencia

y la doctrina, los cuales son igualmente relevantes en la toma de decisiones y en la búsqueda de la legalidad. Ejemplos de los estándares que son relevantes en la toma de decisiones incluye los principios de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, certeza legal, expectativas legítimas, razonamiento y debido proceso.

Hay otro grupo de criterios de revisión. Este segundo grupo es importante porque no todas las acciones de gobierno que están conformes a los requerimientos de legalidad son apropiados en otro sentido. En este contexto, el Ombudsman holandés usa estándares que pueden servir como guías de buen gobierno y contribuir a la propiedad de una acción.

Estos criterios pueden ser resumidos como un amplio deber del cuidado, que se manifiesta en ciertos estándares aceptados para el proceso administrativo y la conducta de los funcionarios públicos en su relación con los individuos. Éstos incluyen la actuación administrativa sin retraso innecesario, el proveer al individuo de la información relevante y el escuchar su punto de vista, así como un adecuado tratamiento de las personas respetando la dignidad humana, así como el ser imparcial y eficiente. Finalmente se fijan los estándares para la organización del gobierno - estándares de coordinación, supervisión del progreso, de la protección de los individuos, la accesibilidad de las autoridades y el tener adecuadas condiciones de trabajo (ej. en la policía).

El Ombudsman holandés aplica estos criterios en las deliberaciones que conducen a su decisión final sobre la propiedad de la conducta investigada. Para todos los informes, y para los casos que concluye con el método de la intervención, se hace un expediente donde se deja constancia de cuáles criterios fueron aplicados, para poder alimentar estos datos en una base de datos de la “jurisprudencia” del

Ombudsman. Aunque este sistema se diseñó sobre todo para el uso interno, el público puede también consultarlo vía internet.

La extensión de cuáles diversos criterios fueron utilizados da una impresión de la clase de quejas que han sido investigadas en años específicos. La subdivisión de las decisiones por el criterio (apropiado/ inapropiado) puede destacar las áreas en las que se presentan comúnmente los problemas investigados, por ejemplo una contravención de cierta disposición estatutaria, o una omisión de un requisito que retrasa una gestión presentada.

Los siguientes siete criterios constituyen los estándares principales de análisis usados por el Ombudsman:

1. Derechos fundamentales
2. Regulaciones generales obligatorias
3. Adecuado balance de intereses
4. Certeza legal
5. Igualdad
6. Motivación de los actos
7. Deber de cuidado administrativo:
 - 7.1 Acción eficiente (procesamiento de una queja y redirección en caso de error)
 - 7.2 Activa provisión de información (dar al individuo la información relevante que requiera)
 - 7.3 Activa adquisición de la información
 - 7.4 Exactitud administrativa
 - 7.5 Adecuada organización administrativa
 - 7.6 Facilidades adecuadas
 - 7.7 Adecuado tratamiento

7.8 Protección de la privacidad

7.9 Misceláneos

Como es posible observar del análisis de los criterios anteriores, varios de ellos corresponden a los principios del *buen gobierno* desarrollados en capítulos anteriores. También, el *principio del debido cuidado administrativo* es específicamente desarrollo en su sentido procesal como criterio considerado por el Ombudsman en sus resoluciones.

En el caso del Ombudsman holandés, el *principio del deber de cuidado administrativo* ha sido detallado más en su sentido formal, estableciendo una serie de principios importantes a aplicarse tanto por el Ombudsman en su trabajo como por la Administración.

6.3 EL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO Y LA APLICACIÓN HECHA POR EL OMBUDSMAN HOLANDÉS EN SUS RESOLUCIONES

El Ombudsman tiene la obligación de actuar de una forma apropiada en las investigaciones que realiza. En ese sentido, es interesante saber qué criterios son aplicados en el trabajo interno del Ombudsman, y específicamente en qué forma se aplica el *principio del deber de cuidado administrativo*.

En ese sentido, dos tipos de criterios pueden ser identificados: institucional y procesal.

Criterios institucionales:

Sobre estos criterios puede decirse lo siguiente:

“Los criterios institucionales se relacionan con la organización y el personal de la oficina del Ombudsman

parlamentario, y están relacionados con el ambiente en que funciona esta oficina. Son las condiciones que la oficina necesita satisfacer en lo referente a su visibilidad, a su calidad y por lo tanto a su eficacia y a la confianza que genera. Los criterios siguientes se consideran como los más relevantes:

- independencia
- profesionalismo
- poderes (con respecto a: jurisdicción del Ombudsman, admisibilidad de las quejas, proceso de investigación por iniciativa propia o a solicitud de parte)
- accesibilidad⁶¹.

Los anteriores criterios tratan de definir y consolidar el trabajo del Ombudsman, contando en el personal necesario así como las instalaciones que le permitan su operación. Sin embargo, también están los criterios que son imprescindibles en la función que realiza el Ombudsman, como son el profesionalismo y la independencia. Si el Ombudsman no cuenta con estos dos elementos su trabajo se verá disminuido.

El criterio de la accesibilidad es también de importancia vital si se quiere un Ombudsman a quien la gente pueda recurrir a solicitar que sean protegidos sus derechos. Este criterio viene a ser común a la mayoría de los Ombudsmen en el mundo y tiene su origen en la misma razón de ser del Ombudsman: su trabajo de protección de los habitantes.

En ese sentido, el artículo 12 de la LOH establece:

“Toda persona tiene el derecho de solicitar al Ombudsman por escrito investigar la manera en la cual una autoridad

⁶¹ G.H. Addink. *Los criterios desarrollados por el Ombudsman holandés y un análisis de los métodos de cumplimiento*. Universiteit Utrecht. Pág. 22-23.

administrativa ha actuado contra una persona natural o una entidad legal en una cuestión particular, a menos que haya transcurrido más de un año desde que se produjo la acción denunciada. Si la acción denunciada es sujeto de un juzgamiento de un tribunal judicial o está referida a un juicio de otro cuerpo conforme a una disposición estatutaria del derecho administrativo en el plazo de un año de la fecha en que ocurrió, el término de un año terminará un año después de la fecha en la cual la corte dio su juzgamiento el cual no se apeló, o después de los procedimientos han terminado de una cierta otra manera...”⁶².

El artículo previo establece solamente como límites al acceso al Ombudsman el término de un año desde que ocurrieron los hechos denunciados.

Criterios procesales:

Los criterios procesales aplicados por el Ombudsman son:

- a. Un papel activo
- b. Escuchar a las partes
- c. La decisión
- d. Motivar los actos de una forma comprensible
- e. Un tiempo límite razonable
- f. Revisión

Los criterios previos tienen relación con el principio del *deber de cuidado administrativo* desarrollado en capítulos anteriores.

⁶² Ley del Ombudsman holandés. Artículo 12.

En la relación con el principio a) el papel que el Ombudsman desempeña en el conocimiento y la investigación es activo al analizar la información, para intentar soluciones más rápidas a los problemas denunciados, así como al intentar buscar un acuerdo entre las partes. En este sentido, la sección 13 de LOH establece que el Ombudsman busca las mejores maneras de atender los problemas denunciados.

La sección 18 establece el siguiente:

“1.-El Ombudsman dará a la autoridad administrativa, la persona responsable de la acción denunciada, y en el caso mencionado en la sección 12, subdivisión 1, al solicitante, la oportunidad de explicar su punto de vista sea por escrito o verbalmente a discreción del Ombudsman, pudiendo también solicitar su presencia.

2.- Las partes pueden hacerse representar o asistir a las reuniones. El Ombudsman puede rechazar oír a ciertas personas representantes que hagan de su negocio el asesoramiento jurídico, pero que no son los abogados o los procuradores”.

Se establece así el derecho de defensa que tiene la Administración en el caso de quejas presentadas en su contra.

El Ombudsman debe sustentar sus decisiones en razones legales, aplicando los criterios expuestos antes con la finalidad de determinar si la Administración actúa apropiadamente o no⁶³.

⁶³ Ver sección 26 de la Ley del Ombudsman holandés.

6.4 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO HECHO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE ACUERDO CON EL OMBUDSMAN HOLANÉS: ANÁLISIS DE CASOS

De acuerdo con el Ombudsman⁶⁴ los problemas más frecuentes con las autoridades públicas son:

- Tiempo en el que los casos se atienden. ¿Está la autoridad administrativa actuando de conformidad con el requerimiento de no generar demoras innecesarias en la atención de los casos?
- Provisión de la información al individuo. Éste es el problema de la omisión de respuesta prolongada, cuando la administración no puede informar al individuo puntual y adecuadamente sobre sus derechos y obligaciones y de cómo su caso se está tratando.
- Necesidad de tomar en cuenta la normativa existente (ej. regulaciones dadas a la policía sobre el uso de medidas coercitivas).
- Principios de razonabilidad y proporcionalidad (ej: cuándo un funcionario público tiene que elegir entre varias opciones en un caso).
- Tratamiento a los individuos (adecuada conducta con las partes, profesionalismo).

Los primeros dos problemas son los más comunes y están interconectados entre sí. Están directamente relacionados con la clase de procedimientos que utiliza una entidad pública dentro de un marco generalmente burocrático que deviene siempre en un perjuicio para el habitante. Los otros problemas están más relacionados con la conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de su trabajo.

⁶⁴ Ver: www.ombudsman.nl

Los siguientes casos son un ejemplo de denuncias conocidas por el Ombudsman:

6.4.1. Informe 2001/343

Procedimiento policial

El Ombudsman recibió una denuncia en los siguientes términos:

- El denunciante fue arrestado el 26 de Agosto de 1999, bajo sospecha de haber robado a su vecino en la acera del vecindario donde ambos viven. El denunciante fue llevado a la estación de policía en Zoetermeee.
- La denuncia está referida a la forma en que los oficiales de policía lo arrestaron. Su específica denuncia es que le pusieron en una posición física que le causó sufrimiento y dolor.

Como respuesta a la denuncia presentada, la policía explicó que un oficial tuvo que proceder con la fuerza para arrestar al denunciante, pese a que frente a sus colegas le pidió su colaboración, a lo cual se rehusó el denunciante. Los oficiales de policía sostuvieron que no se lastimó al denunciante durante el arresto, lo cual fue apoyado por el superior quien indicó que el denunciante no había señalado que durante el arresto opuso resistencia. Por esta razón se consideró infundada la denuncia presentada.

Analizada la información, el Ombudsman concluyó:

- Con base en las argumentaciones realizadas es razonable creer que el denunciante no cooperó durante su arresto. Por esta razón, el oficial de policía finalmente decidió sacar al denunciante del terreno de su vecino sin su colaboración.

- Una búsqueda de custodia es una medida de seguridad dentro de las que establece la sección 8; subsección 3 de la Ley de la Policía Holandesa. En virtud de la subsección 5 de esta sección el uso de la fuerza debe ser razonablemente proporcional al objetivo propuesto. Los oficiales de policía deben siempre tener cuidado de asegurarse que la invasión a la privacidad de una persona sea la mínima. El método de búsqueda utilizado por los oficiales en este caso no llenó estos requerimientos. La invasión a la privacidad del denunciante pudo haber sido menor o haberse evitado.

Conclusión: A la luz de lo anterior, la conducta que es objeto de la denuncia fue impropia.

Comentario:

En el presente caso, el Ombudsman revisó el procedimiento seguido por la policía en el arresto de una persona. Del análisis hecho de la norma efectiva, de los hechos y las pruebas el Ombudsman concluyó que la policía incurrió en una actitud impropia.

6.4.2 Informe 2001/081

Recepción de las solicitudes de asilo en centros de aplicación

El Ombudsman decidió iniciar una investigación acerca de las circunstancias en las cuales los buscadores de asilo son tratados en los centros de aplicación (CA) mientras su solicitud de asilo es tramitada dentro del primer paso en el procedimiento de asilo. En 1999 y 2000 el Ombudsman recibió denuncias sobre la calidad de la atención que recibían los buscadores de asilo en el Servicio de Inmigración y Naturalización. Muchas de las denuncias presentadas

estaban referidas a las facilidades de estos centros, los cuales no reunían los estándares básicos de higiene y privacidad.

En el curso de la investigación, el Secretario de Estado de Justicia solicitó explicaciones sobre las condiciones de los CA al Servicio de Inmigración y Naturalización. Asimismo, funcionarios del Ombudsman visitaron los CA varias veces y solicitaron información concreta sobre las condiciones del lugar.

La investigación se centró en tres CA, localizados en Schipol, Rijsbergen y Zevenaar. Los CA son lugares donde son ubicados los solicitantes de asilo durante el primer paso de su aplicación de asilo. Durante el procedimiento, los solicitantes de asilo son detenidos en una sección cerrada de los CA. El tiempo de estadía en dicho centro depende del tiempo que se lleva todo el proceso de aplicación de asilo (podría ser desde 24 horas a 3 o 4 noches).

El Ombudsman concluyó de la investigación realizada que los solicitantes de asilo están legalmente facultados para ir donde ellos quieran dentro de los límites de los requerimientos de permanecer a disposición de las autoridades, en la práctica ellos son privados de su libertad durante el tiempo en que permanecen en el CA. EL Ombudsman consideró esta acción impropia e hizo fuertes recomendaciones para cambiar estas prácticas y reformar la Ley de Implementación de Guías para Extranjeros al tenor de la sección 17a de la Ley de Extranjeros o la correspondiente sección 22, subsección 1 de la Ley de Extranjeros 2000.

El Ombudsman consideró que durante la estadía en un CA, los solicitantes de asilo deben tener la oportunidad de explicar los motivos para la búsqueda de asilo. Esto significa que las condiciones en los CA deben reunir los requerimientos que garanticen la salud y buena condición de

los asilados. La dignidad humana de los solicitantes de asilo deben ser respetada durante su estancia en los CA.

En este contexto, el Ombudsman consideró que el Servicio de Inmigración y Naturalización es quien tiene la principal tarea de conocer prontamente las solicitudes de asilo y no ha hecho mayor esfuerzo por adaptar los CA a fin de que satisfagan las necesidades de las personas que allí permanecen.

Comentario:

En el caso anterior, el Ombudsman determinó que la actuación de la Administración fue impropia pues consideró que no se habían tomado las acciones necesarias a fin de que los CA cumplan con las condiciones requeridas para albergar a los solicitantes de asilo.

El Ombudsman hizo importantes recomendaciones sobre el cuidado que debe tener la Administración en el respeto de los derechos humanos de los solicitantes de asilo, así como que los actos de la Administración deben ser más eficientes, específicamente en lo referente a la resolución de las solicitudes de asilo.

**6.4.3 Caso contra el Servicio Nacional de Aguas
(No fue indicado el número del expediente)**

Un caso en el cual se logró una solución entre las partes de una forma relativamente simple está referido a la denuncia presentada contra el Servicio Nacional de Aguas por una inundación de una propiedad privada.

El denunciante estableció dónde el Servicio de Aguas originó el problema, el cual se produjo por un mal mantenimiento del sistema de alcantarillado. Por otra parte, el Servicio de Aguas alegó que el denunciante había

cambiado ciertas tuberías en su propiedad por lo que se había producido la inundación. Ambas partes estaban en desacuerdo con los hechos que originaron la inundación. Ellos escribieron carta tras carta sin llegar a inspeccionar la situación en conjunto.

El Ombudsman Adjunto invitó a ambas partes a examinar el caso juntos, en presencia de uno de los funcionarios del Ombudsman, en el lugar de los hechos. Una vez en el lugar, las partes comprobaron qué había causado la inundación, siendo causas diferentes a las referidas inicialmente. Lo más importante, decidieron que podían solventar el problema.

Comentario:

En el presente caso, el Ombudsman actuó procurando la mejor solución para el problema denunciado, así como la solución más efectiva y en el menor tiempo posible.

6.4.4 Caso acerca del pago de un seguro social (No fue indicado el número del caso)

Una mujer tiene dos pequeños hijos. Ella los mantiene por sus propios medios. Ella puede optar por un beneficio del seguro social por lo que aplica ante la Municipalidad para obtener el beneficio. Su aplicación es registrada y se le realizan dos entrevistas. En la segunda entrevista, en el mes de julio, la mujer muestra toda clase de documentos al funcionario, muchos de los cuales son fotocopias. La mujer quiere argumentar su solicitud pero el funcionario le indica que no es necesario que lo haga.

Días después ella recibe en su casa varias llamadas de teléfono del funcionario quien le indica que algunos de los documentos no fueron aportados por lo que se le solicita ir a

la Municipalidad y llevar los documentos. La misma semana la señora cumple con lo solicitado.

Dos semanas después ella recibe una carta del funcionario indicándole que aun faltan documentos por presentar. Ella trata de conversar con él vía telefónica pero no está, está de vacaciones y su solicitud deberá esperar el regreso del funcionario encargado. Mientras tanto ella sigue con sus problemas financieros, lo cual trata de explicar. Además comprueba al solicitar su expediente que los últimos documentos aportados no se encuentran en el expediente por lo que presenta una queja ante la Municipalidad pero no recibe respuesta alguna, razón por la cual acude al Ombudsman.

El Ombudsman solicita a la Municipalidad información sobre la solicitud de la denunciante y la pérdida de documentos. En respuesta, la Municipalidad hace una cita con la denunciante para discutir el tema. En esa ocasión la Municipalidad ofrece a la señora responder de inmediato su solicitud y se disculpa. Además se explica que su solicitud no arribó al lugar correcto. Se promete revisar los procedimientos internos y mejorar los que sean necesarios. Se inicia al interno de la Municipalidad un procedimiento para determinar el funcionario responsable del retraso aplicando las sanciones correspondientes y además se atiende sin mayor dilación la solicitud de la denunciante. Caso cerrado.

Comentario:

El presente caso es un ejemplo de una actuación impropia de la Administración que causó daños a un habitante que necesitaba pronto la respuesta. En este sentido la intervención del Ombudsman obtuvo una respuesta inmediata para el habitante y la revisión de procedimientos a lo interno de la Municipalidad.

Hubo en el caso varias violaciones al *principio del deber de cuidado administrativo*: no obtener la información necesaria, mal uso de la documentación, y no dar una respuesta a tiempo al solicitante, entre otras.

6.4.5 Caso acerca de un largo período de incerteza (No fue identificado el número de expediente)

Tres familias viven cerca de una cantera. Una noche de verano escucharon un ruido muy fuerte parecido a una explosión. El área cerca de la cantera estaba completamente roja. Las familias tenían temor de lo que había ocurrido.

Después de hablar con el oficial de la provincia, las familias decidieron enviar una carta al Alcalde. Después de dos meses de que no recibían respuesta escribieron una segunda carta al Comisionado Real de la Provincia. Nuevamente no recibieron respuesta por lo que decidieron acudir al Ombudsman.

El Ombudsman solicitó el informe correspondiente a las autoridades denunciadas de por qué no habían respondido a la denunciante. Las autoridades respondieron al Ombudsman y a los habitantes solicitando disculpas por su demora así como explicando las causas de la explosión ocurrida y que sus viviendas estaban a salvo.

Comentario:

En el presente caso, nos encontramos ante una omisión de respuesta a varias solicitudes de información presentadas por habitantes.

En este sentido, existe una violación al *principio del deber de cuidado administrativo* al no haber dado una respuesta a los habitantes que solicitaron información. Sólo

la intervención del Ombudsman permitió que los habitantes obtuvieran la información inicialmente solicitada.

Los anteriores casos muestran la forma en que el Ombudsman conoce las denuncias planteadas determinando si una acción es propia o impropia del Ombudsman. También la forma en que el *principio del deber de cuidado administrativo* es aplicado por parte de la Administración.

En los casos conocidos, la intervención del Ombudsman permitió que la Administración corrigiera su accionar en beneficio de los habitantes. También las argumentaciones del Ombudsman en sus informes permitieron que los procedimientos tuvieran que ser corregidos o mejorados.

CAPÍTULO 7

RESULTADOS DEL ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE LA APLICACIÓN DEL *PRINCIPIO DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO* HECHA POR LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES Y EL OMBUDSMAN HOLANDÉS

Como fue indicado al inicio de la presente investigación, la intención de hacer un análisis doctrinal, legal y jurisprudencial de los *principios de buena administración*, específicamente el *principio del deber de cuidado administrativo*, es realizar una comparación de la aplicación de dicho principio por parte de la Defensoría de los Habitantes y del Ombudsman holandés.

Sin embargo, es necesario hacer una observación previa en el sentido de que se tiene menos información sobre los sistemas holandeses y europeos en general que del costarricense. En todo caso, con la información obtenida es posible realizar una comparación entre los sistemas referidos en la aplicación del *principio del deber de cuidado administrativo* en los siguientes términos:

7.1 COMPARACIÓN DE LA APLICACIÓN HECHA DEL *PRINCIPIO DEL DEBIDO CUIDADO ADMINISTRATIVO* POR PARTE DEL OMBUDSMAN HOLANDÉS Y LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA

El *principio del deber de cuidado administrativo* se encuentra en ambos ordenamientos, tanto en una forma sustancial como formal. En su forma material, el sistema holandés hace una relación de dicho principio con un adecuado balance de intereses que debe hacer la Administración en el proceso de toma de decisiones. Podría decirse que esta parte sustancial en el sistema holandés responde más a un principio procesal. Sin embargo, haciendo un adecuado balance de intereses en la toma de decisiones también permite hacer evaluaciones tanto de las prioridades de la norma como de los fines que procura la Administración.

En el caso de Costa Rica, el *principio del deber de cuidado administrativo* tiene una parte material relacionada más con el *principio de legalidad*, el cual se viene a constituir en un marco delimitador de la función de la Administración.

Tal como fue expuesto en el capítulo anterior, el *principio de legalidad* obliga a la Administración al respeto de otros principios sustanciales, tales como los de *justicia*, *proporcionalidad*, etc. No es posible hablar de legalidad cuando una decisión de la Administración no encuentra su fundamento en el ordenamiento legal en un amplio sentido.

En consecuencia, es posible indicar que en la parte sustancial, el principio estudiado tiene similitudes en ambos países, sin embargo, tiene un significado más amplio en el caso costarricense.

Como fue indicado durante la investigación, es claro que el hecho de que la Ley General Administrativa Holandesa no establezca como norma escrita el *principio de legalidad*, no implica que éste no exista, siendo que se deriva de las acciones y atribuciones encomendadas a la Administración la existencia de un marco delimitador de sus acciones que debe ser respetado.

En este sentido, la Ley General Administrativa holandesa es en algunos aspectos más descriptiva de procedimientos y clarificadora de competencias que la Ley General de la Administración Pública costarricense. Sin embargo, la LGAP ofrece un amplio desarrollo inicial de las obligaciones de la Administración de respetar los principios no escritos y escritos así como los principios generales de derecho. También establece criterios interesantes delimitadores de la acción de la Administración, tales como el criterio de eficiencia en los servicios públicos, así como de determinación de cuáles son los objetivos que debe seguir la Administración en su funcionamiento.

En el campo procesal, el *principio del deber de cuidado administrativo* está referido al debido proceso, lo cual es similar en ambos ordenamientos. Los componentes del debido proceso que deben ser respetados en los dos sistemas son similares: derecho de defensa, derecho de ser escuchado, derecho de acceso a la información, etc.

La diferencia entre ambos sistemas aparece con la incorporación del elemento eficiencia como un criterio de evaluación de la actividad administrativa, que está establecido en la legislación costarricense. Es claro que el derecho holandés procura el mismo objetivo, por lo cual se han desarrollado tan fuertemente los principios de debida administración, así como el concepto de *buen gobierno*. Sin embargo, la conceptualización expresa del criterio de eficiencia que tiene nuestra Ley General de la

Administración Pública no aparece en la Ley General Administrativa holandesa.

También, el desarrollo de los elementos que componen el acto administrativo que ofrece la Ley General de la Administración Pública es diferente al establecer que todos los actos administrativos cumplan con los principios de proporcionalidad y razonabilidad. La ley holandesa demanda el cumplimiento de estos principios de una forma más específica.

Todos los elementos citados son tomados en cuenta en el trabajo que hacen ambos Ombudsmen en la revisión de los actos de la Administración.

En la aplicación del *principio del debido cuidado administrativo* hecha por el Ombudsman en su propia labor, del análisis realizado se concluye que existe una coincidencia en los elementos que son tomados en cuenta en el proceso de investigación por parte de los Ombudsmen, así como en las políticas generales de la institución.

En este sentido, es positivo concluir que existe una uniformidad en la forma en que se considera debe ser realizado el trabajo del Ombudsman. Los principios de profesionalismo del personal, accesibilidad, gratuidad, debido proceso, y buen trato al habitante están en ambas legislaciones.

En el caso, de la aplicación del *principio del deber de cuidado administrativo* hecho por la Administración, primero es necesario referirse a las competencias que tienen definidas por ley tanto la Defensoría de los Habitantes como el Ombudsman holandés.

La Defensoría de los Habitantes tiene como atribuciones el control de la legalidad y moralidad de los actos de la Administración con el propósito de velar por la protección de los derechos e intereses de los habitantes. Existen dos

elementos importantes dentro de la definición: la moralidad pública y los intereses de los habitantes. La tarea más importante de la Defensoría de los Habitantes es la protección de los derechos e intereses de los habitantes dándole la ley un amplio margen de acción para cumplir con este cometido.

En el caso del Ombudman holandés, la competencia atribuida por ley está referida a la determinación de si los actos de la Administración son propios o impropios, y en este último caso recomendar acciones que permitan corregir las situaciones impropias detectadas. Como supervisor de la legalidad de la administración puede indicar también si la impropiedad de un acto corresponde a la ilegalidad de un acto, o al irrespeto de un *principio de buena administración*.

Sin embargo, al definirse la competencia del Ombudman holandés determinada en la propiedad o impropiedad de un acto, la amplitud o restricción de las competencias del Ombudman dependen de los criterios que son desarrollados sobre qué debe entenderse por actos propios o impropios.

Así, debe indicarse que las competencias de ambos Ombudsmen están definidas de muy diversa forma en las dos leyes. Pese a lo anterior, actualmente a partir de diferentes interpretaciones, ambos Ombudsmen pueden examinar temas muy similares, exceptuando la restricción en la competencia que tiene el Ombudman holandés en relación con instituciones específicas.

La conclusión previa se hace evidente en el examen de los casos. Debemos indicar que en los casos resueltos por el Ombudman holandés, los mismos hubieran podido tener una solución similar si hubieran sido resueltos utilizando los criterios de la Defensoría. La diferencia radica en que el Ombudman holandés procura una intervención más ágil y oportuna que la Defensoría de los Habitantes.

En los casos analizados de la Defensoría de los Habitantes muchos están referidos a temas que el Ombudsman holandés también conoce: dilación de respuesta por parte de la Administración, pérdida de documentos, negativa de brindar información. En casos similares los criterios utilizados por ambos Ombudsmen han sido también similares, haciendo la salvedad de que la Defensoría de los Habitantes fundamenta más técnicamente algunas de sus resoluciones.

En general se puede indicar que de los casos analizados se concluye que existe una violación del *principio del deber de cuidado administrativo*.

Como conclusión final, puede indicarse que la efectiva y oportuna acción del Ombudsman holandés es uno de los más importantes elementos del análisis hecho, su mayor fortaleza. Por su parte, los amplios campos de intervención de la Defensoría de los Habitantes constituyen su mayor fortaleza.

7.2 COMPARACIÓN DE LA APLICACIÓN HECHA DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO CUIDADO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL OMBUDSMAN EUROPEO Y LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA

En el caso del Ombudsman europeo, es claro que las competencias atribuidas son absolutamente diferentes de las de la Defensoría de los Habitantes en cuanto a las instituciones supervisadas. Sin embargo, en el trabajo sustantivo, debe indicarse que existen importantes similitudes en cuanto a cómo se ha desarrollado el *principio del deber de cuidado administrativo* como principio procesal por parte del Ombudsman europeo, así como con todos los

elementos que deben ser respetados tanto por el Ombudsman en su trabajo como por las instituciones supervisadas.

También un importante aporte del Ombudsman europeo, se encuentra tanto en sus resoluciones como en lo establecido en el Código de Buena Conducta Administrativa en materia de definir qué se debe entender por mala administración. El análisis de las resoluciones del Ombudsman europeo permite establecer importantes guías sobre el tema.

En este sentido, la Defensoría ha ido desarrollado en sus resoluciones diferentes criterios de lo que se entiende por “*mala administración*”. Estos criterios son muy similares a los desarrollados por el Ombudsman europeo. Sin embargo, una sistematización de esta información por parte de la Defensoría sería sumamente valiosa y colaboraría en el fortalecimiento de las prácticas de buen gobierno.

El criterio establecido por el Ombudsman europeo sobre el tratamiento que deben darle las autoridades a los habitantes se considera muy valioso en tanto permite educar al habitante sobre los derechos que tienen de oponerse en caso de que lo considere necesario a un acto de la Administración. Por otra parte, la posibilidad de corregir errores en un procedimiento así como de fundamentar de la mejor manera sus decisiones, justifica ampliamente la participación de los habitantes con sus criterios en los actos de la Administración y le permite tomar decisiones más acertadas en los casos sometidos a su consideración, gracias al aporte propio de los habitantes.

CAPÍTULO 8

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La aplicación de los *principios de buena administración* permite en la presente sociedad un funcionamiento más ético de la Administración Pública en beneficio de los habitantes.

El análisis comparativo realizado permite concluir que los *principios de buena administración* y específicamente el principio del *deber de cuidado administrativo* existen tanto en la legislación costarricense como en la holandesa. En algunos casos, algunos principios están codificados como normas escritas lo que permite su aplicación así como una forma más eficaz y efectiva de exigir su cumplimiento a la Administración Pública.

En el caso de los principios no escritos, el trabajo de interpretación e integración de los mismos por parte de la Administración Pública hace que su exigencia sea en algunas oportunidades más difícil para el habitante.

La Defensoría, en su función contralora de la legalidad, juega un importante papel en el control de la aplicación de los principios de buena administración, en especial en la aplicación del *principio del deber de cuidado administrativo*. asimismo, por la aplicación práctica que tiene este principio, la Defensoría recibe frecuentemente denuncias referidas a su incumplimiento por parte de la Administración Pública.

¿Cuándo una conducta es apropiada o inapropiada? Si una acción particular de la administración entra en conflicto con el ordenamiento jurídico y no tiene mayor justificación, no puede ser una conducta apropiada. Idealmente, la Defensoría analiza la acción ampliamente y la revisa a la luz de lo que establecen las normas escritas y principios no escritos, así como si la misma contraviene los principios de buen gobierno.

Las investigaciones de la acción denunciada desde el punto de vista de la ley escrita incluyen también áreas relacionadas con derechos humanos y constitucionales, definiciones de competencia y normativas procesales y sustanciales. La investigación de la acción desde el punto de vista de los principios legales no escritos (desarrollados por

la jurisprudencia y la doctrina) son igualmente relevantes para calificar una conducta de la Administración, e incluye los principios de: tratamiento igual en iguales casos, razonabilidad, proporcionalidad, certeza legal y expectativas legítimas, motivación de los actos y debido proceso.

Asimismo, cuando revisando una acción de la Administración, la Defensoría utiliza estándares o guías de buen gobierno, contribuye en la consecución de actos apropiados por parte de la Administración Pública. Los parámetros pueden ser dados por la imposición de un amplio deber de cuidado. Estos se manifiestan en estándares aceptados en los procedimientos de la administración y en la conducta de los funcionarios públicos en relación con los habitantes. Asimismo, esto incluye la realización de los actos sin demora injustificada, el proporcionar al habitante la información solicitada y el tratamiento de las personas de una forma justa y respetuosa.

De acuerdo con los argumentos previamente expuestos, es posible concluir que los *principios de buena administración* permiten en una sociedad democrática y respetuosa de los derechos humanos, que la Administración realice sus funciones en un marco legal, ético y respetuoso de los administrados. También, es claro que permiten el desarrollo de sociedades donde los recursos sean utilizados de una forma más racional que permitan cumplir satisfactoriamente sus objetivos.

El *principio del deber de cuidado administrativo* es de vital importancia en su aplicación efectiva por parte de la Administración. Es un principio vital que posee una importancia sustancial en la aplicación de otros principios.

El papel que la Defensoría desempeña en el control de la aplicación de este principio es vital y va desde su aplicación en su propio proceso de investigación, hasta en las resoluciones en las que se solicita a la Administración revisar

un acto administrativo que puede estar lesionando un derecho de un habitante.

Recomendaciones

Uno de los objetivos del presente trabajo es tratar de implementar algunas medidas que permitan mejorar el trabajo que realiza la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. Del análisis realizado se considera importante realizar las siguientes recomendaciones:

- 1. Valorar la posibilidad de hacer un Código de Buena Conducta Administrativa similar al realizado por el Ombudsman Europeo tomando en consideración los criterios que la Defensoría ha desarrollado sobre conductas de buena administración y los derechos de los habitantes en relación con el accionar cotidiano de la Administración.*
- 2. Establecer guías internas de trabajo de una forma sistematizada, las cuales vengán a ser las principales herramientas tomadas en cuenta en el trabajo de la Defensoría, procurando así la coherencia en la labor de la Defensoría así como el fortalecimiento de criterios que sirvan como herramientas de inducción y consulta para todas las personas que trabajan en la Institución.*
- 3. Que las guías de criterios establecidas sirvan también como criterios a ser respetados tanto por la Defensoría en su labor interna, como por la Administración Pública en su accionar y procedimientos, especialmente en la aplicación del principio del deber de cuidado administrativo.*

Lo anterior constituyen sugerencias que, de aplicarse, permitirían mejorar el trabajo realizado por la Defensoría así como de la Administración Pública en beneficio de los habitantes del país.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y DOCUMENTOS:

ADDINK G.H. *Las funciones del Ombudsman Nacional Holándes, su organización interna y un análisis del Ombudsman Europeo*. Universiteit Utrecht, Julio 2001.

Los criterios desarrollados por el Ombudman holandés: un análisis de los métodos de cumplimiento desarrollados. Universiteit Utrecht, 2002.

Brouwer J. y Schilder A. *Una aproximación al Derecho Administrativo Holándes*. Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998.

Consejo del Parlamento Europeo. *Derechos Humanos, Libro de Referencia*.

Los Principios Generales de Buena Administración en el Derecho Administrativo Holandés. En: Lanbroek P. *Derecho Administrativo en una Perspectiva Comparada*, Universiteit Utrecht, 2002, Trimestre 2.

Ortiz Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo I*. Editorial Stradtman. Primera edición, 1998.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Gobierno para un Desarrollo Sostenible*, 1997.

El Ombudsman Nacional Holandés, una breve descripción. 7th Edición, Noviembre 2000.

LEGISLACIÓN:

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración del Derecho al Desarrollo Adoptada por resolución 41/128, 4 de Diciembre de 1986.

Capítulo de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Niza, Diciembre 2000, Artículo 41.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, Austria, Junio 14-25. 1993.

Constitución Política de Costa Rica. 7 de Noviembre de 1949. San José, Ediciones SEINJUSA, 1996.

Constitución Política de Holanda.

Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica No. 7319, 27 de Noviembre de 1992, San José, Defensoría de los Habitantes. Dirección de Comunicación Institucional, 1996.

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Costa Rica. No.3667 del 12 de Marzo de 1996.

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. AISA Ediciones, 1996.

Ley del Ombudsman Nacional de Holanda (4 de Febrero de 1981; Boletín de leyes, reglamentos y decretos, 1981, 35), más recientemente enmendada por Ley del Parlamento del 26 de Abril de 1995) (Boletín de leyes, reglamentos y decretos 1995, 250).

Ley General Administrativa de Holanda, 1994.

Ley General de la Administración Pública No. 6227, 2 de Mayo de 1978.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN:

Cómité de Ministros. Recomendación No. R (80) 2; concerniente al ejercicio de los poderes discrecionales por parte de las autoridades administrativas, adoptada el 11 de Marzo de 1980 en la reunión N° 326.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
Resolución 1998/72.

Resoluciones del Ombudsman Europeo No.:

995/98/OV

1767/2001/GG

391/98/PD

Resoluciones de la Sala Constitucional de Costa Rica No.:

1420-91

2000-7730

0897-98

1261-90

0440-98

7089-98

1739-92

2000-00385

2000-05134

1692-92

2283-92

1739-92

15-90

8193-2000

1484-1996

2000-8191

1739-92

4078-95

Informe Anual de la Defensoría de los Habitantes de Costa
Rica:

1997

1997-1998

1998-1999

1999-2000

2000-2001

WEBSITES:

1. Ombudsman Europeo: www.euro-ombudsman.eu.int
2. El Ombudsman Nacional Holandés:
www.ombudsman.nl
3. La Defensoría de los Habitantes:
<http://www.crnet.cr/~defensor>
4. Poder Judicial de Costa Rica: <http://www.poder-judicial.go.cr/scij/>
5. Entrevista con funcionarios del Ombudman holandés.
22 de Abril del 2002. La Haya. Holanda.

Principios y criterios usados por el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, el Ombudsman Nacional de Holanda y el Ombudsman Europeo

Ana Beatriz Fernández Alvarado

Índice

INTRODUCCIÓN200

CAPÍTULO 1

CRITERIO DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA, EL OMBUDSMAN NACIONAL DE HOLANDA Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO, RESPECTO A LAS QUEJAS..201

1.1 Criterio del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala respecto a quejas.....201

1.1.1 Bases para la calificación, apertura de expedientes y desarrollo del proceso de procuración de derechos humanos.....203

1.2 Criterio del Ombudsman Nacional de Holanda con relación a las quejas.....205

1.2.1 Criterio y métodos de inspección en las resoluciones del Ombudsman de Holanda.....208

1.3 Criterio del Ombudsman europeo respecto a las quejas.....	209
1.3.1 Base legal del Ombudsman europeo	209
1.3.2 Actividades del Defensor del Pueblo europeo.....	211
1.3.3 Admisibilidad de quejas	213
CAPÍTULO 2	
CRITERIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN DERECHOS HUMANOS	216
2.1 Buena administración o buena gobernación	216
2.1.1 Principios de buena gobernabilidad.....	218
CAPÍTULO 3	
CRITERIO USADO POR EL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA....	221
3.1 Reglas de organización y funcionamiento de la institución del Procurador	223
3.2 Procedimiento, resolución y seguimiento	224
3.3 Inspección de sus resoluciones	230
CAPÍTULO 4	
CRITERIO USADO POR EL OMBUDSMAN NACIONAL DE LOS PAÍSES BAJOS.....	232
4.1 Criterios y métodos de inspección en las resoluciones del Ombudsman Nacional de Holanda	236

CAPÍTULO 5	
BREVE ENFOQUE DE LAS FUNCIONES DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA, EL OMBUDSMAN NACIONAL DE HOLANDA Y EL OMBUDSMAN EUROPEO	237
CAPÍTULO 6	
CONCLUSIONES	239
ANEXO I	
Boletín de prensa diciembre 2001, Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala	242
ANEXO II	
Queja informal, Ombudsman Nacional de Holanda.....	244
ANEXO III	
Boletín de Prensa No. 11/2002, el Defensor del Pueblo europeo	246
BIBLIOGRAFÍA	248

INTRODUCCIÓN

En Guatemala, el 19 de agosto de 1987, se materializó constitucionalmente la institución del Ombudsman, para encargarse de proteger aquellos derechos fundamentales que el hombre posee por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados, es decir los *Derechos Humanos Fundamentales de los guatemaltecos*.

El Procurador de los Derechos de Humanos en Guatemala, aparece como la figura histórica del país y adquiere sus bases jurídicas en la Constitución del estado. Es un comisionado del Congreso de la República de Guatemala, y está a cargo de la defensa de derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por los Tratados y las Convenciones Internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

Como órgano, busca la promoción y respeto de derechos humanos permanentemente y define los intereses de las personas afectadas por violaciones por parte del Estado, hace imputaciones sobre conductas dañinas a los intereses de los habitantes, investiga las demandas contra los derechos humanos, recomienda pública y privadamente sobre la modificación de una conducta administrativa de cualquier cuerpo administrativo, emite censuras públicas como resultado de actos o desmán contra los derechos constitucionales, declara la violación y da seguimiento a los casos. El Ombudsman puede promover acciones, no sólo en el campo administrativo, sino también en el campo judicial.

La figura del Procurador contribuye al respeto mutuo, la convivencia pacífica, la solidaridad y la integración de los tejidos sociales, especialmente a la integración de grupos vulnerables amenazados por el conflicto armado.

El Ombudsman no está sujeto a un órgano específico, ni institución o funcionario. Él trabaja bajo absoluta independencia. Sus tareas entre otras son:

- Orientación
- Mediación
- Promoción de los derechos humanos

Los capítulos siguientes describen en detalle cómo los defensores del pueblo desarrollan su trabajo con respecto a las quejas y sobre el criterio usado por ellos para atenderlas y resolverlas.

CAPÍTULO 1

CRITERIO DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA, EL OMBUDSMAN NACIONAL DE HOLANDA Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO, RESPECTO A LAS QUEJAS

1.1 CRITERIO DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA RESPECTO A LAS QUEJAS

La Procuraduría de los Derechos Humanos cuenta con el Departamento de Procuración para desarrollar su criterio respecto a las quejas. Según el artículo 34 del manual “Reglas de Organización y Funcionamiento de la Oficina del Procurador de los Derechos Humanos”, esta sección está a cargo de los problemas jurídicos, desde la recepción de las demandas hasta los procedimientos de archivo. Para un funcionamiento apropiado, está dividida en siete áreas en las que los expedientes son clasificados según el asunto de la demanda o queja.

Las áreas o unidades de esta sección son las siguientes:

- Dirección
- Recepción y calificación de denuncias
- Derechos individuales
- Derechos económicos sociales
- Derechos sociales
- Derechos específicos
- Unidad de investigaciones
- Unidad de seguimiento

Según el criterio del Procurador, hay sectores específicos que son consideradas en “riesgos constantes”:

- Niños
- Mujeres
- Adulto mayor y personas con retos especiales
- Medio ambiente
- Indígenas

Para ayudar con los sectores mencionados, se creó el “Área de Derechos Específicos”, para darle atención apropiada a cada situación.

La necesidad de dar seguimiento a las resoluciones del Procurador surgió para verificar su cumplimiento, así como la modificación de la conducta administrativa objetada; y si fuera necesario, tomar acciones para hacer posible el cumplimiento de las resoluciones que el Procurador emite. Las resoluciones del Procurador están basadas en varias leyes, entre ellas la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley del Procurador.

1.1.1 Bases para la calificación, apertura de expedientes y desarrollo del proceso de procuración de derechos humanos

El trabajo de protección y procuración, constituye la espina del mandato del Procurador. Ese desempeño ante Estado, sirve como contrapeso ante la función de la Administración Pública, así también como una caja de resonancia de las quejas y señalamientos que el pueblo hace ante sus gobernantes.

Por mandato constitucional y legal, la Oficina del Procurador ha establecido mecanismos para el debido proceso de las denuncias que se reciben y los casos que por cualquier medio tienen conocimiento, y que constituye violación a un derecho garantizado por la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados internacionales que en materia de derechos humanos se han aceptado y ratificado en el país.

Hay tres puntos básicos para el trabajo del Departamento de Procuración que constituyen un módulo de la calificación que intenta levantar las bases mínimas para la ejecución de ese departamento y las Auxiliaturas Departamentales.

- 1) La unificación de criterios mínimos para el proceso de la queja, y su calificación como competencia o no del Procurador.
- 2) El momento de apertura del expediente, y
- 3) Todo lo referente a los pasos tomados para procesar los expedientes hasta el resultado, la resolución, en las variantes diferentes según la ley.

Para la calificación de las quejas que son recibidas por el Procurador, es necesario empezar por establecer de forma confiable la competencia para la actuación del Procurador:

Constitución Política de la República:

Artículo 274. El Procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración...

Artículo 275. Atribuciones del Procurador de los Derechos Humanos. El Procurador... b) investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas.”

Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso y el Procurador de los Derechos Humanos:

Artículo 20. Competencia. El Procurador y los Adjuntos tienen competencia para intervenir en caso de reclamo o queja sobre violaciones de derechos humanos en todo el territorio nacional.

Artículo 21. Derechos tutelares. El Procurador protegerá los derechos individuales, sociales, cívicos y políticos, comprendidos en el Título II de la Constitución Política de la República de manera fundamental la vida, la libertad, la justicia, la paz, la dignidad y la igualdad de la persona humana, así como los definidos en tratados o convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

Estos artículos constituyen una herramienta útil para el conocimiento de los derechos que son protegidos y que son parte del desempeño diario del Procurador de los Derechos Humanos, y están incluidos en el manual de calificación de violaciones a los derechos humanos.

Para la ejecución de este trabajo, esta institución tiene una tabla que se usa en el trabajo de procuración, y aunque no siempre coincide en su totalidad con el manual de calificación procesado por UNESCO, para el uso de la oficina del Procurador puede servir como guía substantiva.

1.2 CRITERIO DEL OMBUDSMAN NACIONAL DE HOLANDA CON RELACIÓN A LAS QUEJAS

El Ombudsman holandés y su relación con la administración pública se basa en el artículo 26 del National Ombudsman Act. (Ley del Ombudsman holandés):

“El Ombudsman determinará si la autoridad administrativa actuó propiamente o no en la materia bajo investigación”.

El Ombudsman Nacional distingue dos puntos principales en la relación entre el gobierno y sus habitantes. La primera se llama relación legal que se refiere a las funciones del gobierno, incluida la aplicación de justicia. La ley regula que las acciones de autoridades administrativas tienen consecuencias legales.

La segunda se llama relación social y no se establece en la ley. El punto en esta relación social es cómo el gobierno se desempeña ante la población y cómo es el trabajo de su administración.

El Ombudsman tiene jurisdicción en: todos los cuerpos administrativos los servidores civiles, servicios de administración- según la sección 1a subdivisión 4: “una acción realizada por un servidor público durante el ejercicio de sus deberes se juzgará para ser una acción de la autoridad administrativa bajo cuya responsabilidad él está trabajando”. Él tiene jurisdicción sobre el gobierno central, municipalidades; jurisdicción sobre cortes reguladas en Artículos 14 y 16”.

Criterio de investigación

Basado en artículo 12 del NOA se determina el criterio hacia una queja. Entre otros aspectos tomados en consideración está el derecho del ciudadano de someter una

demanda a la oficina del Ombudsman, sin diferencia de nacionalidad y los aspectos culturales ya que hay gran parte de población extranjera en los Países Bajos. Pero, según el artículo 12 sección 1 del NOA es importante determinar o establecer la admisibilidad de una demanda no sujeta a disposiciones transitorias por parte de cualquier órgano o corte.

Criterio de la revisión

Como declara el antedicho artículo 26 del NOA, que está como una base al criterio del Ombudsman, recientemente allí se ha establecido una serie de criterios para la evaluación y revisión de la administración pública. Estos son:

- Derechos esenciales
- Regulaciones generales
- Principios de imparcialidad-equilibrio
- Certeza legal
- Igualdad - mismo trato a los casos
- Sentencias razonables
- Debido proceso

Este grupo se refiere al principio de legalidad o estado de derecho.

El debido proceso se relaciona con el siguiente sub-criterio:

- Puntualidad (evitar retrasos)
- Provisión de información actual
- Adquisición de información activa
- Debida administración y organización

- Acceso adecuado y facilidades físicas
- Debido trato
- Respeto y protección a la privacidad

El Ombudsman aplica estos criterios en las resoluciones finales con relación a la conducta asumida por parte de los cuerpos administrativos. Además, se adhiere el criterio de admisibilidad de las quejas por consiguiente la calificación de la demanda.

Hay dos tipos de criterios desarrollados por el Ombudsman Nacional holandés actualmente, y son los siguientes:

- Criterio institucional
- Criterio procesal

Criterio institucional

Este criterio se refiere a la organización y estructura de las funciones del personal según la naturaleza de trabajo de cada uno.

Hay condiciones que proporcionan bienestar y ayudan a que el personal trabaje, principalmente en los aspectos de visibilidad, la calidad, eficacia y confianza. Es importante distinguir estos criterios:

- Independencia
- Profesionalismo
- Competencia, calificación de la demanda o queja, investigación de los hechos exigidos, facultades para comenzar una investigación
- Acceso a la información

Criterio procesal

- Un rol activo
- Audiencia de ambas partes
- Análisis de la resolución
- Análisis de la justificación de la resolución, comprensible, suficiente información que pueda sostener la resolución
- Tiempo razonable
- Revisión

1.2.1 Criterio y métodos de inspección en las resoluciones del Ombudsman de Holanda

El criterio del Ombudsman Nacional cuando inspecciona es la calidad de su trabajo. Sus resoluciones no son legalmente coercitivas, pero ellos están sujetos a la discreción de las autoridades administrativas.

Según la Ley del Ombudsman Nacional holandés (NOA) en sección 27, subdivisión 3, si una resolución se emite, “el Ombudsman puede notificar al cuerpo involucrado de cualquier medida que él considere debe tomarse”. No obstante, no menciona sobre la vigilancia para el cumplimiento de tal resolución.

La Segunda Casa del Parlamento es una instancia a cargo de instituir una comisión temporal que podrá pedir información a un órgano administrativo sobre un caso específico, si éste no toma en cuenta las resoluciones del Ombudsman. Esto está basado en el artículo 20 de los Estatutos de la Segunda Casa del Parlamento.

Hay un método de vigilancia de las resoluciones del Ombudsman, para que cualquier servidor público o cuerpo administrativo tenga la facilidad para pedir una inspección de la resolución a la Comisión Temporal.

1.3 CRITERIO DEL OMBUDSMAN EUROPEO RESPECTO A LAS QUEJAS

Según el Acuerdo de Maastricht un órgano de la Nueva Comunidad se crea con el propósito de encargarse de que cada ciudadano de la Unión Europea pueda denunciar ante el Parlamento Europeo las acciones impropias de las instancias de la Comunidad Europea. Para esto, dos artículos fueron incluidos al Tratado de la Comunidad Europea en uso desde 1993, y dio como resultado el nombramiento del primer *Ombudsman Europeo en 1995*, siendo este funcionario el Sr. Jacob Soderman, de Dinamarca.

El Parlamento europeo nombrará un Ombudsman facultado para recibir quejas de cualquier ciudadano de la Unión o cualquier persona natural o legal quien resida o tenga su oficina principal en un Estado Miembro del Parlamento europeo (MEP); excepto donde los hechos alegados son o han estado sujetos a procedimientos legales.

La decisión de crear la figura innovadora del Ombudsman, verificada como uno de los conceptos más importantes dentro del marco del derecho constitucional, se tomó según la propuesta del gobierno danés sin previa discusión o introducción debido a las experiencias de muchos países europeos. Se adoptó el modelo de “Cuasi - administrativo-judicial “ del Ombudsman de Dinamarca. Se presentan quejas en materias judiciales, en donde la participación del ciudadano es similar al de una corte de asuntos civiles.

1.3.1 Base legal del Ombudsman europeo

Tratado de Comunidad Europea, artículos 21 y 195:

Artículo 21: “Cada ciudadano de la Unión Europea tiene el derecho de presentar quejas ante el Parlamento Europeo según el artículo 194 (procedimiento)”.

Artículo 195: “El nombramiento del Ombudsman Europeo es realizado por el Parlamento europeo; con el fin de obtener las quejas de cualquier ciudadano por acciones administrativas impropias por las instituciones de la Comunidad Europea.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Ombudsman europeo tendrá que ser el cauce receptor de quejas que son de competencia, o por iniciativa, o solicitud, cuando éstos se refieren a las acciones administrativas impropias, y las enviarán al Parlamento europeo a través de una resolución o recomendación.

El nombramiento será realizado después de que los miembros del Parlamento europeo sean elegidos, dando de esta manera la posibilidad de la reelección.

El Ombudsman europeo podría revocarse de la posición a través de la Corte de Justicia europea, cuando sea requerido por el Parlamento europeo.

Él será completamente independiente, sin la injerencia de otros órganos o instancias. Él no podrá pretender otras posiciones; sus funciones son reguladas por el Parlamento europeo”.

Él está autorizado para recibir quejas de cualquier ciudadano de la Unión o cualquier persona natural o legal residiendo o teniendo su oficina principal en un Estado miembro, en relación con instancias de administración impropia en las actividades de las instituciones de la Comunidad o cuerpos, con la excepción de la Corte de Justicia y la Corte de Instancia que actúa en su papel judicial. De acuerdo con sus deberes, el Ombudsman dirigirá preguntas para las que él encuentra bases, o en su propia iniciativa o basándose en quejas sometidas a él directamente o a través de un MEP, excepto cuando los hechos alegados han estado sujetos a procedimientos legales.

El Ombudsman dispondrá de facultades investigadoras extensas para dirigir sus investigaciones.

Cuando el Ombudsman establezca un caso de administración impropia, él dirigirá el asunto a la institución involucrada que tendrá un periodo de tres meses para informarle de sus puntos de vista.

El Ombudsman hará recomendaciones sobre la forma en que la instancia de administración impropia debería ser modificada.

El Ombudsman remitirá un informe al Parlamento europeo y la institución involucrada. La persona interesada o demandante será informada del resultado de sus solicitudes.

1.3.2 Actividades del Defensor del Pueblo europeo

Es muy importante mencionar el alcance de competencia del Ombudsman europeo y su campo de acción. Para esto él hace los mismos procedimientos de la investigación para la resolución. El procedimiento de la investigación equilibra los argumentos proporcionados por ambas partes. En muchos casos una mediación se obtiene como resultado.

Sobre las Quejas y preguntas

Antes de abrir una solicitud, el Ombudsman tiene que verificar primero si la queja está dentro de su mandato. Este es el caso para sólo el 30% del número total de quejas. Aproximadamente 70% de las quejas no pueden ser investigadas por el Ombudsman, principalmente porque ellos alegan administración impropia a través de autoridades nacionales. En este caso, el Ombudsman informa al demandante de la razón por la que él no puede tratar la queja y puede aconsejar al demandante escribir a un Ombudsman

Nacional, regional o local que es competente o hacer una petición a un parlamento nacional.

Muchas quejas al Ombudsman involucran problemas que se refieren al movimiento libre de personas y género entre Estados Miembros. Aún cuando esas quejas involucran la aplicación de Ley de la Comunidad, éstas son llenadas contra las autoridades nacionales y por consiguiente se encuentran fuera del mandato del Ombudsman europeo. En esos casos, el Ombudsman sugiere hacer una petición al Parlamento europeo que puede recibir peticiones principalmente “en una materia que está dentro de los campos de actividad de la Comunidad que lo (la) afecta directamente”.

Otra razón frecuente por la que el Ombudsman no puede tratar una queja es que el demandante no ha hecho ningún acercamiento administrativo previo a la institución o al cuerpo involucrado. Antes de que la queja sea completada, la institución tiene que tener una primera oportunidad de defenderse. Si ningún acercamiento administrativo previo se ha hecho, el Ombudsman sugiere al demandante primero escribirle a la institución involucrada e indicarle que, si él o ella permanecen insatisfechos, una nueva queja podría realizarse.

Junto a preguntas en la base a las quejas, el Ombudsman puede dirigir preguntas por propia iniciativa. Esto le da la posibilidad de cambiar ciertos aspectos de la administración de la Comunidad que él considera constituyen administración impropia, y que va más allá del alcance de una queja individual. El Ombudsman tiene a menudo esta posibilidad, sobre todo en el campo de transparencia y franqueza, y más recientemente en el campo de los derechos fundamentales.

¿Quién puede quejarse ante el Ombudsman?

Si hay un ciudadano de un Estado del Miembro de la Unión o viviendo en un Estado Miembro, él o ella puede hacer una queja ante el Ombudsman europeo. Los negocios, asociaciones u otros cuerpos con una oficina registrada en la Unión también pueden quejarse ante el Ombudsman europeo.

¿Quejas sobre qué?

Cada ciudadano puede quejarse al Ombudsman sobre administración impropia en las actividades de las instituciones y cuerpos de la Comunidad Europea.

1.3.3 Admisibilidad de quejas

Las quejas al Ombudsman europeo deben cumplir cierto criterio. El Ombudsman ha dividido éstos en dos grupos primarios, aquellos que se relacionan con su mandato y otro criterio de admisibilidad.

El mandato

La primera barrera para quejas potenciales es que éstas deben estar dentro del mandato del Ombudsman es decir:

- el demandante es una persona titulada para hacer una queja,
- la queja involucra una actividad de una institución de la Comunidad o cuerpo,
- y un posible caso de administración impropia,
- que no sea contra la Corte de Justicia de la Corte de Primera Instancia actuando en su papel judicial.

Una vez que ha sido determinado que una queja está dentro del mandato, el Ombudsman tendrá que decidir si también es por otra parte admisible. Para esto, la queja debe cumplir cinco criterios adicionales:

- a. Que el objeto y autor de la queja están claros
- b. Que ha sido llenado dentro de los dos primeros años
- c. Que ha sido precedido por métodos administrativos apropiados
- d. Si involucra asuntos del personal, las posibilidades para la sumisión de demandas administrativas internas y quejas han sido exhaustas
- e. Finalmente, que no esté ante la corte de interrogaciones la validez de una corte gobernante.

Nivel requerido para ser demandante

Al contrario del acceso a las Cortes de la Comunidad, la nacionalidad y residencia son factores que restringen el acceso al Ombudsman. El Ombudsman sólo está autorizado para recibir quejas de los ciudadanos de la Unión Europea, personas naturales que residan en un Estado Miembro y las personas legales con una oficina registrada en la Unión.

Cómo quejarse

El ciudadano puede escribir al Ombudsman en cualquiera de los once idiomas oficiales de la Unión y establecer claramente quién es el demandante, cuál es la institución o cuerpo de la Comunidad Europea que demanda y las bases para la queja. Una queja debe hacerse dentro de los dos años siguientes de la fecha en que surgieron los hechos.

No se necesita que la persona haya sido individualmente afectada por mala administración. El demandante debe

avisar a la institución o el cuerpo involucrado, por ejemplo por medio de una carta.

El Ombudsman no trata con asuntos que están actualmente ante una corte o que ya han sido colocados en una corte. El Ombudsman examinará la queja, y el demandante será informado sobre el resultado de su investigación.

Una queja puede ser presentada por medio de carta dirigida al Ombudsman europeo o por medio de e-mail.

¿Qué es mala administración?

El Informe Anual de 1995 del Ombudsman europeo dio sólo una lista inagotable de ejemplos de administración impropia o mala administración como, irregularidades administrativas, injusticia, discriminación, abuso de poder, denegar información y retrasos evitables. El Parlamento europeo ha pedido sin embargo que el Ombudsman de una clara definición sobre “mala administración”.

“Administración impropia ocurre cuando un cuerpo público no actúa de acuerdo con una regla o principio que está ligado a éste”.

Administración impropia quiere decir pobre o mala administración. Esto ocurre si una institución no hace algo que debe haber hecho o si lo hace de la manera incorrecta. Algunos ejemplos son:

- Las irregularidades administrativas
- Injusticia
- Discriminación
- Abuso de poder
- Falta o negación de información
- Retraso innecesario

¿Cuáles son esas instituciones y cuerpos administrativos?

Las instituciones y cuerpos de la Comunidad Europea son:

- La Comisión europea
- El Concilio de la Unión Europea
- El Parlamento europeo
- La Corte de Interventores
- La Corte de Justicia (excepto en su papel judicial)
- El Comité Económico y Social
- El Comité de las Regiones
- El Banco Central europeo
- El Banco de la Inversión europeo

CAPÍTULO 2

CRITERIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

2.1 BUENA ADMINISTRACIÓN O BUENA GOBERNACIÓN

Debemos establecer que nuestra constitución dice que los derechos humanos son fundamentalmente la base para el ejercicio del poder. Dentro de este criterio se establece que la Procuraduría de los Derechos Humanos o el Ombudsman controlará la Administración Pública con el propósito de mantener un mando en los deberes y tareas gubernamentales.

El proceso del mando está fundamentalmente basado en el hecho que el gobierno debe mantener un cumplimiento fiel de sus obligaciones, empezando con las políticas

gubernamentales y la acción de los órganos administrativos deben responder a una buena administración.

La ley de probidad en Guatemala establece la responsabilidad de los empleados civiles, sin embargo el cumplimiento de sus obligaciones no es castigada, y por consiguiente la función del Procurador se circunscribe a su control.

Con respecto a los términos generales de la administración y la aplicación de la ley, lo único que se establece es el imperio de la ley como principio general del derecho, y éste respeta e impele en todo el tipo de proceso legal o administrativo.

La buena administración asegura las prioridades políticas, sociales y económicas basadas en el acuerdo general de que en la sociedad las voces de los más vulnerables deben ser escuchadas para la toma de decisiones y la asignación de los recursos.

La buena gobernabilidad es participativa, transparente y responsable. También es eficaz y justa. Promueve el Estado de derecho.

Gobernación es la manera en la que se ejerce el poder en la dirección de los recursos económicos y sociales de un país para el desarrollo.

Por consiguiente, los efectos de una buena gobernabilidad serían:

- Promoción de la estabilidad económica y crecimiento de alta calidad.
- Promoción de la buena gobernabilidad.
- Mejoramiento de la eficacia y responsabilidad del sector público.
- Abordar la corrupción.

- Crear un ambiente que fomente fuertemente el desarrollo justo, y es un complemento para pronunciar políticas económicas.

La buena gobernabilidad involucra el cumplimiento de tres tareas elementales de gobierno:

- Garantizar la seguridad de todas las personas y de la sociedad.
- Dirigir una estructura efectiva para el sector público, el sector privado y la sociedad civil.
- Promover objetivos económicos, sociales y otros de acuerdo con los deseos de la población.

La buena gobernabilidad y los derechos humanos están estrechamente relacionados. Ellos pueden reforzarse mutuamente de forma importante. Están relacionados con la regla de la ley y con la equidad en los resultados de políticas gubernamentales. Los derechos humanos buscan proteger la dignidad inherente a cada individuo.

2.1.1 Principios de buena gobernabilidad

A continuación se detallan principios que están relacionados con el GALA (Leyes Administrativas Generales):

- 1) Prohibición del mal uso de poder o principio de denuncia (principio de la especialización). GALA. Art. 3:3
- 2) Principio de prohibición de arbitrariedad (el principio de razonabilidad). GALA. Art. 3:4 y 5:13
- 3) Principio de certeza legal. GALA. Arts. 4:23 y 5:22
- 4) Principio de confianza. GALA Par.4.2.6
- 5) Principio de igualdad. Constitución. Art. 1

- 6) Principio de proporcionalidad. GALA. Art. 3:4-2
- 7) Principio de cuidado. GALA. 2:3, 3:2, Par.3.4, Par. 3.5, par. 3.6, Par. 4.1.2 y Par. 4.1.3
- 8) Principio de razonamiento. GALA par.3.7
- 9) Economía razonable y políticas sociales
- 10) Toma de decisiones democrática
- 11) Transparencia gubernamental adecuada y responsabilidad financiera
- 12) La creación de un ambiente mercado-favorable para el desarrollo
- 13) Medidas para combatir la corrupción, así como el respeto por el Estado de derecho
- 14) Los derechos humanos y libertad de prensa y expresión
- 15) Transparencia
- 16) Simplicidad
- 17) Responsabilidad
- 18) Justicia
- 19) Franqueza
- 20) Participación
- 21) Efectividad
- 22) Coherencia

Metas de buena gobernabilidad:

- 1) Derechos humanos
- 2) Jugar un mayor rol en la efectividad de las políticas económicas y sociales de los gobiernos para el desarrollo sustentable

- 3) Transparencia financiera
- 4) Calidad del sector público
- 5) Efectividad de la expresión pública
- 6) Equidad de imposición de contribuciones por el gobierno
- 7) Calidad de la estructura legal e institucional que permite a las personas emprender actividades independientes dentro del sector privado y la sociedad civil son la parte y embalaje de una buena gobernabilidad
- 8) Crecimiento económico sostenible
- 9) Promoción del desarrollo social
- 10) Facilitación del desarrollo de la infraestructura y la protección del ambiente
- 11) Promoción de la sociedad pública-privada
- 12) Dirección de programas de desarrollo
- 13) Mantenimiento de una estructura legal de desarrollo
- 14) Perfeccionamiento de capacidad de desarrollo de política
- 15) Fortalecimiento organizacional
- 16) Mejoramiento de sistemas de servicio civiles
- 17) Fortalecimiento de la dirección financiera para el desarrollo
- 18) Desarrollo del recurso humano para el sector público
- 19) Desarrollo para el sector público
- 20) Desarrollo de capacidades administrativas para las condiciones de crisis post-conflicto

La promoción de buena gobernabilidad:

- 1) Reduce el alcance una búsqueda generalizada
- 2) Abarca transparencia en la toma de decisiones
- 3) Proceso presupuestario
- 4) Reducciones de impuesto
- 5) Exenciones de subsidios
- 6) Mejora la contabilidad y sistemas de control
- 7) Reforma acelerada de servicio civil

CAPÍTULO 3

**CRITERIO USADO POR EL PROCURADOR DE
LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA**

Cualquier hecho que dañe alguno de los derechos mencionados constituye, en primera fase, competencia del Procurador. Este es el momento en el que se abre el expediente para la investigación.

Esta decisión de que viene del establecimiento si es o no de su competencia, constituye una *decisión de conciencia*. No podemos empezar fuera de premisas de carácter judicial, porque el resultado final, se dictará en conciencia, por consiguiente deben visualizarse los elementos para crear la convicción desde ese punto.

Es necesario que el acto, hecho o circunstancia denunciada ante el Procurador, se equipare exactamente con cierto tipo establecido en el “Manual de Hechos Violatorios de Derechos Humanos”. Es decir, que exista ajuste, subordinación o equiparación del objetivo de la acción ejecutada a la descripción de violación en materia de derechos humanos.

Acción de tipificar: es describir un hecho suscitado que basa en una figura delictiva contemplada en la legislación.

El orden legal que estipula primero el acto, o el acto inmediato después de recibida la queja, se basa en lo establecido por la ley, que declara:

Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso y del Procurador de los Derechos Humanos

Artículo 23. Acción. El Procurador podrá iniciar proceso en contra de cualquier persona, funcionario, empleado público, instituciones públicas o privadas, que violenten o atenten contra los derechos humanos.

Artículo 27. Acto inicial. Inmediatamente que se reciba la solicitud, el Procurador de los Derechos Humanos ordenará la apertura del expediente, y la realización de las acciones que considere necesarias. En caso de delito, falta, acción u omisión que sea competencia de un tribunal de cualquier fuero u órgano administrativo, de inmediato, el Procurador hará la denuncia o solicitud y remitirá lo actuado a la autoridad correspondiente para su conocimiento y resolución.

En caso del crimen, falta, acción o omisión que son competencia de una corte de cualquier ley o agencia administrativa, el Procurador hará la denuncia o demanda e inmediatamente enviará lo actuado a la autoridad correspondiente para su conocimiento y resolución.

3.1 REGLAS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA INSTITUCIÓN DEL PROCURADOR

Artículo 94. Quejas que son competencia del Defensor del Pueblo. “... están calificadas como competencia del Procurador, inmediatamente el Departamento de Procuración o Auxiliatura Departamental comenzará un expediente al cual asignará un número....”

Artículo 97. Apertura de expedientes. Recibido el expediente por la Dirección de Procuración de los Derechos Humanos se dictará una resolución de procedimiento para la apertura del mismo, y ordenará el cumplimiento de las diligencias necesarias para la investigación del hecho denunciado.

El momento crítico de apertura de expedientes es notable con claridad en la ley. Sobre la base de esta claridad, es necesario hacer una reflexión en los efectos de la actuación del Procurador que se manifiesta en el momento de comenzar el expediente favorable para el afectado, y sin cualquier repercusión legal del violador.

Al comenzar una investigación, la ley permite al “Magistrado de Conciencia”, prevenir que el hecho pueda violentar los derechos más infringidos y cuando no tiene fuerza punitiva, no viola el derecho del demandante que pueda ser legalmente establecido en la jurisdicción ordinaria.

En este sentido es necesario destacar que los criterios legales que se presentan al Procurador, están en el canal en el cual todas las quejas que se reciben son sinónimos de expediente, y se fortifica en cuanto se indiquen los términos de ejecución:

“...el Procurador dictará resolución y hará claro cualquiera de las situaciones siguientes:

a. Que no existen razones suficientes para presumir la violación de los derechos humanos, en tal caso, solicitará el archivo del expediente.

b. Que existen razones suficientes para presumir la violación de los derechos humanos, indicándose un término que no excederá de treinta (30) días para continuar y finalizar la investigación o las acciones remediales o preventivas que él considere pertinentes.

c. Que se ha verificado la violación de los derechos humanos y, por consiguiente, él procederá de acuerdo con lo estipulado por esta ley”.

Es necesario sin embargo, aclarar que las afirmaciones anteriores no dictan que todas las quejas recibidas se consideran para abrir un expediente, sin embargo cuando se presume una violación es necesaria su apertura.

La misma naturaleza del “Magistrado de Conciencia”, nos da esa diferencia, con respecto a los órganos jurisdiccionales del país, el cual inicia en que mientras el sistema procesal judicial incluye una serie de formalidades y procesos donde los principios de la contradicción y el de inocencia predominan, en el proceso de procedimiento de un hecho de violación a los derechos humanos, lo que se necesita es obtener el criterio de conciencia que nos permite señalar con fundamentos morales y éticos, si existió una violación a un derecho humano o no.

3.2 PROCEDIMIENTO, RESOLUCIÓN Y SEGUIMIENTO

Ya calificada la queja o petición e iniciada la investigación, el Procurador comienza el procedimiento de investigación de los hechos que, respetando los términos, debe llevarlo a la emisión de una resolución que después de

ser notificada, tendrá que ser supervisada para verificar su cumplimiento.

El procedimiento que comienza desde la recepción de la queja o solicitud, que se desarrolla en el proceso investigador y que teóricamente concluye con la emisión de la resolución, ha establecido legalmente términos y medidas administrativas mínimas.

Ley de la Comisión de Derechos Humanos de Congreso y del Procurador de los Derechos Humanos

Artículo 26. Solicitudes. Las solicitudes de investigación o denuncias sobre violaciones a los Derechos Humanos, podrán presentarse al Procurador, procuradores adjuntos o auxiliares de la Institución, por escrito en papel simple, o verbalmente, por cualquier persona individual, agrupada o jurídica, sin sujeción a formalidades de ninguna naturaleza y sin costo alguno.

Artículo 27. Acto inicial. Inmediatamente que se reciba la solicitud, el Portador de los Derechos Humanos ordenará la apertura del expediente, y la realización de las acciones que considere necesarias. En caso de delito, falta, acción u omisión que sea competencia de un tribunal de cualquier fuero u órgano administrativo, de inmediato, el Procurador hará la denuncia o solicitud y remitirá lo actuado a la autoridad correspondiente para su conocimiento y resolución.

Artículo 28. Solicitud de Informe. En la misma resolución que abra el expediente el Procurador ordenará a la autoridad jerárquica superior de la institución del funcionario, o a la que corresponda, las explicaciones del caso. El informe circunstanciado deberá remitirlo el obligado dentro del plazo de cinco días. Si el informe no se rindiere se tendrán por ciertas las afirmaciones del solicitante.

Artículo 29. Resoluciones. Dentro del término de ocho días, contados a partir de la fecha en que se haya presentado la solicitud de investigación o denuncia de violación el Procurador dictará resolución, haciendo constar cualesquiera de las siguientes situaciones:

- a. Que no existen razones suficientes para presumir la violación de los Derechos Humanos, en cuyo caso, ordenará el archivo del expediente.
- b. Que existen razones suficientes para presumir la violación de los Derechos Humanos, señalando que no excederá de treinta (30) días para continuar y finalizar su investigación o las acciones correctivas o preventivas que estime conveniente.
- c. Que ha comprobado la violación de los Derechos Humanos y, por lo tanto, procederá de conformidad con lo estipulado por esta ley.

Artículo 30. Responsabilidad. Establecida la responsabilidad de cualquier persona individual, agrupada o jurídica, pública o privada, en la violación de los Derechos Humanos, el Procurador procederá así:

- a. Ordenar la inmediata cesación de la violación y la restitución de los Derechos Humanos conculcados.
- b. Según la gravedad de la violación promoverá el procedimiento disciplinario, inclusive la destitución del funcionario o empleado respectivo y cualquier otro procedimiento punitivo.
- c. Si de la investigación no establece que existe la comisión de delito o falta, formulará de inmediato la denuncia o querrela ante el órgano jurisdiccional competente.
- d. En caso de que la violación de los Derechos Humanos provenga de un particular, éste quedará sujeto a las sanciones que para el efecto correspondan.

Artículo 98. Solicitud de Informe. En el cumplimiento de artículo 28 de la Ley, por medio de los documentos legales, el Depto. de Procuración de los Derechos Humanos, pedirá información detallada a los implicados y a las autoridades correspondientes dentro de un término de cinco días, para que den las explicaciones del caso afirmando que si este informe no se recibe se tendrán por ciertas las afirmaciones del solicitante.

Artículo 99. Otras acciones. Con la intención de extender información para incluir la investigación de hechos denunciados, el departamento de Procuración podrá dirigir otras acciones como:

- a. Entrevistar a demandantes, solicitantes o testigos para que se extienda la información o acelerar los conceptos en los hechos.
- b. Constituirse en la institución, dependencia o cualquier premisa que corresponden, sin orden de juez competente, para declarar los hechos denunciados por medio de las acciones que vengan. En casos de búsqueda en la casa será necesaria la orden de un Juez.
- c. Pedir la exhibición del libro, expedientes, archivos y otros documentos y registros para su análisis.
- d. Otras acciones que sean consideradas pertinentes.

Artículo 104. La comprobación de la violación a los derechos humanos. Si dentro del término indicado por la ley basado en la investigación hecha que la violación de los derechos humanos se verifica, el Procurador, emitirá la resolución final respectiva donde la afirmación de esta situación se escribe y las responsabilidades se establecen así como el debido cumplimiento de acuerdo al artículo 30 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso y el Procurador de los Derechos Humanos, y remitiendo este expediente para el efecto al área de Seguimiento. Esta resolución se notificará a las partes interesadas, funcionarios,

empleados civiles, autoridades y dependencias administrativas.

Artículo 105. Crimen o falta. Si derivado de la investigación, se establece la comisión del crimen o falta, la resolución respectiva, ordenará la formulación de denuncia o quejas inmediatamente ante el órgano jurisdiccional competente.

Artículo 106. Presunción de violación de los derechos humanos. Si derivado de la investigación hecha, dentro del término indicado por la ley, se establece que hay suficientes razones para presumir la violación de los derechos humanos, el Procurador dictará resolución preventiva que indica un término que no excede treinta días para continuar y finalizar la investigación o las acciones remediales o que él considere aconsejable y notificando a quién puede involucrar.

Si el término ha terminado, el Procurador dictará la resolución respectiva y observará el procedimiento indicado para cada caso.

Artículo 107. Resoluciones. Las resoluciones finales emitidas por el Procurador, de acuerdo con la ley, no admiten ningún recurso.

Según la Ley, el Procurador tiene facultad para supervisar la Administración Pública, así como los problemas de los derechos humanos del país. En Guatemala, dentro del contexto social-político, las violaciones de derechos humanos por parte del Estado durante el conflicto civil, fueron cometidas por sus dependencias e instituciones. El cumplimiento de estas garantías que el gobierno debe ofrecer a los ciudadanos son delegadas al Procurador, para que él vigile en su calidad de entidad de supervisión.

El criterio del Procurador está basado en artículos 1 y 2 de la Constitución de la República de Guatemala.

Artículo 1. Protección a las Personas. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

Artículo 2. Tareas del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Generalmente, las violaciones de derechos humanos vienen de la Administración Pública y sus funcionarios. Así, el Procurador supervisa la Administración Pública reforzando la defensa de derechos humanos contra la arbitrariedad por parte de órganos públicos, y la defensa del *estado de derecho*.

Basado en los artículos 1 y 2 de la Constitución de la República, el Procurador podrá iniciar sus investigaciones cuando las demandas se presentan. Éstas pueden ser demandas sobre mal comportamiento de órganos administrativos y que pueden causar daño a las personas en su integridad física y su dignidad.

Se establece en artículo 22 de la Ley del Procurador que él podrá pedir: la supervisión e incluso la destitución de servidores públicos, funcionarios públicos los que a través de sus acciones, decisiones, acuerdos, resoluciones, pueden denigrar, obstaculizar, o dañar el libre ejercicio de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos.

El criterio del Procurador se basa en lo que la Constitución de Guatemala define. El poder público está destinado a las personas, así, que todos los servidores públicos y funcionarios pueden servirles a los ciudadanos; según artículo 152 sobre Poder Público, y artículo 154 sobre Función Pública que se refiere a la conducta de responsabilidad de funcionarios, ellos son depositantes de autoridad.

3.3 INSPECCIÓN DE SUS RESOLUCIONES

Es importante aplicar métodos de inspección a las resoluciones y recomendaciones del Procurador, aunque ya se sabe que las resoluciones son exhortativas; con intención de modificar los actos y malos comportamientos de la administración pública.

El actual Procurador (1997 – agosto 2002) ha llevado a cabo el criterio de la inspección a sus resoluciones, creando la “Unidad de Seguimiento”, bajo los artículos 47 y 48, para verificar el cumplimiento de recomendaciones de la manera siguiente:

- Seguimiento a las resoluciones, comprobación
- Aplicación de acciones necesarias para el cumplimiento
- Control y estadísticas de resoluciones recibidas
- Coordinación de archivo y microfilmado de los expedientes

Esta unidad también ejecuta visitas o solicita información o reportes a las autoridades, órganos, etc. cuando es necesario.

El Procurador aplica este método también basado en artículo 24 de la Ley del Procurador por el cual puede solicitar colaboración de funcionarios, autoridades o instituciones según sus demandas, de una manera eficaz.

Estas reglas legales indican los pasos a seguir una vez la queja se recibe. Estos son:

1. Acto inicial: recepción de las quejas, calificación y apertura de expediente.
2. Resolución inicial en la que se solicita a la autoridad competente informes del hecho y se determinan las acciones pertinentes para desarrollar en el proceso de la investigación.

3. Desarrollo de la investigación: se cuenta con ocho días máximo, la ley establece como mecanismos para la investigación:
 - La solicitud de informe
 - Las entrevistas directas
 - La constitución en la institución (lugar de los hechos)
 - La demanda de exhibición del documento, información, archivos
 - Otros que son considerados necesarios (depende del criterio del investigador aplicar métodos de investigación social o criminalidad)
4. Si es necesario que una resolución intermedia sea emitida extendiéndose el periodo de investigación por un término que no puede exceder los treinta días.
5. La emisión de resolución final, según lo establecido por la ley.
6. El seguimiento a la resolución, para verificar el cumplimiento de la misma, para lo cual es necesario estudiar y extraer el término prudencial para el cumplimiento de la resolución.

A esto debemos agregar que los términos estipulados por la ley, deben interpretarse tal y como los contempla la Constitución Política de la República:

Artículo 275. "... para el cumplimiento de sus funciones todos los días y horas son hábiles".

Ley de la Comisión de Derechos Humanos de Congreso y del Procurador de los Derechos Humanos

Artículo 17. Horario (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16

de junio de 1987). Para la eficacia y cumplimiento de las funciones del Procurador, todos los días y horas son hábiles.

El resumen dictará que: El expediente es abierto por la recepción de la queja; ocho días después de la recepción, y habiendo tenido una investigación ágil, una resolución debe emitirse para extenderse de manera extraordinaria el término de la investigación por treinta días; al finalizar este término, será necesario resolver entendiéndose que estamos hablando sobre 38 días calendario para el desarrollo global del proceso de un expediente, empezando desde el momento de la recepción de la queja o solicitud hasta la emisión de la resolución.

CAPÍTULO 4

CRITERIO USADO POR EL OMBUDSMAN NACIONAL DE LOS PAÍSES BAJOS

El Defensor Nacional del Pueblo los Países Bajos (Holanda) comenzó sus funciones oficialmente el 1 de enero de 1982. El nombramiento del Ombudsman Nacional de los Países Bajos está en La Ley del Ombudsman Nacional (NOA por sus siglas en inglés) especificado en el artículo 2, sección 2 que establece que el Ombudsman es nombrado a través de la Casa Baja del Parlamento. En la sección 3 en el mismo artículo, se especifica que el periodo de sus funciones es de seis años con la posibilidad de una reelección. Los aspectos considerados como criterio de la selección para la posición son “la experiencia en los aspectos legales y el conocimiento amplio en administración pública.”

La calidad de su trabajo y ejecución es la clave de su autoridad y la base de sus resoluciones. Su trabajo es de conciencia; además, tiene que tener la habilidad y perfil para el cumplimiento de las funciones del Defensor del Pueblo.

Las investigaciones del Ombudsman nacional pueden hacerse a través de:

- Queja hecha por un ciudadano
- De oficio
- Procedimiento de investigación

Pueden ser realizadas por el método de informe o por el método de intervención.

El Ombudsman holandés y su relación con la administración pública se basa en el artículo 26 del NOA.

El Ombudsman determinará si la autoridad administrativa actuó propiamente o no en la materia bajo investigación.

El Ombudsman nacional distingue dos aspectos principales en la relación entre el gobierno y sus habitantes. El primero se llama relación legal que se refiere a las funciones del gobierno, incluso la aplicación de justicia. La ley regula que las acciones de autoridades administrativas tienen consecuencias legales.

El segundo aspecto se llama relación social que no se establece en la ley. El punto en esta relación social es cómo el gobierno actúa hacia a la población y cómo es el trabajo de su administración.

El Ombudsman nacional tiene jurisdicción sobre: todos los cuerpos administrativos -servidores civiles, servicios de administración. Según la sección 1a subdivisión 4: “una acción realizada por un servidor público durante el ejercicio de sus deberes será considerada como una acción de la autoridad administrativa bajo la responsabilidad en la que está trabajando”. Él tiene jurisdicción en el gobierno central, municipalidades; jurisdicción hacia cortes reguladas en artículos 14 y 16.

Criterio de investigación

Basado en artículo 12 del NOA, es determinado el criterio de una queja. Entre otros aspectos considerados es el derecho del ciudadano para someter una demanda al Ombudsman nacional, sin diferencia de nacionalidad y los aspectos culturales ya que hay una población extensa de extranjeros en Holanda. Pero, según el artículo 12 sección 1 del NOA es importante determinar o establecer la admisibilidad o no de una demanda sujeto a disposiciones transitorias por parte de cualquier órgano o corte.

Criterio de revisión

Según lo mencionado en el artículo 26 del NOA que es como una base para el criterio del Ombudsman nacional, recientemente se ha establecido una serie de criterios para la evaluación y algún otro adicional para la revisión de la administración pública, éstos son:

- Los derechos esenciales
- Las regulaciones generales
- Imparcialidad y principios de equilibrio
- La certeza legal
- Igualdad -mismo trato a los casos
- Sentencias razonables
- Debido proceso

Este grupo se refiere al principio de legalidad o estado de derecho.

El debido proceso se relaciona al criterio del subalterno siguiente:

- Puntualidad (evitar retrasos)
- Provisión de la información actualizada

- Adquisición de información activa
- Administración apropiada y organizada
- Acceso adecuado y facilidades físicas
- Debido trato
- Respeto y protección a la privacidad

El Ombudsman nacional aplica estos criterios en las resoluciones finales con relación al comportamiento asumido por parte de los cuerpos administrativos. Además, se adhiere el criterio de admisibilidad de las quejas, por consiguiente la calificación de la demanda.

Hay dos tipos de criterios desarrollados por el actual Ombudsman Nacional, y son los siguientes:

- Criterio institucional
- Criterio procesal

Criterio institucional

Este criterio se refiere a la organización y estructura de las funciones del personal según la naturaleza de trabajo de cada uno.

Hay condiciones que proporcionan bienestar y ayudan a que el personal trabaje, principalmente en los aspectos de visibilidad, la calidad, eficacia y confianza. Es importante distinguir estos criterios:

- Independencia
- Profesionalismo
- Competencia, calificación de la demanda o queja, investigación de los hechos demandados, facultades para iniciar una investigación
- Acceso a la información

Criterio procesal

- Un rol activo
- Audiencia de ambas partes
- Análisis de la resolución
- Análisis de la justificación de la resolución, comprensible, información suficiente que pueda argumentar la resolución
- Tiempo razonable
- Revisión

4.1 CRITERIOS Y MÉTODOS DE INSPECCIÓN EN LAS RESOLUCIONES DEL OMBUDSMAN NACIONAL DE HOLANDA

El criterio del Ombudsman Nacional cuando inspecciona, es la calidad de su trabajo. Tiene que haber conciencia en las investigaciones y evitar diferencias futuras en sus resoluciones. *Estas resoluciones no son legalmente coercitivas*, pero están sujetas a la discreción de las autoridades administrativas.

Según el NOA en la sección 27 subsección 3 si una resolución se emite “el Ombudsman Nacional puede notificar al cuerpo involucrado de cualquier medida que él considera debe tomarse”. Sin embargo, no menciona sobre la vigilancia para el cumplimiento de tal resolución.

La Segunda Casa del Parlamento es la instancia a cargo de instituir una comisión temporal que podrá pedir información a un órgano administrativo sobre un caso específico, si éste no toma en cuenta las resoluciones del Ombudsman Nacional, basado en artículo 20 de la Segunda Casa de Estatuas del Parlamento.

Hay un método de supervisión de las resoluciones del Ombudsman Nacional, para que cualquier servidor público o el cuerpo administrativo tenga la facilidad para pedir una inspección de la resolución a la Comisión Temporal.

CAPÍTULO 5

BREVE ENFOQUE DE LAS FUNCIONES DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA, EL OMBUDSMAN NACIONAL DE HOLANDA Y EL OMBUDSMAN EUROPEO

Estas instituciones, en los diferentes países, se crearon con la intención de garantizar a los ciudadanos el respeto constitucional a sus derechos y protección de sus garantías, investigar e informar en los casos de mala administración o mal comportamiento de la Administración. Sin embargo, su origen es un poco diferente:

- a. En Guatemala, el Procurador de los Derechos Humanos es Comisionado del Congreso de la República. Su figura como Procurador aparece en un momento de coyuntura de transición de regímenes autoritarios militares y un proceso de democratización bajo la supervisión de organismos internacionales. El Procurador de los Derechos Humanos representa para la población una piedra angular en la búsqueda de justicia debido a las herencias de los gobiernos militares violadores de derechos humanos.

En Holanda la figura del Ombudsman Nacional nace según modelos establecidos por países Nórdicos, tenidos principalmente a la preocupación de la Casa Baja del Parlamento por denuncias presentadas a instancia por comités. En Holanda, el Ombudsman cumple estrictamente el monitoreo o supervisión de la

administración pública debido al compromiso del gobierno hacia sus habitantes.

- b. La falta de credibilidad y conocimiento en los derechos de la población guatemalteca, creó un vacío entre los habitantes y el gobierno. Es por ello que el Procurador según la ley debe cumplir las funciones de promoción y educación considerando que un porcentaje de la población es analfabeto.

En Holanda existe específicamente un área para aspectos legales. El Ombudsman holandés no funge como educador, por tal razón una de las mayores preocupaciones es la de crear a través de los medios de comunicación una campaña de publicidad en diferentes sectores del país para brindar un concepto claro de la figura del Ombudsman en las mentes de los habitantes, y lograr un mayor protagonismo en el ámbito nacional.

- c. El Ombudsman Nacional empieza a realizar sus funciones oficialmente en 1982 oficialmente, cinco años antes que en Guatemala, sin embargo, la institución del Procurador de los Derechos Humanos se ha fortalecido entre la población porque ha orientado sus acciones a reparar el tejido social a través de actividades integradoras entre los grupos sociales diferentes, especialmente los más vulnerables como mujer y los pueblos indígenas. En el caso de Holanda, tendrá que fortalecer los nexos con la población para alcanzar una mayor presencia dentro de la población y obtener mayor credibilidad.
- d. Respecto del Ombudsman europeo, es importante mencionar que fue el resultado de la iniciativa española para la ciudadanía europea combinada con las propuestas danesas para mayor eficiencia en las instituciones de la Comunidad. La iniciativa española fue apoyada por Dinamarca donde la institución del Defensor del Pueblo

se respeta fuertemente. Según el artículo 6 del Estatuto, el Defensor del Pueblo será nombrado por el Parlamento europeo para un periodo de cinco años. Él tiene competencia sobre de las actividades administrativas de las cortes de la Comunidad.

CAPÍTULO 6

CONCLUSIONES

Por parte del Ombudsman Nacional de Holanda, la admisibilidad referida en la Ley del Ombudsman Nacional (NOA) menciona que “el Defensor del pueblo no es competente para investigar cualquier problema, al mismo tiempo que un cuerpo judicial lo hace, o suspender la investigación, sin embargo él es competente para aceptar cualquier queja e instituir una investigación sobre los problemas generales de la revisión judicial”.

Así, en la Ley del Ombudsman, la admisibilidad se refiere como “el Defensor del Pueblo tiene el poder discrecional para determinar la aceptación o rechazo de las quejas”.

En la Ley del Ombudsman Nacional de los Países Bajos, “Properness” (corrección) es la noción de la estado de derecho, basado en la corrección y el conocimiento. El Ombudsman Nacional determinará si la autoridad administrativa actuó propiamente o no en la materia bajo investigación. El juicio entonces, puede ser propio o no propio. La decisión se toma según los hallazgos. Para ambos Defensores del Pueblo el criterio de corrección descansa en la responsabilidad del gobierno de aplicar los principios de la Administración que estén prescritos en las constituciones.

En relación con el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, *corrección*, según artículos 153, 154 de la

Ley del Procurador, se refiere a que “las autoridades administrativas son para el servicio de las personas, y del estado, y no para un particular o un partido político”.

Tomando en cuenta que el marco legal de ambos Ombudsmen está prescrito en la Constitución, y que están influenciados por los conceptos escandinavos del Ombudsman, es relevante ver que siguieron la misma pauta para actuar hacia la administración, aunque hay una diferencia con respecto al fondo histórico y las circunstancias políticas y sociales que llevaron a su creación.

Es importante notar que hay una diferencia en la estructura de ambas instituciones que pueden convocarse de una manera más simple:

La demanda social en Guatemala ha guiado al Procurador a crear departamentos que coordinen secciones específicas de los aspectos individuales. En los Países Bajos, el Ombudsman Nacional tiene cuatro departamentos para tratar con quejas sobre la administración.

La institución del Procurador tiene más oficinas para presentar quejas, y una de las razones posibles sería porque sabemos que el Gobierno de Guatemala es muy débil, y no proporciona protección a los ciudadanos. La desconfianza de los ciudadanos hacia la administración, y la burocracia de la administración para encontrar una solución inmediata en casos como violencia doméstica (especialmente para las mujeres y niños), son factores adicionales.

Se entiende que estos problemas deben ser atendidos por el Estado, y no por el Procurador, pero en la práctica la demanda de la población ha aumentado debido a la credibilidad de la Institución, y por la cobertura de las Auxiliaturas Departamentales a lo largo de la República, para que la población tenga la oportunidad de presentar

quejas, considerando distancia, el transporte y factores de pobreza, entre otros.

En los Países Bajos, el Ombudsman y las municipalidades están separadas de la oficina central en Deen Haag (La Haya), y no hay ninguna integración todavía.

El criterio del Procurador de Guatemala descansa en los principios de la expectativa que el ciudadano tiene hacia el gobierno, pero también la forma en que el Procurador dirige su trabajo es muy importante considerando que las expectativas de las personas son más altas actualmente. La Procuraduría es una de las pocas instituciones con más alta credibilidad en el país.

Es importante comentar en esta conclusión que ambos Ombudsmen siguieron la misma línea para los procedimientos de investigación considerando que en ambos casos la línea de competencia o jurisdicción es la misma. La única diferencia en los campos es si la administración siguió las decisiones finales o no. Una diferencia relevante sobre esta materia se presenta en Guatemala, en donde uno de los problemas más criticado actualmente por algunas organizaciones de derechos humanos y medios de comunicación es la posibilidad que tienen las autoridades administrativas de apelar el juicio del Procurador ante la Corte Constitucional.

ANEXO I

Boletín de Prensa diciembre de 2001
Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala
Exige respetar derechos humanos del adulto mayor

Respeto absoluto al ciudadano adulto mayor, ya que constituye el grupo más vulnerable, discriminado y víctima de violación de sus derechos humanos, es requerido por el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, Doctor Julio Eduardo Arango Escobar, al conmemorar el Mes del Adulto Mayor creado por Decreto 288-90.

El Magistrado de Conciencia dijo que, a lo largo de la historia, las personas mayores, han contribuido al desarrollo del país como miembros de la familia y de la sociedad y por esa razón, nosotros no debemos olvidarnos que ellos han dejado en cada fase de sus vidas una contribución significativa al servicio de los otros.

Instó en general a la población y las instituciones para contribuir con el reconocimiento, valoración y respeto a los derechos humanos del adulto mayor, para que a través del cumplimiento de la Ley de Protección a las Personas mayores sea garantizado y promovido el derecho a una norma de vida adaptada en condiciones que les ofrezcan

educación y alimentación, vivienda, vestuario, la ayuda médica geriátrica y ayuda gerontológica.

En Guatemala, las personas mayores constituyen los 7,2% de la población total y constituyen uno de los grupos más vulnerables y discriminado en la participación con la sociedad y las violaciones de sus derechos humanos. Según las estadísticas, durante los próximos 20 o 25 años, los adultos mayores alcanzarán el 12% con implicaciones socio-económicas, políticas y culturales fuertes.

El Procurador trabaja en este campo con la “Defensoría del Adulto Mayor y Personas con retos especiales”, donde las personas individuales e instituciones pueden ir a emprender acciones que causen un cambio sustancial en el respeto a sus derechos.

ANEXO II

QUEJA INFORMAL

*Ombudsman Nacional de Holanda,
Un periodo largo de incertidumbre*

Tres familias, Beinen, Gerge y Mulder, viven cerca de una cantera de piedra (cal). Una noche de verano ellos son asustados por un tremendo golpe que parece una explosión. Ellos salen a ver qué está pasando. El área alrededor de la cantera está completamente roja debido a una nube grande de polvo. Los obreros en la cantera también son cubiertos con el polvo rojo. Debido a una explosión mucho polvo se había soltado y las familias estaban preocupadas porque podría ser ceniza la que estaba flotando. Los materiales venían en un silo el que, de acuerdo al permiso provinciano, contenía ceniza. El director les dice a las personas reunidas que no se trataba de ceniza, pero él no les dice que ese material salió luego de la explosión del silo y también los dejaron en la oscuridad y arriesgando la salud. El oficial de la provincia que llega para inspeccionar la materia no puede decirles qué material había escapado. Las familias se preocupan por lo que podría haber sido y envían una carta registrada a la provincia el 17 de julio de 2001. Después de dos meses las familias no habían recibido todavía ninguna

contestación, incluso ni una carta de acuse de recibo. Decidieron escribir una segunda carta y esta vez al Comisionado Real de la provincia. No hay ninguna contestación de nuevo. Sólo cuando el Sr. Beinen llama al Gabinete de Comisionado Real en nombre de todas las familias involucradas, ellos son informados de que su carta será contestada. Luego de más de un mes, reciben un acuse de recibo de su primera carta. Desde aquel momento el Sr. Beinen empieza a llamar al gabinete regularmente. Él no consigue ninguna respuesta clara, sin embargo, en diciembre él decide llamar para pedir ayuda del Ombudsman Nacional.

El Ombudsman Nacional toma la queja y contacta la provincia. Él pregunta por qué no se han contestado las cartas de Sr. Beinen todavía. Después de pocas semanas la carta esperada llega a la provincia y sus preguntas se contestan finalmente. En la carta la Provincia se disculpa por el retraso y aclara la situación. De esta información se pone claro que el material que se soltó debido a la explosión no era dañino y que no había riesgo de salud y no tienen por qué preocuparse. El Ombudsman Nacional cierra el expediente.

ANEXO III

BOLETÍN DE PRENSA No. 11/2002

El Defensor del Pueblo europeo

Defensor del pueblo presenta 2001 Informe Anual

9 de abril, 2002

El Defensor del Pueblo europeo, Sr. Jacob Söderman, presentó su Informe Anual 2001 al Comité de Peticiones del Parlamento Europeo el 8 abril. El informe da una apreciación global del trabajo del Defensor del pueblo en el año 2001 y resalta los resultados logrados para los ciudadanos de la Unión Europea.

Fue el 2001 el año más ocupado para el Sr. Söderman en sus siete años como Defensor del pueblo, con 1874 quejas recibidas. El Defensor del Pueblo abrió cuatro solicitudes de su propia iniciativa, hizo trece recomendaciones de proyecto a las instituciones de la Unión y envió dos informes especiales al Parlamento. Esta actividad no vino a expensas de un pronto y efectivo servicio- el término de tiempo tomado para completar una solicitud bajo de 316 días en el año 2000 a 289 días en el 2001. Los ciudadanos escogieron quejarse por e-mail con 34% de quejas recibidas esta manera, comparada a 24% en el 2000. Este aumento fue principalmente debido a la adición de un formulario en línea

al website del Defensor del Pueblo en abril 2001, facilitando a los ciudadanos a someter sus quejas.

En su informe, el Defensor del Pueblo resalta dos logros principales para los ciudadanos europeos en 2001. Primero, se adoptaron las nuevas reglas en el acceso a los documentos. Según Sr. Söderman: “si las instituciones guardan fe con el principio de franqueza al aplicar las nuevas reglas, promoverá significativamente la comprensión de los ciudadanos en el trabajo de las instituciones de la Unión Europea”.

Segundo, el Parlamento europeo adoptó el Código europeo de Buena Conducta Administrativa. La Carta Constitucional de la Unión Europea de Derechos Fundamentales proclamada en Nice en el año 2000 incluye como un derecho fundamental de ciudadanía el derecho a la buena administración. El Código explica en detalle lo que este derecho significa en la práctica. El Defensor del Pueblo publicó el Código recientemente como un folleto usuario-amigoso y ahora lo usa cuando examina las quejas sobre mala administración. Él expresó su desilusión, sin embargo, de que la Comisión todavía se niegue a avanzar con una propuesta para una ley administrativa europea, como el Parlamento le pidió que hiciera.

En el informe, el Sr. Söderman expresa su consternación a la actitud lenta de las instituciones para implementar la Carta Constitucional. Durante el último año, él ha examinado la libertad de expresión basada en los derechos extendidos en la Carta. Habiendo observado en las quejas sobre la edad, sexo y discriminación de la raza en las instituciones, el Sr. Soderman no se alegró con lo que encontró. “Muy a mi pesar, yo tengo que declarar ahora que... las instituciones que proclamaron la Carta constitucional no han mostrado todavía seriedad para ponerla en práctica”, concluyó en el prólogo de su Informe Anual.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de la República de Guatemala.

Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso y del Procurador de los Derechos Humanos.

Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Procuraduría de los Derechos Humanos.

Manual de Calificación de Hechos Violatorios de los Derechos Humanos, elaborado UNESCO para la PDH.

Administrative Law in a Comparative Perspective. Dr. G.H. Addink, Dr. A.J. Bok, 2002.

Informe Anual del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, año 2000.

Buena gobernabilidad. Un Acercamiento esquemático. Documento elaborado por Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, Prof. Facultad de Universidad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

El Ombudsman Nacional de los Países Bajos - e-mail bureau@nationaleombudsman.nl.

El Defensor del pueblo europeo www.euroombudsman.eu.int.

El Procurador de los Derechos Humanos. website s: www.derechos.org/nizkor/gutemala/pdh/.

El criterio para la evaluación de las quejas en el Ombudsman Holandés, el Ombudsman Europeo y el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras en una perspectiva comparativa

Abencio Fernández

Índice

INTRODUCCIÓN	252
CAPÍTULO 1	
LA COMPETENCIA DEL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN HONDURAS Y LA ADMISIBILIDAD DE LAS QUEJAS	252
1.1 Funciones	253
1.2 Relación entre las funciones del Comisionado de los Derechos Humanos y las quejas	254
1.2.1 La admisibilidad de las quejas.....	254
1.2.2 Casos en los que el Comisionado de los Derechos Humanos debe rechazar una queja	257

CAPÍTULO 2

EL CRITERIO USADO POR EL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA INVESTIGACIÓN DE LAS QUEJAS258

2.1 Los criterios usados por el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en casos de corrupción de las autoridades260

CAPÍTULO 3

LOS CRITERIOS USADOS POR EL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA LA EVALUACIÓN DE LAS QUEJAS261

CAPÍTULO 4

LOS CRITERIOS USADOS POR EL OMBUDSMAN EN HOLANDA EN LA EVALUACION DE LAS QUEJAS263

4.1 Competencia del Ombudsman holandés263

4.2 Los principios de *buen gobierno* o de *administración apropiada*267

CAPÍTULO 5

LOS PRINCIPIOS DE *PROPERNESS* O *BUEN GOBIERNO*.....267

CAPÍTULO 6

LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL OMBUDSMAN EUROPEO PARA LA EVALUACIÓN DE LAS QUEJAS270

CAPÍTULO 7

EL CÓDIGO DE BUENA CONDUCTA ADMINISTRATIVA273

CAPÍTULO 8

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS
CRITERIOS UTILIZADOS POR EL OMBUDSMAN
EN HONDURAS, HOLANDA Y EL OMBUDSMAN
EUROPEO274

ANEXO:

Informe con recomendaciones278

INTRODUCCIÓN

Durante mi estancia en la Universidad de Utrecht, Holanda, tomando el curso de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental en una perspectiva comparada, durante los meses de enero a mayo del 2002, realicé un trabajo de investigación titulado LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL OMBUDSMAN PARA LA EVALUACION DE LAS QUEJAS. Este trabajo de investigación, trata sobre los criterios utilizados por el Ombudsman tanto en Honduras y Holanda, como por el Ombudsman Europeo, para evaluar si un caso presentado ante sus oficinas por los ciudadanos puede ser tomado como una queja que ha de ser investigada por la institución. Así pues lo que he hecho es ver cuáles son estos criterios, desde una perspectiva comparada, a fin de establecer similitudes y diferencias, además de presentar algunas conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO 1

LA COMPETENCIA DEL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN HONDURAS Y LA ADMISIBILIDAD DE LAS QUEJAS

Al hablar sobre este tema, primero que nada debemos explicar cuál es la competencia del Ombudsman en Honduras y definir sus atribuciones. Después veremos la admisibilidad de las quejas, los criterios usados por el Ombudsman en la investigación de las quejas y al final la evaluación de estas quejas y el criterio usado por el Ombudsman para ver la relación entre el criterio usado por el Ombudsman y todo el proceso de las quejas.

1.1 FUNCIONES

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en Honduras, es una institución nacional. Esto significa que es competente en todo el territorio hondureño y está establecido para garantizar los derechos y libertades reconocidas en la Constitución de la República, éstos son los derechos civiles y los derechos económico, sociales y culturales, garantizados además por los convenios y tratados ratificados por Honduras en torno a los derechos humanos.

En razón de este mandato el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos tiene las siguientes funciones de acuerdo al artículo 9 de la Ley Orgánica :

- Vigilar por el cumplimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las convenciones firmadas por Honduras.
- Dar atención inmediatamente a las denuncias de violaciones a los derechos humanos. Esto significa que el Ombudsman en Honduras está obligado a recibir e investigar y finalmente hacer recomendaciones a las autoridades civiles y militares que han cometido violaciones a los derechos humanos.
- Pedir a cualquier autoridad, Poder (Ejecutivo, Judicial o Legislativo) organización o institución, información acerca de violaciones a derechos humanos.
- Vigilar los actos y las resoluciones de la Administración Pública.
- Presentar ante las autoridades nacionales, las observaciones, recomendaciones y sugerencias, para el cumplimiento de las leyes del país.

- Hacer y desarrollar programas de prevención y difusión de los derechos humanos, en el campo político, judicial, económico, educación y cultura.
- Coordinar con las organizaciones nacionales e internacionales, las medidas relativas a la protección de los derechos humanos en Honduras.

1.2 RELACIÓN ENTRE LAS FUNCIONES DEL COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS QUEJAS

Estas funciones anteriormente mencionadas tienen relación con las quejas desde el momento en que se conceptualiza que la principal actividad del Comisionado es la investigación de las violaciones a los derechos humanos. La presentación de quejas en este sentido, debe ser atendida por el Comisionado para poner remedio a los efectos de estas violaciones y para su prevención.

1.2.1 La admisibilidad de las quejas

Los criterios usados por el Comisionado para la admisibilidad de las quejas son los siguientes:

- a) Las quejas deben ser contra un acto de la autoridad que viola los derechos humanos, lo cual significa que las actuaciones personales o particulares no pueden ser tomadas como una violación a los derechos humanos. Esto es muy importante de tener en cuenta, porque determinará si un acto es o no es admisible como queja.
- b) El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos deberá rechazar las quejas si el quejoso no ha terminado el procedimiento administrativo, o el proceso de la queja pudo dañar derechos legales de terceras personas.

- c) El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos debe rechazar las quejas cuando éstas se refieran a un caso que está pendiente de una decisión judicial. Asimismo, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos debe suspender la investigación si alguien interpone un recurso o demanda ante el Poder Judicial.
- d) Otro criterio que debe ser tomado en cuenta es que si un acto de un servidor público puede ser tomado como un delito, el Comisionado debe enviar el caso a la autoridad competente como la Fiscalía General del Estado.

La relación entre los criterios de admisión de las quejas y el Poder Judicial:

Como se señaló anteriormente, el asunto de la queja no debe estar pendiente de una resolución judicial. Con la implementación de estos criterios se pretende evitar que un mismo asunto esté bajo la tutela del Comisionado y del Poder Judicial, porque existe la posibilidad de producir resultados contradictorios en ambas instancias.

Además, tomando en consideración que las decisiones o resoluciones judiciales tienen efectos obligatorios, no sería lógico permitir que ambas instituciones tomen paralelamente decisiones o resoluciones sobre un mismo asunto. Estos criterios de admisibilidad están implícitamente en la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, porque en esta ley se establece que el Comisionado no tiene la competencia para modificar o reformar las decisiones judiciales.

La certeza de la existencia o no de un caso pendiente de una decisión judicial respecto al asunto de la queja, puede ser difícil, porque es sobre información que está en manos de parte interesada. En ese caso podría ser considerada la posibilidad de tener un formulario en el cual el quejoso

pueda informar que no hay un caso con el mismo objeto de la queja en el Poder Judicial.

Si una petición no es admisible por estar siendo conocida en el Poder Judicial, por ser un asunto criminal, esta sí puede ser investigada en el sentido de establecer cuál es la conducta de la administración pública que se puede corregir para evitar que se vuelva a cometer una violación a los derechos de los particulares.

Cuando una cuestión está pendiente de resolución judicial, el Comisionado puede admitir e investigar si hay una delación en las cuestiones procedimentales y en este caso la obligación del Comisionado es señalar las causas de la delación o dar una opinión acerca de la ineficiencia del Poder Judicial en ese caso en particular, porque en esta situación el Poder Judicial es una oficina pública como cualquier otra.

Hay otra situación en la cual el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos puede intervenir con respecto al Poder Judicial: esto es cuando una persona obtiene una sentencia judicial a su favor pero ni el Poder Judicial ni las autoridades administrativas hacen algo para obtener su ejecución. Esta situación puede ser vista como una denegación de justicia y el Comisionado puede intervenir porque no está atacando la sentencia, él solo está pidiendo a las autoridades que trabajen eficientemente, ejecutando lo que la sentencia dicta.

Otro de los criterios que el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos usa para admitir una queja, es que el quejoso debe utilizar todos los recursos que la ley interna le permite para defender sus derechos. Esto es así porque el quejoso, ante cualquier violación a sus derechos por parte de las autoridades, puede interponer un recurso ante esta autoridad para que rectifique sus decisiones. Solo si la violación se mantiene después de haber elevado el recurso

correspondiente, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos puede intervenir.

También el Comisionado puede intervenir cuando:

- a) El ciudadano no ha tenido la oportunidad de interponer el recurso ante la autoridad correspondiente porque ésta no se lo ha permitido.
- b) Cuando el ciudadano ha usado los recursos, pero éstos no han tenido una respuesta positiva dentro del tiempo límite que tiene la autoridad para responderle.
- c) En caso de que la violación a los derechos humanos fuese tan grave y urgente que no fuera necesaria la interposición de un recurso ante las autoridades. Esto implica que el Comisionado debe tomar en cuenta la lógica, conveniencia, razonabilidad y proporcionalidad del hecho, pues si rechaza una queja sin tomar en cuenta estos aspectos que son propios de una justa valoración de los intereses inherentes al caso entonces estaría cayendo en una nueva violación a los derechos del ciudadano.

1.2.2 Casos en los que el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos debe rechazar una queja

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos debe rechazar la queja en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando la queja que se ha interpuesto no tiene fundamento en hechos verdaderos que la sustenten. Sin embargo si en la investigaciones preliminares se determina que en efecto se dieron los hechos, la queja puede ser admitida.
- b) En el caso que una queja no puede ser fundamentada legalmente, es decir que los hechos denunciados como queja tiene permisividad legal, entonces el Comisionado no podrá admitir la queja.

- c) Es importante señalar que el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos debe corroborar las pretensiones del quejoso, a la luz de los lineamientos de admisibilidad que establece la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. Esto no quiere decir que la investigación de temas especiales como sistema carcelario, situación de las mujeres, etc... no pueda ser investigado por el Comisionado, sino de hecho puede comenzarse esta investigación de temas especiales sin necesidad de una queja puntual y dar el trámite correspondiente. El Comisionado puede investigar casos de los particulares, temas especiales y a instituciones del Estado en sus actividades y su manera de desenvolverse. Esto también implica que cuando el Comisionado recibe muchas quejas respecto a un tema, puede convertirlo en un tema especial de investigación.

CAPÍTULO 2

EL CRITERIO USADO POR EL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA INVESTIGACIÓN DE LAS QUEJAS

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos tiene competencia con respecto a las arbitrariedades e ineficiencias, errores inexcusables y dilación de las autoridades y cuando recibe quejas respecto a la violación del derecho del ciudadano a interponer peticiones y recursos frente a las autoridades. En virtud de lo citado, en muchos de estos casos el Comisionado puede usar métodos alternativos o acciones no formales sin seguir necesariamente el procedimiento establecido en su Ley Orgánica.

Estos métodos alternativos son:

- Entrevistas personales o telefónicas, con el funcionario que se supone responsable de la violación a algún derecho del quejoso.

- Intercambio de cartas u oficios entre la autoridad denunciada y el Comisionado.

El usar estos métodos de investigación alternativos, puede tener dos consecuencias :

- Pueden conseguirse resultados inmediatos en la investigación y se puede resolver el problema del quejoso mediante esta labor de intermediación, o se puede determinar que el caso no califica como violación a los derechos humanos.
- El usar métodos alternativos puede ser que no rinda efectos, por lo que el Comisionado debe darle el procedimiento normal a la queja.

En cualquier caso el uso de métodos alternativos debe llevarse a cabo en el menor tiempo posible desde que la queja es recibida. Para conseguir ésto debe establecerse un límite de tiempo prudencial para realizar este tipo de gestiones y así lograr resultados con celeridad. Es pues necesario la utilización de métodos alternativos y procedimientos normales fijados por la ley para conseguir mejores resultados en las investigaciones.

Existe un criterio en relación a los métodos alternativos y este es que todas las acciones comprendidas en la utilización de los métodos alternativos deben constar por escrito en el expediente de la queja, especificando los siguientes ítems: a) nombre del empleado del Comisionado que hizo la acción; b) nombre del servidor público con el cual el Comisionado tuvo la interacción; c) en qué consistió la acción y el resultado de la misma y d) los compromisos a que se llegó y el término establecido para su cumplimiento.

2.1 LOS CRITERIOS USADOS POR EL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN DE LAS AUTORIDADES

En el Reporte Anual de 1997 del Ombudsman europeo, se define la *Mala Administración* (entre la que figura la corrupción) de la siguiente forma: “cuando una autoridad en una acción de su competencia falla en la implementación a un principio al cual está obligado”.

Si queremos aplicar el concepto arriba establecido en cuanto al trabajo del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, hay que dirigirse al artículo 16 de la Ley Orgánica del Comisionado, el cual establece “Que el Comisionado investigará casos en los cuales las acciones de las autoridades sean arbitrarias, abusivas, defectuosas, negligentes e ilegales”. Esto puede ser ejemplificado mediante el caso del *Informe Especial del Comisionado respecto al Poder Judicial*, que se hizo en base a quejas sobre la existencia de corrupción en la Corte Suprema de Justicia. Algunas veces esta corrupción administrativa se manifiesta en aquellos casos en los cuales la administración toma decisiones o resoluciones que afectan a los particulares, sin haberseles escuchado, por lo que el Comisionado interviene.

Otra forma de corrupción o mala administración es cuando se da dilación a veces exagerada en la resolución de un caso o a la petición de un ciudadano, o cuando habiéndose tomado la resolución se da la dilación en su cumplimiento por la autoridad competente, por lo que se toma como una negligencia por parte de la administración y el Comisionado puede intervenir.

CAPÍTULO 3

LOS CRITERIOS USADOS POR EL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA LA EVALUACIÓN DE LAS QUEJAS

Para tratar este tema debemos hacer algunos llamados de atención con respecto a lo siguiente:

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos ha desarrollado una *tipología de violaciones a los derechos humanos* y ésta se refiere básicamente a violaciones a derechos fundamentales. Cuando estas violaciones son constitutivas de delitos se procede a trasladar el caso a la Fiscalía General del Estado, sin embargo lo que se debe hacer en todos los casos es tomar los criterios del artículo 16 de la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, para evaluar si las actividades de las autoridades son o no son violaciones a derechos humanos.

Estos criterios de evaluación de las quejas por el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos se toman en cuenta, pero no con la frecuencia que desearíamos, pues generalmente solo se considera la legalidad o ilegalidad de la acción de la autoridad. Esto ha determinado que el Comisionado no haya desarrollado suficientemente los criterios de arbitrariedad, defectuosidad o negligencia en las actuaciones de las autoridades. Por ejemplo cuando se recibe una queja sobre alguna arbitrariedad ésta se toma como un abuso de autoridad, pero en su connotación criminal y en las recomendaciones que se hacen se sugiere su sanción penal, pero muy poco sobre las medidas que se deben tomar en orden a la prevención de este tipo de mal comportamiento de las autoridades y el desarrollo de mejores estrategias para el mejor tratamiento a los ciudadanos por parte de las autoridades.

Quizás la solución más viable sería que el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, desarrollara en sus

recomendaciones los criterios de arbitrariedad, negligencia, legalidad, efectividad, para poder establecer las características que no se desea que la administración o las autoridades tengan en su relación con los ciudadanos, es decir *principios de buen gobierno* como los utilizados por el Ombudsman holandés y el Ombudsman europeo.

Lo anterior crearía un nuevo estilo de control de las actividades del gobierno y sus actividades administrativas, porque el Comisionado podría señalar a las autoridades los *principios de buen gobierno* que podrían implementar para estar más de acuerdo con el artículo 19 de la Ley General de Administración Pública que establece que la Administración Pública debe ser económica, eficiente y rápida. Esto obviamente crearía un mejor control y educación de los servidores públicos y de sus actividades.

Es muy importante dejar señalado que estos *principios de buen gobierno* se pueden encontrar en la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos y pueden servir de base para la implementación de una reforma de la Ley General de Administración Pública que contenga los siguientes.

- a) *Principio de una cuidadosa preparación*: la Ley Orgánica del Comisionado toma en cuenta este principio pues la investigación de las quejas implica que el Comisionado debe considerar toda la información concerniente al caso y sobre los hechos relevantes del mismo. Además debe tomar en consideración los intereses de las partes involucradas antes de dar una buena respuesta al quejoso.
- b) *Asistencia y representación*: este principio puede ser encontrado en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, cuando establece que el quejoso que se encuentra en un hospital psiquiátrico puede ser asistido por un representante.

- c) *Deber de escuchar al ciudadano*: este principio está contemplado en el artículo 28 de la Ley Orgánica que establece que una vez que se ha admitido la queja el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos deberá informar a la institución denunciada sobre la queja para que ésta brinde su explicación sobre los hechos, es decir que tenga garantizado su derecho a ser escuchada.
- d) *Deber de dar razones*: este principio de buen gobierno está contemplado en la Ley Orgánica del Comisionado en el artículo 25 que señala que el Comisionado registrará las quejas y acusará recibo de las mismas, tramitándolas o rechazándolas según fuere el caso y si se rechaza, dicha resolución se hará por escrito informando al quejoso de las acciones que puede ejercitar por su parte.
- e) *Deber de redireccionar*: este deber está especificado también en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Comisionado en donde se establece que se debe informar al quejoso sobre las acciones que puede ejercitar. Esto obviamente se da cuando se le manda a determinada institución a realizar gestiones relacionadas con su caso.
- e) *Publicación* : Este principio de buen gobierno se expresa en el deber que tiene el Comisionado de publicar los informes que presenta al Congreso Nacional sobre la situación de los derechos humanos en el país.

CAPÍTULO 4

LOS CRITERIOS USADOS POR EL OMBUDSMAN EN HOLANDA EN LA EVALUACIÓN DE LAS QUEJAS

4.1 COMPETENCIA DEL OMBUDSMAN HOLANDÉS

En el artículo 26 de la Ley del Ombudsman Nacional holandés se establece que el Ombudsman deberá determinar

si las autoridades han actuado en forma apropiada o no en el desempeño de sus funciones. De lo anterior podemos ver que se pueden dar dos tipos de relación entre los ciudadanos y las autoridades. Estas son:

- a) Una relación legal: La ley regula y establece formas mínimas en que las autoridades actúan, de esta manera los productos de dicha acción asumen una forma legal, si lo vemos desde este punto de vista podemos decir que ello implica que las acciones ejecutivas del gobierno involucran el cumplimiento de la ley.
- b) Aunque no todas las relaciones con los ciudadanos implican una regulación de la ley o tienen consecuencias legales, esto quiere decir que las acciones de las autoridades con respecto a los ciudadanos es un asunto que se refiere a la manera en que el gobierno trata a los miembros del público y tiene que ver con el manejo de las instituciones gubernamentales.

Basados en estos dos aspectos de la relación del gobierno con los ciudadanos, el standard establecido en el artículo 26 de la Ley Nacional del Ombudsman ha desarrollado un sistema para la elaboración de criterios para la evaluación de las quejas sobre las acciones o actividades de las instituciones gubernamentales. Esto es muy importante por las siguientes razones:

- Los criterios forman la base para los razonamientos que han de ser usados en los informes en los cuales se ha de establecer si la conducta investigada fue propia o impropia. Estos criterios deben ser usados como un “check list”.
- Los criterios son también relevantes en aspectos educativos del trabajo del Ombudsman los cuales deben ser añadidos en el Informe Anual.

Los criterios usados por el Ombudsman en la evaluación de las quejas caen en dos grupos: el primero está inmerso en

la noción del imperio de la ley o los requerimientos que los actos del gobierno deben llenar de acuerdo a las leyes escritas que expresan la voluntad del Parlamento, y el segundo se refiere a los *principios de buen gobierno* no escritos en la ley.

Si una conducta en particular del gobierno está en conflicto con los principios no escritos o con los estatutos legales, esto determina que se tome como una conducta que no es apropiada (*properness*). De acuerdo con esto el Ombudsman holandés revisa las actividades gubernamentales a la luz de las provisiones establecidas en el derecho escrito y cómo estas provisiones están relacionadas con los derechos humanos, derechos constitucionales, definiciones de competencia, provisiones gubernamentales y formas de procedimiento y sustancia. Así también el Ombudsman toma en cuenta principios no escritos que son igualmente relevantes para la toma de una decisión administrativa que permita cumplir con lo preestablecido en la ley.

Ejemplos de estos criterios standard que pueden ser relevantes para tomar esas decisiones administrativas son los siguientes: principio de igualdad, principio de razonabilidad, de proporcionalidad, principio de certeza legal y el de esperanza legítima, además del requerimiento de dar buenas razones y tener el debido cuidado al momento de tomar una resolución o decisión administrativa.

Existe otro grupo de criterios que deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar las quejas. Son aquellos que sirven como principios guías del buen gobierno para establecer la propiedad con que el funcionario actúa. Esto le da una connotación más amplia al concepto del *debido cuidado* que se ha de observar en la relación entre las autoridades y los particulares.

Lo anterior incluye el requerimiento de que la autoridad debe actuar sin dilación, debe suplir al individuo con

información relevante y escuchar su punto de vista para que el ciudadano sea tratado justa y dignamente.

Finalmente se establecen criterios para la organización gubernamental, es decir criterios para el monitoreo del progreso de las actividades gubernamentales, protección de los individuos, privacidad, accesibilidad de las autoridades y adecuadas instalaciones institucionales, celdas policiales por ejemplo.

El Ombudsman holandés aplica estos criterios en las deliberaciones que lo han de llevar a tomar su decisión final sobre la propiedad o no de la conducta investigada. Para todos los informes y para los casos en los cuales se han concluido usando la intermediación, se hace un registro de cuáles criterios se han usado o se han aplicado, y a partir de este registro se debe hacer una base de datos que debe ser alimentada con los casos que se reciban, la cual puede ser usada a nivel interno en el Ombudsman holandés y puede ser consultada vía internet.

La información computarizada puede dar pistas de cómo será el informe anual, además de qué tipo de quejas se han dado más en los últimos años. Finalmente las estadísticas pueden formar la base para la comparación entre las diferentes autoridades administrativas o para monitorear el record de una autoridad determinada dentro de un cierto período de tiempo. Es pues así que los criterios para la evaluación de las quejas son importantes herramientas en los temas que el Ombudsman ha investigado.

Debido a que se ha hecho referencia sobre los principios de *buen gobierno*, se debe presentar una definición de cuáles son estos principios.

4.2 LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO O DE ADMINISTRACIÓN APROPIADA

Estos son principios no escritos que sirven como criterios legales para ser aplicados a todos los actos y todas las actividades de la administración, bajo el rango de los *principios de administración apropiada*.

Estos principios son :

- Prohibición de abuso del poder
- Prohibición de arbitrariedad
- Debido cuidado
- Justo juego
- Certeza legal
- Proporcionalidad

Además de los principios de *administración apropiada* hay reglas éticas que regulan el comportamiento personal de los servidores públicos hacia los ciudadanos. Estas reglas están relacionadas con la forma en que se trata a los ciudadanos por parte de los empleados públicos. Dicho trato puede ser correcto o incorrecto, por ejemplo, si un servidor público trata descortésmente a un ciudadano cuando éste concurre a interponer una solicitud o un recurso, entonces este comportamiento puede ser investigado por el Ombudsman holandés, porque se considera una violación a las reglas éticas que están conectadas con los principios de *administración apropiada*.

CAPÍTULO 5

LOS PRINCIPIOS DE PROPERNESS O BUEN GOBIERNO

Los principios de *properness* se encuentran en la Ley General de Administración Pública (GALA), pero otros han

sido desarrollados a través de casos concretos y doctrina legal, así como también a través de la práctica en la Administración Pública.

Estos principios son los siguientes:

- a) *Principio de legalidad*: este principio opera de la siguiente manera: todos los funcionarios tienen sus funciones y atribuciones fijadas previamente en la ley y son responsables de sus actuaciones en el ejercicio de su cargo ante ésta: deben estar bajo la ley y nunca superiores a ésta.
- b) *Principio de prohibición de abuso de poder*: ningún funcionario público puede usar su poder con un propósito distinto al que le ha fijado previamente la Ley. Artículo 3:3 de la GALA.
- c) *Principio de prohibición de la arbitrariedad*: la Administración Pública en sus actos, decisiones y resoluciones, debe previamente hacer un balance de los intereses de los particulares o de las partes interesadas en un asunto sometido a su competencia, para que dichas resoluciones o decisiones sean las más justas posibles.
- d) *Principio de diligencia o cuidado*: las decisiones, resoluciones y actos de la Administración Pública, deben tomarse después de haberse recopilado toda la información pertinente al caso que está siendo dirimido en las instituciones u órganos de la administración.
- e) *Principio de justificación o de dar buenas razones*: la Administración Pública debe dar buenas razones, muy bien explicadas y sustentadas, para realizar sus actos, decisiones o resoluciones. En estas debe establecerse claramente sin ninguna ambigüedad cuáles son los derechos de los ciudadanos, qué prohibiciones tienen y cómo pueden interponer recursos ante ese órgano de la Administración en caso de no estar de acuerdo con sus resoluciones.

- f) *Principio de fair play o juego justo*: este principio está establecido en el artículo 2: 4 de GALAy significa que la Administración Pública en sus actuaciones debe proceder sin prejuicios. Además implica que cuando un empleado de la Administración Pública tiene intereses en un caso concreto que está siendo conocido por la administración, éste no influirá en las decisiones que tome aquella.
- g) *Principio de certeza legal*: los actos y decisiones de la Administración Pública deben ser claros y no pueden ir contra los intereses de los particulares con carácter retroactivo.
- h) *Principio de igualdad*: este principio significa que los casos iguales deben tratarse de manera igual, artículo 1º. de la Constitución holandesa.

Además de estos criterios o principios de *buen gobierno* o *properness*, el Ombudsman holandés debe tomar en cuenta los sub-criterios del *debido cuidado*, es decir :

- La prontitud: la Administración Pública está obligada a dar respuesta pronta y oportuna a las solicitudes hechas por los ciudadanos.
- Organización administrativa adecuada: esto implica que las instituciones y órganos administrativos deben contar con un nivel organizativo de alto nivel, de tal manera que el ciudadano no se pierda en el trámite burocrático, más bien se debe garantizar la agilidad y efectividad del aparato administrativo.
- Instalaciones adecuadas: las instalaciones físicas de las instituciones de la administración pública deben ser óptimas, es decir deben reunir los requisitos de amplitud, acomodación, higiene, iluminación, ventilación, para que presten un buen servicio a los ciudadanos que las visitan.
- Trato apropiado y cortés a los ciudadanos: implica que los funcionarios de la Administración Pública en Holanda

deben de tratar a los ciudadanos que acuden ante ellos con respeto, cortesía y consideración.

- Protección a la privacidad: en la medida de lo posible las autoridades deben garantizar la privacidad de los ciudadanos que ventilan sus asuntos en las instituciones del Estado, de tal manera que su derecho a su propia imagen sea garantizado.

Estos son pues el conjunto de los *principios de properness* que el Ombudsman holandés debe tomar en cuenta en los casos concretos denunciado ante sus oficinas. Si después de la investigación pertinente se determina que estos principios no han sido respetados u observados, entonces procederá a realizar un Informe con Recomendaciones en el cual puntualizará medidas concretas para prevenir que ese tipo de actuaciones se sigan dando y de esta manera refrendar la vigencia de los *principios del buen gobierno*, así como también corregir los vicios y errores de la administración pública y evitar su repetición en el futuro.

CAPÍTULO 6

LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL OMBUDSMAN EUROPEO PARA LA EVALUACIÓN DE LAS QUEJAS

Antes de empezar a escribir sobre los criterios utilizados por el Ombudsman europeo para la evaluación de las quejas, es bueno hacer un apartado del tema para explicar los orígenes, competencia y facultades del Ombudsman europeo.

El Ombudsman europeo tuvo su origen en el Tratado de Maastricht, en el año de 1992, como resultado de una propuesta del gobierno danés. Inició sus actuaciones en el año de 1995.

El ámbito de competencia del Ombudsman europeo es la investigación de casos de *mala administración* de los asuntos públicos, por lo que es importante definir qué se entiende por *mala administración*, término definido en el Informe Anual del Ombudsman europeo del año de 1997, en el cual se establece que *mala administración* “es cuando una institución realiza actos sin tomar en cuenta principios los cuáles está obligado a seguir”.

Para comprender mejor este término es necesario hacer referencia al concepto de *buena administración*, el cual aparece definido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la forma siguiente:

Toda persona tiene derecho a que sus asuntos sean manejados de forma imparcial, justa y dentro de un término razonable por parte de las instituciones de la Unión Europea y este derecho incluye el derecho a ser oído ante cualquier medida de la administración que pueda ser adversa al ciudadano, derecho a tener acceso a los expedientes o documentos sobre un caso en particular y que afecte al interesado y obligación de las instituciones a dar buenas razones en las resoluciones, decisiones u órdenes de las instituciones de la Unión Europea.

¿Quiénes pueden acudir al ombudsman europeo a interponer una queja?

Según el artículo 2 del Estatuto del Ombudsman europeo, pueden interponer queja ante ese organismo todas las personas naturales o jurídicas que residen o que tienen oficinas registradas en cualquier Estado miembro de la Unión Europea. Pueden hacerlo directamente o a través de un representante del Parlamento.

¿Cuáles son los organismos o instituciones de la Unión Europea que pueden ser objeto de una queja?

Puede interponerse quejas contra todos aquellos organismos de carácter regional de la Unión Europea, como

por ejemplo la Comisión Europea, el Concilio Europeo, el Parlamento Europeo, la Corte de Auditoría, el Comité Económico Social, la Corte de Justicia Europea, etc.

¿Cuáles son las excepciones a la presentación de quejas ante el Ombudsman europeo?

El Ombudsman europeo no puede investigar casos que tengan que ver con actividades del Parlamento y su administración. Asimismo no puede investigar casos que estén pendientes de resolución judicial en la Corte Europea de Justicia, así como en cortes de primera instancia.

¿Cuáles son las facultades o poderes de los cuáles está investido el Ombudsman europeo?

- Puede solicitar a las instituciones u órganos de la Unión Europea, todo tipo de documentos e información que tenga bien a examinar para la investigación de una queja.
- Puede solicitar declaraciones a los funcionarios que son investigados por una queja presentada en su contra, así como también pedir un Informe sobre el contenido de la queja.
- Puede hacer estudios especializados relativos a los hechos de la queja que se ha presentado, contando con presupuesto para este tipo de estudios.
- Puede llegar a soluciones amistosas entre las instituciones de la Unión Europea y los quejosos. Si se llega a este tipo de solución entonces puede cerrar el caso.
- En caso de no llegarse a una solución amistosa, el Ombudsman europeo realizará un Informe con Recomendaciones, en el cual señalará el principio que se ha violado y luego indicará los remedios del caso concreto, así como también las posibles medidas que pueden servir para prevenir ese tipo de violación en el futuro.

CAPÍTULO 7

EL CÓDIGO DE BUENA CONDUCTA ADMINISTRATIVA

Para la evaluación de las quejas y su consiguiente Informe con Recomendaciones el Ombudsman europeo ha tomado el *Código de Buena Conducta* que entró en vigencia el 6 de septiembre del año 2001 y que es de carácter obligatorio para todas las instituciones y órganos de la Unión Europea. En este Código se nominan y definen claramente los principios del *buen gobierno o properness*, por lo que el Ombudsman cuando recibe una queja y la investiga, al momento de determinar si los hechos de la misma fueron violatorios o no lo que hace es valorar si esa conducta del funcionario o de la institución puede ser subsumida como violación a uno de los *principios de buena conducta administrativa*. Si la conducta no concuerda con el principio, entonces se puede afirmar que sí han sido violados y por tanto amerita un Informe con Recomendaciones.

Este código de Buena Conducta desarrolla los siguientes *principios del buen gobierno*:

- Ausencia de discriminación
- Legalidad
- Proporcionalidad
- Ausencia de abuso de poder
- Imparcialidad e independencia
- Objetividad
- Legítima esperanza
- Justicia
- Cortesía
- Respuesta a cartas en el lenguaje del ciudadano

- Notificación de recibo de documentos e indicación del oficial competente
- Derecho a ser escuchado
- Obligación de transferir a la autoridad competente
- Tiempo razonable – tiempo límite para tomar decisiones
- Deber de establecer las bases de las decisiones
- Indicación de las posibilidades de apelación
- Notificación de la decisión
- Protección de archivos
- Petición de información
- Petición de acceso a documentos públicos
- Publicidad para el Código

CAPÍTULO 8

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL OMBUDSMAN EN HONDURAS, HOLANDA Y EL OMBUDSMAN EUROPEO

A nivel práctico es mejor para este trabajo hacer el análisis comparativo entre el Ombudsman holandés y el Ombudsman europeo, pues al establecer cuáles son sus similitudes y diferencias, podré puntualizar en forma más ordenada las similitudes y diferencias de ambos con los criterios utilizados por el Ombudsman hondureño.

Ante todo es bueno establecer que los criterios utilizados tanto por el Ombudsman holandés y el Ombudsman europeo, son los *principios del buen gobierno*, los cuales en esencia son los mismos que están comprendidos en el concepto de *properness* así como también en el código de Buena

Conducta de los funcionarios. Quizás lo único que cambia es la forma como se denominan (ejemplo: *principio de dar buenas razones* en uno y *deber de establecer las bases o razones de las decisiones* en otro).

Ambos Ombudsman evalúan los casos concretos (denuncias o quejas) teniendo como líneas – guías estos principio, que tienen la finalidad de determinar si la conducta de una institución o funcionario se ajusta o no a ellos y dependiendo de esto se verá la conveniencia de realizar o no un Informe con Recomendaciones.

La diferencia en este asunto de los criterios es que el Ombudsman holandés los tiene plasmados en lugares dispersos de su legislación como la GALAy la Constitución, además que muchos de los principios se han venido desarrollando como consecuencia de la práctica administrativa o a consecuencia de casos concretos en los tribunales contenciosos administrativos o en doctrina legal, mientras que el Ombudsman europeo tiene los principios o criterios claramente nominados y definidos en el Código de Buena Conducta Administrativa, que le permite a niveles prácticos una mejor ubicación de los hechos de la queja para evaluarla y decidir si esos hechos son violatorios o no de los derechos humanos.

Se podría decir que en el caso del Ombudsman de Honduras, éste tiene una similitud con el Ombudsman europeo en el sentido de que tiene claramente establecidos, o al menos nominados, cuáles son los criterios para evaluar las quejas aunque no los tiene específicamente definidos como lo hace el Código de Buena Conducta Administrativa, utilizado por el Ombudsman europeo como línea–guía para la evaluación o determinación de si un caso es violatorio o no de los derechos humanos.

Otra gran diferencia es que a nivel práctico lo que se ha hecho es que se ha venido usando la *tipología de violaciones a derechos humanos*, centrándose más que todo en las violaciones a derechos civiles y políticos, como violación al derecho a la vida, a la integridad física y moral, al derecho a la libertad, etc.... Esto probablemente condicionado por el hecho de que en Honduras, todavía la mayor parte de las denuncias o quejas recibidas por el Comisionado tiene que ver con este tipo de violaciones cometidas por la Policía y en menor grado por el Ejército. Es por ello que a pesar de que el artículo 16 establece claramente cuáles deben ser los criterios a usarse para la evaluación de las quejas, estos no se usan. Únicamente se cita el artículo cuando se hace el auto de admisibilidad en el expediente de la queja, pero no se subsumen los hechos de la queja dentro de los criterios fijados por el artículo.

Esto tiene gran importancia pues a nivel práctico el que en el Comisionado se use la tipología de violaciones de derechos civiles y políticos, ha condicionado que la labor de la institución haya sido más de protección de derechos y menos de prevención, pues no se ha hecho mucho trabajo en ese campo, ya que en los Informes con Recomendaciones generalmente se establecen los hechos de la queja, luego se analiza cuáles leyes internas y qué legislación internacional se ha violado y al final se recomienda generalmente la sanción administrativa del funcionario. Cuando la acción ha sido constitutiva de delito se ha recomendado que se traslade el caso a la Fiscalía para que ésta inicie acciones penales en contra del funcionario, y se han dado recomendaciones generales a los superiores jerárquicos para que se tomen medidas en el caso concreto.

En cambio si se tomaran en cuenta los criterios establecidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica, se podría analizar si los hechos de la queja pueden ser subsumidos en

algunos de esos criterios y luego en las recomendaciones se podrían dar pautas precisas y específicas para poner remedio a un acto o decisión de un funcionario que ha sido arbitrario, abusivo, negligente, discriminatorio. Asimismo se podrían fijar las medidas preventivas en forma clara y substanciada para que ese tipo de acciones no se vuelvan a repetir, lo que crearía una concepción preventiva y educativa en el trabajo del Comisionado Nacional de Derechos Humanos en su relación con la Administración Pública y sus funcionarios.

ANEXO

En este apartado se incorpora un caso con Informe con Recomendaciones del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos a fin de establecer porqué se admite la queja, cómo se investigó, cómo se evaluó y cómo se recomendó a la autoridad para que enmendara su conducta arbitraria.

INFORME CON RECOMENDACIONES

DRCSO/0801-002-2001

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos a través de las Delegaciones Departamental de Choluteca y la Regional Centro Sur Oriente, habiendo analizado la queja número 99-08-12-09, presentada por la señora Ana Margoth Valladares, por considerar que las autoridades de la Escuela Agrícola “Luis Landa” le han violentado los derechos a su hijo Cesar Alberto Valladares; en el ámbito de sus atribuciones y con base en los Artículos 59, 60, 151,154 y 171 de la Constitución de la República de Honduras, Artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Educación, Artículo 26, numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 13 numeral 1y 2, inciso “b” del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Artículo 12 de la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del hombre, Artículos 1, 9, incisos 1, 2 y 5; 16, 21 y 43 de la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, y los Artículos 1, 20, 38, 40 y 45 de su Reglamento General; ha estimado procedente la formulación del presente Informe con Recomendaciones.

I. ANTECEDENTES

1. El expediente se inicia el 12 de agosto de 1999, mediante queja presentada por la señora Ana Margoth Valladares Ventura, a quien en adelante se le denominará la quejosa, contra la actuación de las autoridades de la Escuela Agrícola “Luis Landa” en vista de que su hijo César Alberto Valladares es estudiante del primer año de dicha Escuela y que en el mes de mayo tuvo un problema con uno de sus compañeros llamado Walter René Zelaya debido al aseo de los pabellones, al grado de que empezaron a discutir y Walter agarró a César de las manos y al momento de estar forcejeando para soltarse, César lo hirió con una navaja de injertar árboles que traía en la mano; según la quejosa en la enfermería de la Escuela Agrícola atendieron a Walter, haciéndole tres puntos en la herida.
2. Una semana más tarde convocaron a los padres de ambos niños para hablar sobre lo sucedido, reunión en la cual el papá de Walter pidió expulsión definitiva para el hijo de la quejosa por lo que el Director de la Escuela, Ingeniero Reulo Berríos le explicó que no era posible debido a que la acción no lo ameritaba, pero al final el Director de la Escuela decidió expulsar al joven Valladares por ocho (8) días.
3. El jueves 29 de julio de 1999 en horas de la noche, supuestamente el alumno Noel Armando Aguilar se

introdujo al Departamento de Consejería a sacar el libro de entradas y salidas para firmarlo y poder salir de fin de semana, tal como lo manifestaron los alumnos Álvaro David y Selvin Nolasco, quienes expresaron haber visto cuando Noel Aguilar se metió a Consejería a sustraer el libro; al parecer la mayoría de los alumnos se encontraban viendo televisión en zona “H” y cuando terminaron de hacerlo Luis Galo y Abner Medina le pagaron a Noel Armando Aguilar por haber sustraído el libro, luego ellos cobraban a los demás alumnos que querían salir. Cuando Abner uno de los jóvenes que había pagado para firmar el libro y poder salir estaba esperando bus en la carretera uno de los Consejeros de nombre Mónico Quintanilla se lo encontró y le preguntó que quién le había dado permiso para salir, por lo que el alumno en mención no supo que responder y le contó que era que se habían metido a Consejería a sustraer el libro.

4. El martes 10 de agosto, los padres de familia de los alumnos involucrados en el problema fueron convocados a una reunión a la cual la quejosa llegó tarde y el Director solo le comunicó que su hijo estaba expulsado definitivamente por el resto del año lectivo.

II. INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS

El 12 de agosto de 1999 representantes del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos se presentaron a la Dirección Departamental de Educación de Nacaome, Valle con el objeto de investigar si en dicha institución tenían conocimiento sobre el problema suscitado en la Escuela Agrícola “Luis Landa”, pero en vista de que se comprobó que la institución en mención desconocía lo sucedido, por lo que se le informó sobre lo ocurrido al Profesor Francisco Reyes, ya que la Directora Departamental estaba gozando de una licencia por motivos de salud.

En esa misma fecha y en compañía del Profesor Francisco Reyes se realizó entrevista al Director de la Escuela Agrícola, Ingeniero Reulo Berríos, quien manifestó que el alumno César Alberto Valladares en una oportunidad había herido a uno de sus compañeros, por lo que se había reunido con los padres de ambos jóvenes y decidieron que al alumno Valladares se le expulsaría por ocho días, llegando al acuerdo de que si el mismo cometía otra falta lo iban a expulsar definitivamente y que como éste había cometido una falta grave al sustraer el libro de salidas de la Consejería se le había expulsado.

Posteriormente revisamos el acta especial que se levantó al respecto, la cual en su cláusula número cinco establece:

“Queda entendido y aceptado que si el joven Valladares comete nuevamente otra falta MUY GRAVE, será expulsado por el resto del año automáticamente sin derecho a apelación o reclamo alguno”.

Es de hacer notar que dicha acta únicamente fue firmada por el Director, Sub Director, por los padres de los jóvenes del conflicto y por ellos mismos.

El 24 de agosto del mismo año, se entrevistó a algunos de los alumnos involucrados en el problema, manifestando unos de ellos que quien había sustraído el libro era Noel y no César y otros que quien lo había hecho era César y no Noel y otros que era que les habían pagado para que lo hicieran.

El trece de octubre, se entrevistó a varios maestros de la Escuela, quienes en su totalidad manifestaron nunca haber participado en ninguna reunión para tratar el caso del joven Valladares.

En fecha 27 de octubre de 1999 se envió oficio al Director de la Escuela Agrícola “Luis Landa” mediante el cual se le solicitaba una copia fotostática de la resolución

final tomada respecto al caso. El oficio fue contestado el 28 de octubre del mismo año, informándonos que el alumno en mención fue reintegrado a la Escuela el 11 de octubre de 1999 y que para reponer el tiempo perdido el IV parcial le sería valorado por dos.

III. CONCLUSIONES

1. Que el Director de la Escuela Agrícola “Luis Landa” fundamenta la expulsión definitiva del alumno César Alberto Valladares en el acta especial que se levantó al respecto, en la que se establece que si el joven Valladares comete nuevamente otra falta muy grave será expulsado por el resto del año **sin derecho a apelación o a reclamar**; como se puede observar esta cláusula es violatoria a los derechos de los alumnos, a las leyes educativas y también a la Constitución de la República ya que en ella se establece el derecho que toda persona tiene para defenderse de lo que se le acuse y también el Reglamento General de Educación Media establece que la sanción para la segunda falta cometida por el alumno Valladares es ocho días de expulsión y está tipificada como muy grave, sin embargo el Artículo 299 del Reglamento General de Educación Media establece que cuando un alumno dentro o fuera del plantel ejecutare actos que les produjesen responsabilidad penal en cualquier grado, quedará excluido del establecimiento desde el momento en que el acto delictuoso llegue por cualquier medio a conocimiento del Director y no será admitido en ningún establecimiento como alumno, salvo el caso de haber sido absuelto por sentencia firme, procedimiento que no fue tomado en cuenta en el presente caso.

De la investigación realizada se deduce que el caso nunca fue puesto en conocimiento o discutido con el Consejero del Instituto ni con los integrantes del Consejo General de Profesores como debió haber sido, incumpliendo de esta

forma lo establecido en el Artículo 294 del Reglamento General de Educación Media, el cual establece que las penas muy graves serán impuestas por el Director, **a excepción de la expulsión por el año lectivo o definitiva que se impondrá por acuerdo del Consejo General de Profesores, resuelta por mayoría de votos. En caso de empate el presidente de Consejo tendrá doble voto;** por lo tanto en el presente caso es obvio que las autoridades de la Escuela Agrícola “Luis Landa” han violentado el procedimiento que la Ley establece para aplicar la expulsión.

IV. RECOMENDACIONES DEL CASO

Considerando lo anterior y siendo que es fundamento del Estado de Derecho el respeto a la Ley; para el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos es claro que las autoridades de la Escuela Agrícola “Luis Landa” han violentado los artículos 151 de la Constitución de la República y el artículo 294 del Reglamento General de Educación Media.

Ante tales hechos el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos **RECOMIENDA:**

I. AL SECRETARIO DE ESTADO EN EL DESPACHO DE EDUCACIÓN PÚBLICA:

- a) Conscientes de que el sistema disciplinario tiene como objetivo principal educar, prevenir y corregir a los alumnos se recomienda el monitoreo o la supervisión de la aplicación de los reglamentos en los centros educativos para evitar que se cometan abusos contra la dignidad y los derechos inherentes a la persona de los alumnos.

II. AL CONSEJO GENERAL DE PROFESORES DE LA ESCUELA AGRÍCOLA LUIS LANDA:

- a) Que al presentarse un caso en el que amerite su intervención por tratarse de faltas muy graves y donde la sanción a aplicarse sea la expulsión por el año lectivo o expulsión definitiva y que no sean convocados por el Director ni tomados en cuenta para tomar una decisión final, que en base a lo establecido en Artículo 180 del Reglamento General de Educación Media, pidan al Presidente del Consejo de Profesores, se les convoque a sesión extraordinaria para tratar dicho asunto.
- b) Que el libro de entradas y salidas de los alumnos que se lleva en el Departamento de Consejería contemple una casilla, donde vaya el visto bueno del Consejero de Turno que autorizó la salida de los alumnos del Centro Educativo, así como el reporte de su ingreso al mismo para evitar que los alumnos fácilmente puedan firmar el libro y salir del Centro mediante actos irregulares y violatorios a la Ley.

III. AL SEÑOR DIRECTOR DE LA ESCUELA AGRÍCOLA LUIS LANDA:

- a) Que antes de tomar cualquier resolución en relación a las faltas cometidas por los alumnos de dicho Centro, agote todo el procedimiento de investigación para llegar a una justa resolución tomando siempre en cuenta lo establecido en el Reglamento y las Leyes Educativas, ya que una decisión tomada apresuradamente no solo viene a perjudicar a los alumnos sino a la misma institución.
- b) Igualmente se recomienda que cuando un alumno de dicho centro cometa una acción a raíz de la cual se le pueda deducir responsabilidad penal en cualquier grado, deberá ser puesto en conocimiento de la autoridad

competente, para que sea ésta la que investigue y resuelva el caso conforme a derecho.

- c) Al momento de aplicar las sanciones por faltas, la autoridad debe hacerlo de acuerdo con lo estipulado en el Reglamento General de Educación y en el Reglamento interno de dicha Escuela, tomando en cuenta la acumulación de faltas de cada alumno y la jerarquización de las mismas que deben constar en los respectivos expedientes, evitando así un trato discriminatorio para unos y preferencial para otros.

En espera de que se dé cumplimiento a las presentes recomendaciones, solicitamos al Secretario de Estado en el Despacho de Educación Pública nos informe en el término de un mes contados a partir de la fecha de recibo del presente informe sobre la implementación o no de las mismas.

Dado en la Ciudad de Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central a los veintiocho días del mes de febrero de dos mil uno.

Licenciada. Carlota García
Delegada Interina Regional Centro Sur Oriente

**El cumplimiento de las
recomendaciones hechas por el
Ombudsman: una perspectiva
comparativa entre las legislaciones de
Nicaragua, el Reino de los Países
Bajos y la Unión Europea**

Javier A. Quinto

Índice

INTRODUCCIÓN	291
CAPÍTULO 1	
BREVE ANÁLISIS ENTRE LOS MARCOS INSTITUCIONALES DE LAS OFICINAS CENTROAMERICANAS DE OMBUDSMAN Y EL CASO NICARAGÜENSE EN RELACIÓN CON LAS RECOMENDACIONES	295
CAPÍTULO 2	
NATURALEZA Y ALCANCES DE LAS RECOMENDACIONES HECHAS POR EL OMBUDSMAN DE NICARAGUA	303
2.1. Condena moral	303
2.2. Recomendaciones de carácter específico y general.....	305

2.3. Desacato y situaciones de incumplimiento	307	
2.4. Diferencias y similitudes con el sistema de los Países Bajos	308	
CAPÍTULO 3		
BASES LEGALES PARA LA EXIGIBILIDAD DE LAS RECOMENDACIONES DEL OMBUDSMAN ..		311
3.1. Situación jurídica en Nicaragua.....	311	
3.1.1 Exigibilidad directa.....	312	
3.1.2 Exigibilidad indirecta	312	
3.2. Situación jurídica en el Reino de los Países Bajos	315	
3.2.1 Exigibilidad indirecta	316	
3.3. Situación jurídica en la Unión Europea.....	318	
3.4. Comentarios finales	325	
CAPÍTULO 4		
POSIBILIDADES JURÍDICAS PARA LA EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO EN NICARAGUA, EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS Y LA UNIÓN EUROPEA		326
4.1. Naturaleza vinculante o no de la exigibilidad de cumplimiento	326	
4.1.2. Exigibilidad administrativa y penal. Posibilidad de iniciar un proceso penal por el delito de desacato y/o un proceso administrativo en contra del servidor público	328	
4.2. Aplicación de las reglas de exigibilidad. Situación actual en Nicaragua, el Reino de los Países Bajos y la Unión Europea	329	

4.2.1. Seguimiento a resoluciones.....332

CAPÍTULO 5

LOS CRITERIOS DEL OMBUDSMAN EN CUANTO
A LA EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE
LAS RECOMENDACIONES. PERSPECTIVA
COMPARATIVA334

5.1. Criterios de idoneidad (Properness) y derechos
humanos. Vinculación teórica334

5.2. Principios de buen gobierno, derechos humanos
y democracia, en relación con el desarrollo
humano.....338

5.3. Criterios del Ombudsman europeo346

5.4. Criterios y Sub-criterios utilizados por el
Ombudsman de Nicaragua, Holanda y de
Europa352

5.4.1 Fase de Resolución352

5.4.2 Fase de Seguimiento.....364

CAPÍTULO 6

CASOS RELEVANTES EN LA EXPERIENCIA
DE NICARAGUA. EJEMPLOS EN RELACIÓN
CON CRITERIOS DE RESOLUCIÓN Y
CUMPLIMIENTO374

6.1. Caso: 21/2001. Fidel Rojas Ruiz vs. CORNAP
& Procuraduría General de Justicia.....374

6.2. Caso: 35/2001. Jenny Hernández Mayorga vs.
Ministerio del Trabajo377

6.3. Caso: 64/2001. Erwin Antonio Muñoz Acosta e
Hilario Gutiérrez vs. Policía Nacional.....380

6.4. Caso: 98-99-100-131/2001. Ernesto Javier Obando
Morales, Freddy Sacarías Vanderleigh, Domingo

Antonio Vargas Pérez y Mauricio Elías García Mendoza vs. Juzgado Penal de Distrito de Managua.....	382
6.5. Caso: 276/00. Dorothy Virginia Granada vs. Gobierno de Nicaragua	385
6.6. Caso: 033 – 2001. Ex Oficio, Problemas de Salud relevantes en la Comunidad de Krin-Krin, Región Autónoma del Atlántico Sur	389
CAPÍTULO 7	
PRINCIPALES RESULTADOS DE LA COMPARACIÓN.....	392
CAPÍTULO 8	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	398

INTRODUCCIÓN

La Jurisdicción del Ombudsman es un tema que siempre debe ser discutido desde una perspectiva jurídica, no únicamente porque en nuestras naciones centroamericanas estas oficinas poseen una amplia competencia, sino también debido a que la Administración Pública en algunos casos, no se comporta de una manera correcta en lo que se refiere a la legalidad de sus actos, los servicios administrativos y la conducta apropiada del servidor público en relación con los ciudadanos. Esto constituye la principal razón para los legisladores a lo largo de las naciones en el mundo, y para la Agenda de las Naciones Unidas, en promover medios secundarios de control para la Administración Pública, de parte de una institución independiente e imparcial.

El Ombudsman alcanza sus objetivos por medio de un procedimiento de investigación en el que los derechos fundamentales y la ley, deben ser respetadas para todas las partes involucradas. Los resultados de tal investigación estarán contenidos en un Informe Final de la investigación, conocido en la mayoría de los países como “la resolución”. En esta podremos encontrar aspectos generales de la investigación tales como relación de hechos, testigos y otros medios de prueba, informes oficiales, y por supuesto, los criterios del Ombudsman en relación con la evaluación jurídica del comportamiento de la Administración. Pero, uno de los resultados más importantes de la investigación son las recomendaciones o medidas recomendadas a los órganos de la Administración por parte del Ombudsman, para que sean tomadas en casos en que ha quedado claramente establecido que los derechos fundamentales de una persona han sido violentados por un cuerpo administrativo o un servidor público, como resultado de una mala aplicación de la ley, implementación de políticas o directivas o, en algunos casos, simplemente el resultado de una conducta inapropiada de

parte del servidor civil. Cada caso posee diferentes responsabilidades y consecuencias legales que van desde responsabilidades administrativas individuales, hasta responsabilidades de tipo penal y civil de parte de la Administración.

Existe la posibilidad que algunas personas puedan no tener clara la competencia del Ombudsman, y que ésta pueda ser confundida con la competencia de la Corte de Justicia. Ciertamente existe cierta complicación en cuanto a la percepción de la competencia o la jurisdicción de ambas instituciones, esto por cuanto sendas competencias tienen alcance a nivel nacional, y de alguna manera ambas pueden conocer, y lo hacen, sobre los actos de los órganos administrativos. Así, la jurisdicción del Ombudsman hacia la Administración es un asunto que necesita estar claro para las Cortes, las instituciones públicas y los administrados (as). Al igual es importante conocer sobre las consecuencias legales de los resultados en ambos procedimientos, el jurisdiccional y el administrativo incoado por el Ombudsman, y esto es, los alcances de las recomendaciones en comparación con las sentencias judiciales y la posibilidad de exigibilidad en cada caso.

Entonces podemos preguntarnos, si ya existe el control jurisdiccional para los actos de la Administración ¿para qué un Ombudsman?. Por supuesto es muy importante poseer Cortes Administrativas debido a la protección legal en contra de malos actos de parte de la Administración. Existen sin embargo, varias limitantes importantes a la jurisdicción de las Cortes debido a que únicamente pueden revisar actos de la Administración desde una perspectiva legal en un acercamiento estrecho. Y es que existe algo adicional a los órganos administrativos, los (as) servidores (as) públicos (as) y los servicios administrativos en función de los órganos de la Administración. Existe entonces una burocracia detrás de

las oficinas públicas, pero ésta no se encuentra bajo el análisis de las Cortes Administrativas, ya que cada acto burocrático es consecuencia de un acto del órgano.

La investigación del Ombudsman en cuanto a los actos de la Administración puede iniciar de dos maneras: primero como consecuencia de una queja o denuncia de parte de una persona, situación más usual en la intervención del Ombudsman. Segundo, y cada vez más importante, iniciar investigaciones “ex officio”, sin que sea necesaria la queja de una persona. El Ombudsman puede observar situaciones dignas de investigar, las cuales tendrán como resultado un Informe Final.

Un aspecto importante de la investigación, es su procedimiento. Una adecuada y profunda investigación brindará recomendaciones eficientes para la Administración. No es relevante si la investigación se inicia basada en una queja o si es a iniciativa propia de la institución, el Ombudsman y sus delegados (as) deben respetar los procedimientos. Por supuesto, resultan muy importantes los criterios utilizados por el Ombudsman en los análisis sobre la Administración, los que pueden variar en cada país. Por ejemplo, en el Reino de los Países Bajos, los criterios no están tan enfocados en la legalidad de los actos de la Administración debido a la existencia de Cortes Judiciales competentes al efecto, sino más bien se enfocan en otros aspectos como “**Properness**”, (que puede traducirse como “**Idoneidad, Correcto**”), verificando si la Administración se comporta de una manera correcta o no. Su competencia es sobre lo “idóneo de las conductas de la Administración y no relacionado con la legalidad de los actos de la Administración”.

Finalmente, luego de la investigación, los resultados serán plasmados en un informe, y ese reporte generalmente no es vinculante como sucede en la mayoría de los países. Es

una especie de acto moral para determinar si la Administración se ha conducido en una forma correcta o no.

La presente investigación pretende realizar una amplia comparación entre el Ombudsman de Nicaragua en relación con sus recomendaciones como el resultado más importante de la función del Ombudsman, lo que implica el verdadero impacto de su trabajo en la sociedad, tomando en cuenta la función de protección de los Ombudsman alrededor del mundo. Pero también es importante la función preventiva al aconsejar y sugerir a la Administración Pública, el papel ideal del servidor público, así como el servicio brindado a la colectividad. Metodológicamente, la comparación fue realizada bajo dos principales modelos, la comparación horizontal y una comparación vertical. La primera consiste en la perspectiva jurídica, principalmente entre Nicaragua y el Reino de los Países Bajos. Algunos ejemplos de otras naciones de Centroamérica y Europa son incluidos en orden de comprender las diferencias y similitudes entre los diferentes tipos de Ombudsman, y claro está, los resultados de su labor. El segundo modelo, comparación vertical, consiste en centrarse más en aspectos de desarrollo jurídico a nivel regional como es el caso de instituciones de la Unión Europea y criterios de la Unión Europea.

La relevancia de los derechos humanos alrededor del mundo, necesariamente los vincula con el principio de legalidad, la democracia, el desarrollo y los *principios del buen gobierno*. El nuevo estado relacionado con el respeto a los derechos humanos en las relaciones internacionales, se refleja notablemente en la creciente atención que se le brinda por parte de la Unión Europea dentro del marco de sus políticas internacionales económicas y de desarrollo. Tal acercamiento positivo necesariamente debe tomar una forma estructural con una naturaleza de largo plazo. Esto implica la cooperación a otros países durante un periodo

adecuadamente prolongado, aun cuando lo que se refiere a la observancia de los derechos humanos deje mucho que desear. Inevitablemente, deben impulsarse y acompañarse de recursos financieros dirigidos a actividades en procura de los derechos humanos.

CAPÍTULO 1

BREVE ANÁLISIS ENTRE LOS MARCOS INSTITUCIONALES DE LAS OFICINAS CENTROAMERICANAS DE OMBUDSMAN Y EL CASO NICARAGÜENSE EN RELACIÓN CON LAS RECOMENDACIONES

Tal como ya fue indicado, en la mayoría de los países la fortaleza del Ombudsman se basa en su coerción moral para poder lograr las metas institucionales que les fueron designadas. Este es un aspecto tan universal que se ha vuelto una característica institucional, siendo que en algunos casos queda claramente establecido en su Ley creadora, que las posibilidades de exigibilidad en la aplicación de las recomendaciones, son realizadas únicamente de manera indirecta utilizando sus influencias en la opinión pública o por medio de presión política que podría persuadir a las autoridades públicas a cambiar sus políticas o a desarrollar mejor los servicios brindados, de acuerdo con los derechos fundamentales de la Constitución de la República, tratados internacionales y/o las leyes ordinarias.

En ese orden de ideas encontramos importantes diferencias en la legislación nicaragüense relativa a la figura del Ombudsman y las posibilidades de contar con instrumentos o mecanismos para asegurar que las autoridades públicas acaten sus recomendaciones. Pero, primero es importante que demos un breve vistazo a los marcos institucionales de las oficinas centroamericanas de

los Ombudsman en relación con las recomendaciones y las posibilidades de exigir su cumplimiento.

La legislación panameña no ha definido posibilidades legales, o lo que podemos denominar como exigibilidad directa para las recomendaciones realizadas por el Ombudsman, de acuerdo con la Ley No7 del 5 de Febrero de 1997, Ley del Defensor del Pueblo de Panamá, en cuyo artículo 33, claramente se define que el Ombudsman podrá formular recomendaciones a los órganos, instituciones y funcionarios públicos, cuando como resultado de una investigación resulten efectos perjudiciales o contrarios a la ley. Podrá formular recordatorios a los servidores públicos de las obligaciones legales y constitucionales en casos en que no se cumplan los preceptos normativos que los vinculan¹.

Según la ley, está claramente definido que la Oficina del Defensor del Pueblo de Panamá puede formular recomendaciones a los órganos, instituciones y funcionarios de la administración pública, cuando como resultado de actos bajo investigación, resulten efectos perjudiciales o que no se encuentren conformes con las normas que los autorizan. El o ella al igual pueden formular recordatorios sobre obligaciones de orden constitucional y legal dirigidas a los empleados públicos, en caso de no cumplir con las obligaciones que las normas les obligan.

El Defensor puede presionar a las autoridades competentes a que ejerzan labores de inspección o bien apliquen sanciones. En caso de sugerencias, recomendaciones o recordatorios de obligaciones legales, el servidor civil o el órgano administrativo a quien se les remitió, está obligado a responder por escrito, argumentando

¹ Addink, G.H. Ed. *Ombudsman Law in a comparative perspective: Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama and the Netherlands*. Institute of Constitutional and Administrative Law, Utrecht University, Pág. 257.

la aceptación o no de las medidas propuestas, dentro el término de treinta días calendario².

Como podemos observar, no existen consecuencias legales de exigibilidad que se deriven de esta norma, en caso que el órgano administrativo no cumpla con las recomendaciones o sugerencias del Defensor del Pueblo de acuerdo con una investigación previa.

Para la implementación de las recomendaciones solo podemos encontrar instrumentos de exigibilidad indirecta en el artículo 38 de la Ley de la Defensoría del Pueblo de Panamá. De acuerdo con esta norma el Reporte Anual del Defensor del Pueblo de Panamá deberá contener una descripción detallada de la acusación, el resultado de ésta; tipo de quejas presentadas y sus resoluciones, especificar cuántas fueron aceptadas y cuántas rechazadas; de la misma manera, deberá rendir cuentas sobre las recomendaciones, sugerencias y acciones presentadas. El informe específicamente apuntará a los funcionarios públicos que se hayan opuesto o resistido a la función del Defensor, o que no haya colaborado con suficiente diligencia³.

Otro aspecto de las resoluciones, y por ende para las recomendaciones, es que es necesario comunicar los resultados de las investigaciones y las sugerencias, así como dar la oportunidad a los órganos administrativos de aplicar voluntariamente las sugerencias. El Ombudsman deberá notificarla, ésto implica enviar una copia de la misma, al denunciante al igual que a la respectiva autoridad administrativa o servidor público. Asimismo la resolución puede ser notificada a cualquier otra persona o institución de carácter público o privado que considere conveniente. La resolución es entregada de forma íntegra con las debidas

² Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, Ley No.7 del 5 febrero de 1997 (traducción no oficial).

³ Idem.

recomendaciones, las que son preparadas por el investigador y discutidas para luego ser aprobadas por el Director del Área. Una vez esto, es luego enviada al Defensor para su aprobación final y firma⁴.

A como sucede en Panamá, en Costa Rica la Oficina del Ombudsman posee únicamente posibilidades de exigibilidad indirecta para el cumplimiento de las recomendaciones. No existen instrumentos jurídicos para una exigibilidad directa en caso que la Administración se oponga a los resultados de una investigación, a lo sumo el Defensor de los Habitantes podrá recurrir a otros medios para exigir su implementación, tales como el Informe Anual a la Asamblea Legislativa. El artículo 54 de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica establece que una vez que finaliza la investigación y se analizan las correspondientes evidencias, el Defensor y por delegación el Defensor Adjunto, deberá presentar la correspondiente resolución final. Esta resolución no deberá contener ninguna formalidad especial, aunque deberá indicar de forma clara, las conclusiones derivadas de la investigación, las bases para esas conclusiones así como las respectivas recomendaciones de acuerdo con el numeral 32 de ese mismo cuerpo legal⁵.

La Ley del Comisionado de los Derechos Humanos de Honduras establece que cuando se lleva una investigación cuyo resultado encuentra responsabilidades por la violación a los derechos fundamentales o a deficiencias en el desempeño de los servicios de la Administración, el Comisionado puede recomendar la rectificación y la implementación de medidas dirigidas a corregir los perjuicios producidos al administrado (a) por parte del servidor público o el órgano administrativo. En caso que no

⁴ Addink, G.H. Op.cit. Pág.96.

⁵ Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, Ley de la Defensoría de los Habitantes.

se cumpla con esas recomendaciones, el Comisionado está autorizado a realizar censuras públicas al dar a conocer los resultados de la resolución. En algunos casos en que el funcionario reiteradamente se oponga al cumplimiento de las recomendaciones sin que exista justificación, el Comisionado puede recomendar la suspensión o la remoción del funcionario de su cargo. Al igual, encontramos en la legislación hondureña, que el Comisionado o sus Delegados (en ese orden) pueden enviar recomendaciones y sugerencias a las autoridades y oficiales públicos, para la adopción de nuevas medidas. Esta recomendación no deberá observar ninguna formalidad especial, a pesar que sí debe indicar claramente la conclusión resultante de la investigación, su fundamento y sugerencias de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos no es competente para modificar o anular actos y resoluciones de la Administración, a pesar que puede sugerir que los criterios que lo ocasionaron, puedan ser modificados. De la misma forma, no puede modificar los fallos jurisdiccionales, pero sí puede vigilar que se garantice el libre acceso de las personas a comparecer ante los órganos jurisdiccionales, y a que los actos sean cumplidos con la diligencia y suficiencia procesal necesaria. Las autoridades y los oficiales tienen el deber de responder por escrito dentro de un mes calendario⁶ (artículos 38, 42 y 43 de la Ley del Comisionado Nacional de Honduras).

Luego que el Comisionado Nacional finaliza sus informes, debe notificar a la persona interesada acerca de los resultados de la investigación, al igual que las respuestas que brindaron las autoridades y oficiales implicados. Todos los asuntos bajo la competencia del Comisionado Nacional que finalicen con un informe final o resolución son materia de

⁶ Addink, G.H. Op.cit. Pág. 356.

seguimiento, en orden que las autoridades denunciadas y los órganos puedan rectificar sus acciones o adoptar nuevas medidas. Si el tiempo se ha vencido, y las autoridades denunciadas no han cumplido con las recomendaciones, el Comisionado Nacional podrá recomendar la suspensión o despido del funcionario, así como las correspondientes acciones legales⁷ (artículos 42, 44 y 45 de la Ley del Comisionado Nacional de Honduras).

No existen tampoco provisiones específicas que se refieran a la exigibilidad del cumplimiento en la Ley del Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala. El apoyo para este objetivo descansa en la opinión pública, los medios de comunicación y las organizaciones no gubernamentales. Según su artículo 4, en el inciso f, la Comisión debe apoyar la labor del Procurador y sus resoluciones, formulando recomendaciones a todas las instituciones públicas para que adopten medidas favorables en materia de derechos humanos. La Comisión puede requerir informes de parte de cualquier autoridad, en caso que las recomendaciones del Procurador no sean acatadas. Las resoluciones del Procurador no son legalmente exigibles, sino que son de una naturaleza o fuerza moral. Es por esto que las recomendaciones del Procurador debe ser altamente persuasivas tomando en cuenta que el artículo 22 de la Ley del Procurador de los Derechos Humanos, establece que éste puede solicitar la suspensión o hasta la destitución de un funcionario público o autoridad administrativa en caso de conductas impropias perjudiciales⁸.

Por otra parte, encontramos las funciones generales del Ombudsman en el artículo 194 de la Constitución Política de El Salvador. Bajo la sección 11 observamos que dentro de

⁷ Ibid.Cit. Pág.357.

⁸ Ibid. Cit. Pág. 424-425.

sus facultades, el Procurador puede formular conclusiones y recomendaciones de carácter público o bien privado. Esta misma facultad se encuentra contemplada en el capítulo III, artículo 11.11 de la Ley creadora de la Procuraduría de los Derechos Humanos de El Salvador.

Luego de analizar suficiente documentación, y considerar que ha existido una violación a los Derechos Humanos, el Procurador presentará un informe detallando los hechos y conclusiones y, de ser pertinente, realizará todas las recomendaciones necesarias para evitar prácticas administrativas impropias, o bien cambios en las políticas, leyes, estatutos o cualquier normativa causante de dicha violación. También puede solicitar la aplicación correcta de los procedimientos a los responsables, incluso destitución o cualquier otra sanción legal o disciplinaria. El Procurador podrá recomendar compensación monetaria hacia la víctima o sus familiares en caso de muerte, así como cualquier otra medida necesaria dentro del marco de sus facultades y por la protección de los derechos humanos en general. (Artículo 30 Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador)

Esta resolución debe ser notificada de manera inmediata al denunciante, las autoridades responsables de la violación, el servidor público o el órgano administrativo, al igual que a todas las otras partes interesadas. Cuando el Procurador ha realizado sus recomendaciones, y estas no han sido acatadas dentro del término brindado al efecto y no se ha presentado ninguna razón justificando tal retraso, así como en casos excepcionales o violaciones reiteradas a los derechos humanos, o bien cuando el servidor público se oponga u obstaculice el cumplimiento de los actos o recomendaciones del Procurador (a), éste puede realizar *censura pública*. De igual forma podrá enviar una copia de la resolución a los

medios de comunicación para su debida publicación. (Artículo 31, 32 y 33)

Cuando las autoridades públicas no tomen en cuenta las recomendaciones del Procurador, la institución podrá acudir a la *censura pública*, señalando directamente el nombre de la autoridad pública que incumpla, sin perjuicio de las medidas o remedios jurisdiccionales o administrativas. Podrá de la misma forma informar a la opinión pública sobre el cumplimiento de las recomendaciones, incluyendo informes y censuras públicas a las autoridades públicas bajo escrutinio⁹.

Como podemos observar, en todas las naciones analizadas encontramos que no existen posibilidades de aplicar métodos directos para el cumplimiento de las recomendaciones. Esto significa que las recomendaciones del Ombudsman en Centroamérica y Panamá no son vinculantes.

Pero, si observamos más de cerca la legislación en Nicaragua en relación con las recomendaciones del Procurador, pareciera que al analizar las experiencias de los otros países y que en algunas ocasiones a las oficinas de los Ombudsman no se les dota de medios legales fuertes, los legisladores nicaragüenses han considerado otras alternativas fortaleciendo al Procurador para lograr sus metas institucionales de una forma más eficiente.

⁹ Reglamento de Procedimientos del Sistema de Protección de los Derechos Humanos de El Salvador, artículos 63 y 64.

CAPÍTULO 2

NATURALEZA Y ALCANCES DE LAS RECOMENDACIONES HECHAS POR EL OMBUDSMAN DE NICARAGUA

2.1. CONDENA MORAL

El Ombudsman en Nicaragua tiene la obligación de controlar los actos de la Administración o autoridades públicas, municipales, en Regiones Autónomas del país y universidades, dentro de la competencia otorgada por la Constitución Política o bien la ley. Esto puede realizarse ya sea por iniciativa propia o bien por medio de la intervención ciudadana por medio de la queja o denuncia, iniciando investigaciones hacia conductas presuntamente incorrectas o ante el incumplimiento de los deberes de parte de funcionarios u órganos de la Administración Pública, que perjudiquen derechos fundamentales, políticos o económico sociales. En esos casos se debe remitir a los responsables a las autoridades competentes para la aplicación de sanciones o medidas correctivas, tanto para el caso en particular, así como para posibles casos que se pudieran presentar. Una vez que la investigación ha finalizado, el Procurador deberá dictar una resolución final en la que podrá declarar que no existen suficientes elementos para declarar la violación a los derechos humanos, o bien que encuentra suficientes bases para determinar responsabilidades de parte de la Administración. (Artículos 37 y 38 de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos)

Cuando se ha comprobado una violación el Procurador lo dará a conocer en sus conclusiones por medio de recomendaciones, e incluso censurando públicamente al o los responsables del acto en contra de los derechos humanos de las personas. Esto se encuentra claramente establecido en el artículo 18 de la Ley de la Procuraduría. De la misma forma, el Procurador puede intentar la conciliación entre las

partes y la Administración Pública responsable de poner en riesgo o violar los derechos humanos de los ciudadanos.

Debe tenerse presente que desde una perspectiva tradicional en relación con las recomendaciones del Procurador, siempre se ha mantenido que sus recomendaciones no son legalmente vinculantes, y que no pueden anular los actos de la Administración o ejercer administración activa. Sin embargo, para poder ejercer una autoridad de influencia en la nación, es necesario contar con una correspondiente labor de seguimiento para asegurarse que las instituciones públicas están actuando en cumplimiento de las recomendaciones hechas. También es importante contar con la censura pública para aquellos funcionarios de la Administración que desobedecen. Por estas razones, la labor del Ombudsman está basada en su condición moral, entendida en términos de su imparcialidad, objetividad, claridad, transparencia, respeto y acatamiento a la Constitución Política y a las normas legales, en síntesis, a su independencia. El Procurador necesita resolver denuncias de forma que satisfaga a todos los involucrados, al denunciante o quejoso, así como a la dependencia de gobierno denunciada, mientras que al mismo tiempo se apega a los altos parámetros de justicia y legalidad.

La independencia del Procurador debe arraigarse en sólidas bases, y por supuesto es de suma importancia que al igual que sus delegados y delegadas, el Procurador mantenga una distancia apropiada de la Administración, lo que implica que su función no debe estar influenciada por ninguna motivación externa. Esto crea una importante imagen en toda la sociedad y no únicamente en los ciudadanos quienes busquen protección en contra de actuaciones abusivas del aparato administrativo, sino que de la misma manera desarrolla confianza en la Administración en cuanto a la colaboración y el cumplimiento de las recomendaciones

realizadas: “... de cualquier manera, la independencia del Ombudsman debe implicar también que posee la libertad de dirigirse a la comunidad en general y hacer sentir su presencia en la sociedad sin que sus acciones sean sujetas a aprobación de ningún tipo. En esta relación, el Ombudsman debe ser libre de cumplir con un papel educativo, y si él o ella lo cumple, informar al público de sus derechos en relación con el gobierno y de qué formas pueden ejercerlos. Finalmente, el Ombudsman de la misma forma, debe ser libre de hacer públicas sus investigaciones sin necesidad de autorizaciones de ningún tipo, aun cuando estos resultados sean desagradables al órgano gubernamental bajo escrutinio”¹⁰.

Para lograr ésto es esencial que se garantice un gobierno de tipo abierto. Un esfuerzo perseverante y continuo contribuirá a fortalecer la confianza pública y el respeto de la Administración hacia el Ombudsman.

2.2. RECOMENDACIONES DE CARÁCTER ESPECÍFICO Y GENERAL

Normalmente, como resultado de las investigaciones encontramos muchos aspectos que no siempre pueden ser resumidos en una o dos recomendaciones. La complejidad y profundidad de la investigación pueden determinar que algunas medidas deben ser implementadas, y que algunas pueden ser alcanzadas fácilmente, pero otras necesitarán mucho más tiempo, esfuerzo e incluso recursos públicos con los que no siempre se cuenta o cuyo cumplimiento no depende únicamente de la voluntad del servidor público aún

¹⁰ The independent ombudsman in a democracy, governed by the rule of law”, Dr. Marten Oosting, President of the International Ombudsman Institute National Ombudsman of the Netherlands - Address to be given at the Opening Ceremony of the Third Asian Ombudsman Conference, Macau, 4 May 1998.

cuando éste represente una alta autoridad, ya que todas las instituciones públicas están subordinadas a su presupuesto anual. De la misma manera, algunas veces el ciudadano se encuentra interesado únicamente en una recomendación de tipo más personal para su caso, una posible sanción a manera de castigo para el funcionario, una compensación o solo una disculpa del órgano administrativo junto con el servicio solicitado previamente.

Por estas razones se ha hecho necesario encontrar diferentes tipos de recomendaciones de acuerdo con las particularidades de cada caso. De esta forma, encontramos que en Nicaragua existen recomendaciones de tipo generales y específicas dependiendo de las necesidades del caso. En términos más simples, podemos afirmar que las recomendaciones generales pretenden remarcar advertencias y recordatorios dirigidos al funcionario público y a las autoridades en relación con sus obligaciones legales y corregir procedimientos en cuanto a los hechos bajo investigación. Este tipo de recomendaciones son también utilizadas por el Procurador para sugerir a la Administración que considere modificar sus políticas o fallos, y hacer rectificaciones en sus procedimientos en orden de promover la protección a los derechos humanos para todas las personas en Nicaragua.

El Procurador también podrá realizar recomendaciones específicas para situaciones más particulares en las que exista una afectación más personal de parte de la Administración para un determinado ciudadano (a) o grupo de ciudadanos (as). Esta posee un efecto más restringido, más limitado también, pero cuando se trata de intereses inmediatos para el denunciante, el principal resultado de la investigación es la protección directa que el Ombudsman brinda en contra de abusos y malos tratos de la Administración. Las recomendaciones específicas

regularmente consisten en sugerir al órgano administrativo la aplicación de sanciones disciplinarias de carácter administrativo al funcionario responsable; que se modifique una decisión a favor del o la ciudadana o grupo de ciudadanos; o inclusive alguna compensación por el daño causado. Pero en casos que la investigación encuentre como resultado que ha existido una conducta criminal de parte de la Administración, esto debe ser puesto en conocimiento del Procurador General de Justicia de la República para que inicie un proceso penal en contra de las personas responsables.

Todas las resoluciones del Procurador deben ser notificadas a las partes y sujetos bajo investigación, tomando en consideración los resultados de la investigación y los pasos o formalidades que se han tomado, respuesta de la Administración y funcionarios implicados, y si es que ésta no ha sido declarada como secreta. El Procurador no puede anular actos o resoluciones de la Administración, pero independientemente de esa normativa, puede sugerir la modificación de esos criterios administrativos para prevenir daños presentes o futuros, aún en casos relacionados con las leyes, en donde la sugerencia puede ser enviada a la Asamblea Nacional o Parlamento. (Artículos 43, 44, 45 y 46 de la Ley 212 de Nicaragua)

2.3. DESACATO Y SITUACIONES DE INCUMPLIMIENTO

En la actualidad en Nicaragua, aún cuando algunas instituciones públicas tales como la Policía Nacional y la Dirección General de Migración y Extranjería como ejemplos, colaboran con el Procurador y sus Delegados en el cumplimiento de las recomendaciones, otras instituciones en la administración central no parecen estar tan dispuestas a cooperar en la implementación de sugerencias o en

modificar sus criterios de acuerdo con las recomendaciones que se les han planteado. Es importante mencionar que esto es más frecuente en las instituciones que se encuentran más cerca de la Presidencia de la República, en lo que parece ser una protección política. Es importante mencionar que en todos los países las personas, y por ende las instituciones, poseen una resistencia natural a los cambios. Cada vez que una fuerza impulsa las situaciones en un camino diferente del que se ha venido recorriendo por algún tiempo, siempre existirá una fuerza de reacción en su contra ya que siempre será más fácil continuar haciendo las cosas a como lo aprendimos un día sin importar si es la forma equivocada, a aprender una nueva y mejor técnica o método más eficiente y acertado que el anterior.

Aunque todavía no nos encontramos cerca del punto en que nos sentiremos más cómodos con las respuestas de la Administración, es necesario decir que existió un cumplimiento aceptable de parte de la Administración durante el año 2001, elevando las estadísticas de un 30% de cumplimiento en el año 2000 hasta un 50% para el 2001.

2.4. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON EL SISTEMA DE LOS PAÍSES BAJOS

El Ombudsman en Nicaragua tiene un especial reto o problema en relación con el cumplimiento, situación que no se observa en el Reino de los Países Bajos. El concepto de una bien establecida democracia y un estable sistema basado en el estado de derecho, constituye una garantía para las funciones del Ombudsman, ya que todas las instituciones públicas voluntariamente se someten a la competencia legal del Ombudsman, aun cuando no se muestren en extremo felices con algunas de las recomendaciones planteadas, al final, están consientes de sus deberes y obligaciones en relación con lo que la ley establece, y además consientes de

los alcances y la naturaleza de la competencia del Ombudsman: "... en un 88.3% de los casos fueron archivados, la razón fue que el quejoso (o denunciante) había recibido satisfacción de parte del órgano en cuestión. Esta es una importante muestra de efectividad en el trabajo del Ombudsman. En once resoluciones, el Ombudsman Nacional se mostró "complacido" al ver que se habían tomado medidas como respuesta a la queja, por parte de la agencia involucrada. En 28 resoluciones, realizó recomendaciones a la agencia involucrada. En nueve casos estos se relacionaban únicamente a medidas individuales en favor de la persona quejosa, mientras que en 19 casos fueron más generales o de naturaleza preventiva. Al final del 2000, se habían recibido respuestas a 22 recomendaciones. Todas habían sido adoptadas"¹¹, mientras que en Nicaragua, el Ombudsman encuentra muy difícil, sino que imposible, desarrollar sus investigaciones, "... y encontrar oídos en el gobierno para sus observaciones y recomendaciones"¹².

En las nuevas democracias de los países en vías de desarrollo, el imperio de la ley es nuevo y en algunos casos, extremadamente vulnerable. De igual forma la corrupción es un elemento que promueve la impunidad y una deficiente rendición de cuentas en las agencias del gobierno. Sin embargo, existen serios avances últimamente en estos aspectos para el cumplimiento de las recomendaciones del Procurador de los Derechos Humanos en Nicaragua.

En el Reino de los Países Bajos al igual que en Nicaragua, el Ombudsman posee dos principales funciones en cuanto a la defensa de los derechos humanos, la función de protección y la función de prevención. La primera es implementada por medio de evitar abusos por parte de la Administración hacia

¹¹ Fernhout R. *Annual Report of the Ombudsman, 2000 / the Netherlands, 21 March 2001, the National Ombudsman.*

¹² Idem.

los ciudadanos y ciudadanas, y la segunda pretende encontrar soluciones informales a los problemas entre la administración y sus ciudadanos. De la misma forma en ambos sistemas el Ombudsman debe hacer una resolución final luego que las investigaciones han terminado. El Ombudsman plasmará sus conclusiones, hará recomendaciones y hasta censuras públicas hacia los responsables de tales actos en contra de los derechos humanos de las personas. (Art.27.1 de la Ley del Ombudsman en el Reino de los Países Bajos; Art.38 en Nicaragua).

De la misma manera en ambas naciones encontramos que todas las Resoluciones deben ser notificadas a las partes y sujetos bajo investigación, tomando en consideración los resultados de la investigación y las formalidades asumidas, respuestas de la Administración, funcionarios involucrados, y si las investigaciones han sido declaradas de carácter secreto. (Art.27.3 en el caso de el Reino de los Países Bajos; Art. 43 en Nicaragua)

Aun cuando en Nicaragua no se puedan anular actos o resoluciones de la Administración Pública por parte del Ombudsman, pareciera que posee una competencia más amplia que el Ombudsman holandés: “... *las limitaciones en relación con la competencia son: - en autoridades administrativas: gobierno central especial, policía, autoridades administrativas autónomas, existen relaciones con las provincias, municipalidades, Juntas de Agua y cooperación bajo los convenios de cooperación establecidos; ... – acciones y toma de decisiones en general y las individuales no están bajo su competencia sino bajo la judicial, en la práctica en este sentido actos concretos de gobierno, o fácticos, de tipo oficial como la Policía.*” (Art.43 en Nicaragua; Art.1a y 16 en el Reino de los Países Bajos). En Nicaragua no existe una lista tan restrictiva, por

el contrario, el artículo 20 establece que la competencia del Procurador se extiende a los actos y decisiones de cualquier funcionario o persona que brinde un servicio en nombre de la Administración Pública, sin excepción de ningún tipo. Es un amplio concepto de lo que es la Administración Pública que también puede ser encontrado en los artículos 5 y 18.3 entre otros.

Los fallos del Ombudsman holandés no son legalmente vinculantes; depende del órgano administrativo decidir qué acciones se adoptarán de acuerdo con la resolución, y en particular, con el fallo. Esta es la diferencia entre los fallos del Ombudsman y de las Cortes de Justicia. Pero esto no parece ser la situación en el caso de Nicaragua. En la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, existe una provisión específica que prevé una sanción para el funcionario público que se rehúse al cumplimiento de una recomendación hecha por el Procurador. Esto lo trataremos con más profundidad en el próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

BASES LEGALES PARA LA EXIGIBILIDAD DE LAS RECOMENDACIONES DEL OMBUDSMAN

3.1. SITUACIÓN JURÍDICA EN NICARAGUA

Tal y como se dijo anteriormente, la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua posee provisiones específicas que regulan sanciones dirigidas a los órganos administrativos o a los funcionarios públicos, en caso que no cumplan con las recomendaciones realizadas por el Procurador. Pero no todos los aspectos de la Ley, poseen una intención coercitiva. Desde un enfoque más tradicional encontramos al igual otro tipo de situaciones que podrían resultar en métodos

indirectos de exigibilidad al cumplimiento en cuanto a las recomendaciones. Todas las instancias administrativas y los funcionarios públicos se encuentran obligados a responder por escrito los fallos, recomendaciones y sugerencias hechas por el Procurador. Esta obligación está basada en el artículo 43 de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua. Esta respuesta del órgano administrativo, es denominada como Informe de Cumplimiento, y deberá ser entregado al Procurador dentro del período establecido en la resolución. El período específico puede variar ya que es un poder discrecional del Procurador. Pero, en caso de inactividad de parte de la Administración, existirán consecuencias legales de diferente tipo y alcances. Dependerá del Ombudsman decidir cuáles serán las reacciones apropiadas por tal comportamiento inadecuado.

3.1.1 Exigibilidad directa

En la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, observamos una normativa muy particular y especial difícilmente apreciada en las instituciones de los Ombudsman. Esta es, la posibilidad de exigibilidad directa para la aplicación de las recomendaciones. Tradicionalmente hemos sostenido que las recomendaciones del Ombudsman no son legalmente exigibles ni legalmente vinculantes. Pero si observamos el artículo 42 de la Ley de la materia, veremos claramente que el legislador ha dado poderes suficientes a la Procuraduría para poder lograr éxitos de una manera más sencilla.

3.1.2 Exigibilidad indirecta

Censura Pública

Algunas veces no es necesario ser muy severo en cuanto a la exigibilidad del cumplimiento, y un recordatorio será

suficiente para el cumplimiento de las recomendaciones. Pero cuando no logran el efecto deseado, puede implementarse una alternativa sin necesidad de asistir a las Cortes de Justicia para una sanción. Esta sería la censura pública. Políticamente hablando, ningún funcionario (a) público (a) estará en la posición en la cual desee una aparición pública destacando aspectos negativos de su labor. Esto no solo constituye un mal precedente para su imagen, sino que también tendrá un efecto sobre los jefes del funcionario quien podrá decidir tomar las medidas que el funcionario no ha querido adoptar. Esto al igual podrá tener un impacto en la imagen que el gobierno posee ante la comunidad internacional. A como podemos apreciar, aún cuando no se dé una exigibilidad directa, este es un fuerte método para el logro de las metas institucionales del Ombudsman.

Interpelación de los servidores públicos ante la Asamblea Nacional

Esta es una prerrogativa reservada para aquellos casos en los que el Ombudsman ha considerado que el funcionario no cumple con sus recomendaciones, y que las faltas del funcionario público son tan condenables que adquiere relevancia su negativa a colaborar o a reconocer la autoridad de un control secundario como lo es el Ombudsman, así que, como Primer Poder de la Nación y representantes del pueblo, la Asamblea Nacional tiene el poder para iniciar la interpelación a un funcionario público acusado de no respetar los derechos fundamentales de los habitantes de Nicaragua. Dicha prerrogativa es utilizada en aquellos casos en los que el Procurador ha considerado que el funcionario público ha incurrido en faltas de carácter gravoso que hacen necesaria una presión política de más alto nivel. La Asamblea Nacional tiene la prerrogativa jurídica “*a pedir su*

*interpelación ante la Asamblea Nacional conforme lo dispuesto en el artículo 138, numeral 4) de la Constitución Política*¹³. Por su parte, la Asamblea Nacional puede “... Solicitar informes, a los ministros y viceministros de Estado, presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales. También podrá requerir su comparencia personal e interpelación. La comparencia será obligatoria, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. Si como consecuencia de la interpelación, la Asamblea Nacional, por mayoría absoluta de sus miembros, considera que ha lugar a formación de causa, el funcionario interpelado perderá desde ese momento su inmunidad”¹⁴.

Papel de los medios de comunicación y las ONG's

Como institución de fiscalización, el Ombudsman posee vínculos muy cercanos, o debe poseer al menos, con los órganos de la Administración debido a la gran demanda en protección a los derechos humanos en los países en vías de desarrollo que han iniciado sus procesos de democratización. Pero igualmente importante es que el Ombudsman posea fuerte arraigo con algunos sectores de la sociedad civil organizada, a como son las organizaciones no gubernamentales, conocidas como ONG, y los medios de comunicación. Estas relaciones son de naturaleza complementaria. Mientras algunas ONG captan situaciones irregulares en la sociedad que pueden redirigir hacia la competencia y conocimiento del Ombudsman, tomando ventaja de la posición institucional de carácter pública del Ombudsman, quien tiene la obligación legal de controlar la

¹³ Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Arto.42 Ley 212.

¹⁴ Constitución Política de Nicaragua, Art.138, inciso 4.

Administración en relación con los derechos humanos para todos los y las habitantes en el país, y está facultada para ello.

Asimismo, el Procurador de Derechos Humanos puede dirigir a las ONG en orden de colaborar con las agencias de gobierno en base con un mejor sistema de comunicación de entendimiento para hacer realidad los derechos fundamentales de los artículos 46 y 71 de la Constitución nicaragüense. En cuanto a los medios de comunicación se comporta de manera similar, pero el apoyo recibido de estos, es aún más tangible. Es con los medios de comunicación que se construye parte de la opinión pública, y de la misma manera es de gran utilidad para los ciudadanos informarse sobre el desarrollo de las situaciones que puedan ser de su interés.

3.2. SITUACIÓN JURÍDICA EN EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS

En el Reino de los Países Bajos la situación jurídica es un tanto diferente. Una investigación dirigida a los actos de la administración puede iniciarse de dos maneras, primero en razón de una queja o denuncia de una persona, situación muy usual y frecuente. Pero cada día adquieren mayor relevancia las iniciativas oficiosas o investigaciones “ex officio”, es decir, la posibilidad de iniciar una investigación por cuenta propia. Así que independientemente de la queja o denuncia de las personas, el Ombudsman puede desarrollar una especie de política e iniciar investigaciones sobre el trato correcto que debe brindar la Administración, y así se obtendrá un informe al respecto.

Una parte determinante en la investigación es el procedimiento. Para efectos prácticos, no es relevante si una investigación ha iniciado ante la queja ciudadana o “ex

oficio”, deben respetarse siempre los procedimientos. Resultan igualmente importantes los criterios utilizados por el Ombudsman para plasmar sus comentarios sobre la actuación de la Administración. No es tanto los análisis sobre la legalidad de los actos de la Administración, ya que existen en Holanda Cortes Administrativas al efecto, sino más bien para otros aspectos como son el criterio del “**Properness**” o trato correcto, idóneo, del funcionario. Finalmente, luego de la investigación, los resultados aparecerán en un informe que no es vinculante para la Administración. Es una especie de acto de fuerza moral para aquellos casos en que la Administración no se ha comportado correctamente. El Ombudsman Nacional de Holanda necesita presentar un informe anual a ambas Cámaras del Parlamento y a los Ministerios (Sección 28, Sub-sección de la Ley del Ombudsman Nacional). Este informe es publicado como un producto de labor del Parlamento, siendo ampliamente difundido. Su contenido es una mirada a los resultados de las investigaciones en los numerosos aspectos de políticas estatales, información estadística y, en forma de apéndice, breves detalles de todos los informes elaborados durante ese año. El preámbulo del Informe siempre brinda un sumario comparativo de los problemas más frecuentes hallados durante las investigaciones del período, causas y otros aspectos relevantes desarrollados por la oficina.

3.2.1 Exigibilidad indirecta

Interpelación de los servidores públicos ante la Cámara Baja del Congreso Nacional

El Ombudsman Nacional puede ser visto como un apoyo y colaborador a los escrutinios del Parlamento en relación con el Ejecutivo. La Cámara Baja del Comité Permanente para Relaciones Internas y del Reino es responsable de los asuntos institucionales relacionados con el Ombudsman,

aspectos tales como legislación, asuntos presupuestarios, facultades y entrega del informe anual. El Comité discute el Informe Anual del Ombudsman con éste, y decide qué secciones del mismo 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.

Así las cosas, el Ombudsman solicitará al Comité de Peticiones de la Cámara Baja un informe preliminar de las respuestas a sus recomendaciones durante los siguientes tres meses, precedido por un breve sumario de las resoluciones más relevantes o emblemáticas. Esto le permite al Comité la oportunidad de dar seguimiento a los aspectos primordiales de la labor del Ombudsman Nacional y, en caso de ser necesario, dialogar 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 todos 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.

Con la extensión de la competencia del Ombudsman Nacional a las provincias y a algunas municipalidades, el informe anual es también enviado a sus asambleas de representantes, a los Estados Provinciales, y al Consejo Local respectivamente.

Papel de los medios de comunicación y las ONG's

El interés que puedan prestar los medios de comunicación a la labor del Ombudsman es relevante por dos principales razones. Primeramente, resaltar un caso en particular contribuye a la efectividad de su labor, y como tal puede ser

visto como uno de los fundamentos de su autoridad. En segundo lugar, es esencial informar a la opinión pública sobre la existencia de una institución a la que pueden acudir a presentar quejas o denuncias sobre la Administración Pública. La oficina de comunicaciones o de prensa debe mantener un contacto muy cercano con los medios de noticias, a través de comunicados de prensa sobre resoluciones emblemáticas o de alto interés nacional enviando copias de estos (eliminando las identidades particulares) a los periódicos, incluyendo diarios regionales. De la misma manera, el Informe Anual es presentado a los medios durante una conferencia de prensa al efecto.

Todo esto significa que el trabajo del Ombudsman presta una atención regular a la prensa, nacional y regional. De especial significación es la columna semanal que aparece desde 1987 en un diario de circulación nacional, en donde trata sobre los diferentes aspectos conocidos por el Ombudsman durante ese período. Al igual se publican editoriales en otros diarios dirigidos, por ejemplo, a la policía y a los estudiantes. Resoluciones son enviadas a los editores de publicaciones especializadas. Decisiones importantes tomadas por el Ombudsman, así como la publicación del Informe Anual, reciben amplia cobertura de medios noticiosos y programas de asuntos cotidianos tanto en radio como en televisión.

3.3. SITUACIÓN JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA

La Institución del Ombudsman Europeo fue creada por el Tratado de Maastricht en 1992 (Reino de los Países Bajos), con el objetivo de luchar en contra de la malas prácticas de la Administración dentro de la Unión Europea y sus órganos, lo que implica promover y fortalecer la buena interacción

entre la Unión Europea y sus ciudadanos. En ese sentido, uno puede afirmar que el Ombudsman europeo investiga las quejas sobre malas prácticas administrativas de parte de las instituciones y órganos de la Comunidad Europea, pero él no puede conocer sobre quejas relacionadas con las administraciones nacionales, regionales o locales de los Estados Miembros. Claro está, que en orden de poseer una perspectiva más clara de la competencia del Ombudsman es igualmente importante no solo identificar los sujetos que se encuentran bajo su competencia, sino también identificar el comportamiento deseado o esperado de esos sujetos. De este punto nos encargaremos posteriormente, pero por el momento, podemos afirmar que muchas de las quejas formuladas ante el Ombudsman europeo, tratan sobre retrasos administrativos, falta de transparencia o negar acceso a la información. Otras tratan sobre las relaciones laborales entre las instituciones europeas y sus funcionarios, reclutamiento de personal y los concursos públicos de participación. Un grupo adicional se relaciona con los vínculos contractuales entre las instituciones europeas y compañías privadas, por ejemplo en caso de rompimientos abruptos de contratos.

“El Ombudsman Europeo no es un juez, pero es posible comparar las decisiones del actual Ombudsman, Sr. Jacob Söderman, con los fallos de la Corte de Primera Instancia (CFI). Esto no debe sorprendernos tomando en cuenta el papel que se pretende dentro de la Unión Europea. Desde el punto de vista del ciudadano (a), debe ser aceptado. Podrá discutirse que el Ombudsman ofrece una alternativa confiable a la Corte de Primera Instancia, en particular cuando las Instituciones de la U.E. rehúsan permitir el acceso a los documentos en su dominio; entonces esto ayuda a asegurar la legitimación legal de la U.E.; y que la experiencia del Ombudsman tenga una implicación

positiva para una Cámara unipersonal en la Corte de Primera Instancia”¹⁵.

Al igual que los otros dos Ombudsman bajo análisis, el Ombudsman europeo puede iniciar sus investigaciones luego de presentada una queja o denuncia por cualquier ciudadano de la Unión Europea o cualquier personal natural o jurídica residente o que posea oficina registrada en uno de los Estados Miembros. La queja puede ser presentada por correo, fax o por medios electrónicos. Existe un formulario que puede ser adquirido de la página Web. Una clara diferencia puede apreciarse entre el Ombudsman de Nicaragua y los otros dos en este sentido, y es que aún cuando la queja o denuncia debe ser bastante clara y directa, identificando a la autoridad denunciada, no existe necesidad de ser presentada por medios escritos, ya que puede ser presentada oralmente, y uno de los delegados del Procurador transcribirá la declaración de la persona quejosa. Pero ésta no es la situación en el Reino de los Países Bajos o en la Unión Europea. En ambos casos la queja siempre debe presentarse de forma escrita, o de lo contrario será desestimada. A nivel europeo la queja debe dirigirse al Ombudsman en cualquiera de los once idiomas oficiales de la Unión, estableciendo claramente la identidad, institución u órgano denunciado, así como fundamentos de la queja, la cual deberá ser presentada dentro de los siguientes dos años a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de los hechos denunciados. De la misma manera, no debe ser una afectación de tipo individual producida por malas prácticas administrativas; debe el ciudadano haber contactado previamente a la institución en cuestión, por ejemplo por vía correo.

¹⁵ Davis R. *Quasi-Judicial Review: The European Ombudsman as an Alternative to the European Courts*. Durham European Law Institute University of Durham, 2000.

Luego de presentar la queja, el Ombudsman la examinará y posteriormente informará sobre los resultados de la investigación.

Es igualmente importante establecer que tanto el Ombudsman europeo como el holandés, no conocen sobre asuntos que se encuentren en conocimiento judicial o que hayan sido resueltos por las Cortes de Justicia. De acuerdo con *Las Decisiones del Parlamento Europeo sobre las regulaciones y condiciones generales sobre el control de la labor del Ombudsman*, en su artículo 2 inciso 1) el Ombudsman europeo debe:

“Artículo 2:... 1. Dentro del Marco los anteriormente mencionados Tratados y condiciones establecidas ahí, el Ombudsman debe contribuir a combatir las malas prácticas administrativas de las Instituciones y Órganos Comunitarios, con la excepción de la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia cuando actúen en su papel judicial, y realizar recomendaciones para ponerle fin a esos males. Ninguna otra acción de autoridad o persona, puede estar sujeta a denuncia ante el Ombudsman”.

El Ombudsman podrá, bajo su propia iniciativa o por denuncia, conducir todas las pesquisas que pueda considerar justificadas para aclarar cualquier sospecha de malas prácticas administrativas en las actividades de las instituciones comunitarias. Asimismo deberá informar a la institución u órgano afectado por tales acciones, quienes podrán enviarle cualquier aporte.

Las instituciones comunitarias están obligadas a presentar cualquier información que se les requiera y permitir el acceso a los archivos en cuestión. Únicamente podrán rehusarse en casos basados en claras razones de secretos de estado. Podrá acceder a documentos pertenecientes a un

Estado Miembro, clasificado como secreto por ley o cualquier regulación, únicamente cuando el Estado Miembro lo autorice previamente. También podrán acceder a documentos propiedad de un Estado Miembro, cuando lo hayan puesto en su conocimiento. En ambos casos, de acuerdo con el artículo 4, el Ombudsman no deberá divulgar el contenido de tales documentos.

Los funcionarios y otros servidores públicos comunitarios deberán declarar ante la solicitud del Ombudsman; podrán declarar a favor de y de acuerdo con las instrucciones de su administración, quienes se encontrarán limitados por el deber del secreto profesional.

Hasta donde sea posible, el Ombudsman podrá explorar soluciones con las instituciones implicadas para eliminar las instancias de las malas prácticas, satisfaciendo al quejoso. En el caso que encuentre que existen responsabilidades de malas prácticas administrativas por parte de los órganos europeos, deberá informarlo a la institución afectada, con un borrador y las recomendaciones apropiadas. La institución afectada deberá enviar una opinión detallada dentro de los siguientes tres meses, luego, el Ombudsman deberá enviar un Informe al Parlamento Europeo, así como a las instituciones afectadas, en el cual establecerá sus recomendaciones.

La persona que ha presentado la queja deberá ser informada sobre los resultados de las investigaciones, opinión expresada por la institución afectada y de cualquier recomendación hecha por el Ombudsman.

Al final de cada sesión anual, el Ombudsman deberá enviar un Informe al Parlamento Europeo con los resultados de sus investigaciones. Al igual que en los dos casos anteriores, el Ombudsman se basa en la buena calidad de su

trabajo para obtener el respeto y admiración de las personas y las instituciones públicas. El Ombudsman europeo podrá establecer alianzas con los medios de comunicación con el fin de presionar a los órganos europeos para cumplir con las recomendaciones hechas, pero el principal método para lograr esto, siempre será por medio del Parlamento Europeo.

Si el Ombudsman considera que la institución puede eliminar una instancia particular que implique mala administración, o bien que el acto denunciado posee “efectos generales”, podrá cerrar el caso por medio de una resolución y los borradores de sus recomendaciones (artículo 8, Medidas a Implementar). Como decisión razonada que es, la resolución podrá ser comparada con un fallo judicial. La institución tiene tres meses para enviar su respuesta. En caso de que ella no satisfaga las expectativas del Ombudsman, él podrá enviar un informe al Parlamento Europeo, nuevamente notificando al denunciante. Esta decisión es comparable con los fallos de las Cortes inglesas al solicitarles considerar competencias y propiedades procesales de una decisión administrativa. Al igual que el Ombudsman examina los poderes de la Comisión bajo los Tratados de la Comunidad Europea, de la misma manera las Cortes examinan los poderes de la autoridad administrativa regulados, para asegurar que esos poderes no sean excedidos o abusados. El poder del Ombudsman de iniciar investigaciones oficiosamente, en nada afecta que le de ventajas sobre las Cortes, en términos de colaborar con la rendición de cuentas de las instituciones, ya que él no debe esperar por una queja en orden de investigar posibles actos irregulares. En las investigaciones de oficio, el mismo procedimiento investigativo se aplica a cuando se inicia por una denuncia (artículo 9, Provisiones a Implementar). El Ombudsman al igual que las Cortes Comunales, puede “descubrir” más principios de *buena administración* y así, a pesar de contemplarse en una “ley suave”, las bases descritas para las

recomendaciones se logran desarrollar en leyes de derecho administrativo europeo.

Obviamente, el Ombudsman y las Cortes de primera instancia no son totalmente equivalentes. El Ombudsman debe procurar soluciones amistosas de ser posibles, ya que sus decisiones no son vinculantes. En caso de ser pertinente, puede motivar a las instituciones a tomar acciones al “explicar sus puntos de vista en un comentario crítico”. El Ombudsman no está obligado a hacer referencia a fallos de las Cortes Comunitarias, y evidentemente no lo hace regular ni frecuentemente. Como sea, sería claramente ilógico para ignorar precedentes relevantes para un particular asunto administrativo, como puede ser el permitir el acceso a documentos, especialmente cuando el Ombudsman ha específicamente presentado como medios alternativos el redirigirse a las Cortes Comunitarias, y tomando en cuenta el hecho que es altamente deseable presentar a las instituciones con un set completo de buenos principios que la Administración debe cumplir.

Refiriéndose a decisiones sobre las instituciones, el Ombudsman debe indicar claramente lo que considera que la decisión debió haber sido. Al menos en este sentido, una revisión cuasi-judicial puede trascender los límites de una decisión judicial. El poder del Ombudsman para realizar recomendaciones puede no solamente contribuir con el desarrollo del derecho comunitario, ayudando a definir los principios generales de la *buena administración*, pero de la misma manera puede contribuir a impulsar el cumplimiento de una reparación sustitutiva, la cual deberá beneficiar a los denunciantes. En un balance de las situaciones, desde una perspectiva práctica, el Ombudsman, siendo menos oneroso para el denunciante y normalmente más expedito que las revisiones judiciales, constituye la mejor opción para las clases menos privilegiadas, aún cuando tengan la posibilidad

de presentar sus inconformidades ante las Cortes de primera instancia.

3.4. COMENTARIOS FINALES

En la mayoría de los países, las oficinas de los Ombudsman basan su trabajo en los principios de justicia, transparencia y respeto para los procedimientos y provisiones legales. Su principal función se logra por medio de métodos investigativos, aun cuando puede utilizar los métodos de intervención en procedimientos informales. Una vez que finaliza una investigación, el Ombudsman deberá presentar un informe o resolución en la que incluya aspectos generales de la investigación, hechos investigados, conclusiones generales, resultados, decisiones y recomendaciones. Lo anterior se basa en el artículo 27 de la Ley del Ombudsman Nacional del Reino de los Países Bajos y artículo 38 de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Las decisiones del Ombudsman en Holanda se basan en criterios de idoneidad, trato correcto o incorrecto de los actos de la Administración y no sobre la legalidad de los actos de la administración ya que se cuenta con Cortes Judiciales al efecto. Su competencia está enfocada en lo “correcto de la conducta de la administración y no en cuanto a la legalidad de los actos administrativos”. Por supuesto es de suma relevancia contar con Cortes Administrativas, ya que sirven como protectoras frente a la Administración. Existen sin embargo, limitaciones importantes a la jurisdicción de las Cortes ya que únicamente pueden revisar actos de los órganos administrativos.

CAPÍTULO 4

POSIBILIDADES JURÍDICAS PARA LA EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES EN NICARAGUA, EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS Y LA UNIÓN EUROPEA

4.1. NATURALEZA VINCULANTE O NO DE LA EXIGIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

Debemos concluir sin lugar a dudas, que al Ombudsman en Nicaragua le han sido otorgados poderes jurídicos de exigibilidad para obligar a la Administración al cumplimiento de sus recomendaciones o sugerencias, luego que ha determinado que existen responsabilidades de parte de ciertos actos de un funcionario público. Si el funcionario público se negase al cumplimiento de tales recomendaciones, ésto puede resultar en sanciones de tipo administrativo y/o penales, dependiendo del caso específico. Regularmente, el Ombudsman se inclinará por ambas sanciones, prevaleciendo la sanción administrativa de ser posible. La Ley creadora del Ombudsman en Nicaragua, expresa claramente que el servidor público que se niegue a cumplir con las recomendaciones del Procurador por segunda vez consecutiva, estará sujeto a las consecuencias penales o administrativas. Para el cumplimiento de las recomendaciones necesita de un procedimiento informal y personalizado en cuanto a la persona encargada de dar seguimiento a las mismas. Esta fase busca un análisis profundo en cuanto al “Informe de Cumplimiento”, aún en conjunto con el técnico investigador de la queja, y analizar si el cumplimiento se encuentra en concordancia con lo verdaderamente incorporado en las recomendaciones. Debe existir un estricto control sobre el cumplimiento a las recomendaciones generales al igual que a las específicas. Es

importante llevar registros de los avances en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones.

Por su parte, las decisiones del Ombudsman Nacional en Holanda, no son legalmente exigibles ni son vinculantes: depende de la autoridad administrativa qué acciones serán tomadas bajo los criterios de la resolución, en particular, el fallo. Esa es la principal diferencia entre los fallos dados por el Ombudsman Nacional y los fallos dados por las Cortes de Justicia.

El hecho que las decisiones del Ombudsman Nacional no sean vinculantes, significa que la calidad de su trabajo es lo más relevante, dado que conforma las bases esenciales a su autoridad y por ende a la efectividad de su labor. Es por esta razón de suma importancia que la investigación de los hechos se lleve a cabo de forma concienzuda y que produzcan conclusiones que no den lugar a discusiones futuras; el fallo, así como cualquier recomendación, debe ser persuasivo. Esto establece estándares particulares para las motivaciones en los fallos. Estas exigencias son importantes de forma única, ya que no existe el derecho de apelación a las decisiones dictadas por el Ombudsman Nacional. A pesar de esto, cada vez se le está concediendo más importancia a los fallos del Ombudsman.

“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 el Ombudsman Nacional 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”¹⁶.

4.1.2. Exigibilidad administrativa y penal.

Posibilidad de iniciar un proceso penal por el delito de desacato y/o un proceso administrativo en contra del servidor público

Tal y como fue previamente definido, en Nicaragua el Procurador siempre intentará que sus recomendaciones sean cumplidas. Esto no implica que siempre deberá utilizar métodos directos para exigibilidad aún cuando existan normas que así lo establezcan. Este artículo en particular establece:

“Artículo 42.-En los casos que el funcionario público se negare dos veces consecutivas a darle seguimiento a las recomendaciones que hiciera el Procurador para la restitución de los derechos violados, será objeto de las sanciones establecidas en el Artículo 35 de la presente Ley, sin perjuicio del derecho de los Diputados a pedir su interpelación ante la Asamblea Nacional conforme lo dispuesto en el artículo 138, numeral 4) de la Constitución Política”.

“Artículo 35.-En los casos de que las autoridades, funcionarios o empleados públicos a los que se solicitara información o colaboración se negaren a ellos incurrirán en el delito de desacato y en responsabilidades administrativas, según sea el caso. El Procurador hará referencia en su informe anual de los casos en que los funcionarios se hayan negado a colaborar y dando cuenta al Procurador General de Justicia de la República para el ejercicio de las acciones legales correspondientes”.

¹⁶ Extracted from <http://www.ombudsman.nl>

Las provisiones legales son bastante claras al respecto. Si el Ombudsman necesita aplicar normas de exigibilidad en cuanto al cumplimiento de sus objetivos, él posee los medios legales al efecto. Por supuesto, no siempre es necesario una exigibilidad directa.

4.2. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE EXIGIBILIDAD. SITUACIÓN ACTUAL EN NICARAGUA, EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS Y LA UNIÓN EUROPEA

El último informe anual del Procurador de Nicaragua, en el año 2001 afirma, en cuanto a las relaciones con las funciones del Área de Protección, que de un total de 385 resoluciones finales entre el 10 de Noviembre del 2000 y el 9 de Noviembre del 2001, 146 (39%) fueron **Resoluciones con Responsabilidad** declarando violaciones por parte de las autoridades administrativas a quienes les dirige las recomendaciones o sugerencias. Durante el mismo período 194 casos (52%) fueron resueltos como **Resoluciones sin Responsabilidad**, procediendo al archivo de la queja. En el 2% de los casos se resolvió que el Ombudsman realizará recomendaciones aún cuando no se declaró la violación a los derechos humanos, para evitar o prevenir posibles situaciones que en un futuro cercano pudiesen evolucionar en tal tipo de violaciones. Otro 2% fue resuelto declarando que el Procurador no era competente para conocer de la queja, aún cuando ya se había iniciado una preinvestigación, teniendo como argumento que el caso se encontraba pendiente de una decisión judicial (artículo 28 de la Ley 212 de Nicaragua). Finalmente, solo el 5% de todos los casos fueron resueltos por medio de **Métodos de Intervención**, un número muy bajo si lo comparamos con las estadísticas holandesas en las que “ ... un total de 3094 quejas fueron resueltas vía investigación, y de estas 379 (12.2%) llegó a

concluir con una Resolución. Esto representa el 4.6% del total del número de casos conocidos en el año (8172). La categoría más numerosa de Resoluciones le pertenece al Ministro de Justicia (155), la Policía (93) y al Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo (40). En 2715 casos, las investigaciones se descontinuaron, 1693 (88.3%) se desistieron debido a que la agencia gubernamental envuelta finalmente dio una respuesta favorable ... En 88.3% de los casos desistidos, la razón dada fue que el quejoso (a) había recibido respuesta satisfactoria de parte del órgano en cuestión. Este es un salto importante en cuanto a la efectividad de la labor del Ombudsman Nacional”¹⁷.

A nivel europeo, entre el primero de enero del 2000 y el 31 de Marzo del 2002, el Ombudsman había examinado 4330 casos. Como un 30% fueron de competencia, y una investigación fue iniciada en 495 de los casos de los cuales seis fueron iniciados de oficio. La mayoría de los casos trataban sobre falta o negación de información, retrasos injustificados de la administración o pagos retrasados, procedimientos de reclutamiento de personal incluyendo concursos, disputas contractuales, derechos ciudadanos, cooperación para el desarrollo, medio ambiente y el papel de la Comisión como guardián del Tratado de Maastricht.

El Ombudsman conoció 687 quejas durante este período (495 fueron iniciadas durante este período, y 192 fueron traídas de 1999). Un número de 550 quejas fueron cerradas al final del período (de las cuales diez fueron iniciadas de oficio). Las quejas fueron archivadas por una o más de las siguientes razones:

- Arreglos con la institución luego de iniciada la investigación (172 casos)

¹⁷ The National Ombudsman Annual Report, 2000.

- Retiro de la queja por parte del denunciante (11 casos)
- No se encontró actividades de mala administración en el caso (261 de los casos, de los cuales ocho fueron iniciados de oficio)
- Soluciones amistosas (4 casos)
- Cierre con comentarios dirigidos a la institución involucrada (80 casos)
- Investigaciones con borradores de recomendaciones (30 casos)

Dentro del período, los órganos de la Administración han aceptado las recomendaciones del Ombudsman europeo en 22 casos (uno oficioso). En cuatro casos adicionales, el Ombudsman presentó informes especiales al Parlamento Europeo con la finalidad de que sus recomendaciones o sugerencias sean cumplidas.

En aquellos casos en que la queja resultó inadmisibile, el Ombudsman aconsejó a los ciudadanos acudir ante el Ombudsman Nacional o bien uno Regional, o presentar una petición ante el Parlamento Nacional (1020 casos). Se dieron en 19 casos de un total de 291 que habían sido transferidos por el Ombudsman directamente al Parlamento Europeo, luego de contar con la aprobación de la persona denunciante. Por último, tras ser declarados inadmisibles debido a que no se habían realizado acercamientos administrativos apropiados, algunos casos fueron reenviados a la Comisión Europea, o a otros órganos europeos¹⁸.

¹⁸ Estadísticas relativas al trabajo del Ombudsman europeo desde el 01.01.2000 hasta el 31.03.2002.

4.2.1. Seguimiento a resoluciones

Resoluciones con declaración de responsabilidad y recomendaciones. Cumplimiento

A la fecha del reporte anual mencionado anteriormente, 270 resoluciones con recomendaciones han sido conocidas por la Oficina de Seguimiento. De estas, 115 han sido cumplidas íntegramente (53%), estando pendientes 102 por cumplirse. Parcialmente se han acatado el 40% de éstas.

En cuanto al tipo de recomendaciones elaboradas, de un total de 386 existen 189 recomendaciones específicas y 197 generales. Las violaciones más comunes cometidas en relación con los derechos humanos por parte de las autoridades de Nicaragua, de acuerdo con el criterio del Ombudsman fueron en perjuicio de: derecho a la vida y a la integridad física, debido proceso, certeza legal, salud pública, a una justa indemnización, derecho a la seguridad social, derechos laborales, derecho a la información, derecho a la dignidad humana y a un trato correcto, derecho a una nacionalidad, derecho a la protección ante la justicia, derecho a la autonomía de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, derecho a la libre asociación, derecho a una familia y derecho a un medio ambiente sano.

Resoluciones con declaración de responsabilidad y recomendaciones. Cumplimiento parcial e incumplimiento

Existen 101 resoluciones pendientes de cumplimiento, y en la mayoría de los casos, las autoridades administrativas han solicitado prórroga para el envío del Informe de Cumplimiento. Pero más importante aún, es resaltar la notable mejoría en relación con los niveles de cumplimiento, los que se han elevado de un 33% para el período comprendido entre 1999–2000, a un 53% para el 2000–2001. Por otra parte, la Administración Pública ha argumentado

falta de fondos financieros para el cumplimiento de algunas recomendaciones, y esto por cuanto no depende de ellos decidir, ya que corresponde a aspectos centralizados de la distribución del Presupuesto Nacional. Únicamente en un caso la Administración ha dicho como argumento negativo basado en aspectos de tipo legal, como un impedimento para el cumplimiento de las recomendaciones. Este es el caso 256- 2000, J. A. M. Vs. Ministerio de Transporte e Infraestructura, en el cual las recomendaciones estaban orientadas a que se compensara al ciudadano por la confiscación de un vehículo presuntamente propiedad del denunciante, pero la principal razón de la Administración para no cumplir fue que ellos no confiaban en la legitimidad de los documentos de propiedad presentados por el denunciante. Por esta razón se inició una negociación en base a la cual se le recomendó al quejoso acudir ante el sistema judicial, teniendo en cuenta que uno de los principales objetivos de la Procuraduría de Nicaragua es colaborar con las instituciones públicas y la sociedad civil a garantizar dentro del principio de legalidad, todos los derechos incorporados en el artículo 46 de nuestra Constitución Política, pudiendo hacer recomendaciones propositivas.

Es importante mencionar que aunque las normas legales son claras sobre los recursos y prerrogativas que tiene el Procurador en orden de hacer cumplir las recomendaciones, en la práctica el Ombudsman en Nicaragua posee actualmente el criterio que en esta primera fase (recordemos que la Procuraduría de Nicaragua es la más reciente de Centro América, creada en Junio de 1999), es importante colaborar y cooperar con las instituciones de la Administración, y enfocarse en una labor educacional más que en ser un Procurador punitivo o represivo. Es importante también que la Administración comprenda el verdadero papel del Ombudsman en cuanto al desarrollo de la sociedad,

la armonía y la fluida comunicación entre la Administración y los habitantes de la nación, y de acuerdo con esa comprensión adaptar sus servicios a los parámetros establecidos en la Constitución Política, la ley, la justicia, equidad y los servicios eficientes para los administrados.

CAPÍTULO 5

LOS CRITERIOS DEL OMBUDSMAN EN CUANTO A LA EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES. PERSPECTIVA COMPARATIVA

5.1. CRITERIOS DE IDONEIDAD (PROPERNESS) Y DERECHOS HUMANOS. VINCULACIÓN TEÓRICA

En el Reino de los Países Bajos el hecho que una autoridad se haya comportado o no de forma correcta en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones, será determinado en gran parte por las acciones tomadas al respecto o por el tiempo en que ha cesado la conducta prohibida.

Criterio de Idoneidad

El Ombudsman Nacional tiene la obligación de supervisar qué acciones investigadas son consideradas correctas o “idóneas”. Para lograrlo, ha interpretado los términos generales de conducta establecidos en su Ley creadora desarrollándoles en una serie de criterios detallados. Los siguientes criterios son los más comúnmente citados en las 3094 denuncias investigadas durante el año 2000:

- a. Celeridad (58.3%)

- b. Dotar de información relevante (14%)
- c. Apego a las reglas generales no discrecionales (6.4%)
- d. Equidad / Balance (4,7%)

En años recientes el criterio de celeridad consistentemente ha liderado las listas. La mayoría de las denuncias al respecto se relacionan con fallas de las autoridades administrativas para dictar decisiones a solicitudes u oposiciones dentro de los límites estatutarios. Es lógico pensar que la Administración se encuentra obligada a los términos de la misma manera en que se encuentran los individuos. Los órganos que ignoren tales términos afectan su propia autoridad y ponen en entredicho su credibilidad. La mayoría de las denuncias que contemplaron este criterio durante el 2000 se relacionan con fallas por parte del Servicio de Inmigración y Naturalización. Adicionalmente, existió un número considerable de casos (57) en los que el Servicio falló al no obedecer una orden de la Corte en emitir un fallo (o un nuevo fallo) dentro de un período determinado.

El Ombudsman Nacional recibe también muchas quejas sobre retrasos de parte de las agencias de seguridad social. La mayoría de éstas responsabilidades de dos agencias en particular (Cadans y GAK).

Plazos o términos estatutarios

En cuanto a los ciudadanos, los plazos o términos legales por lo general son fatales. Las objeciones o apelaciones interpuestas luego de expirar tales períodos resultarán en la inadmisibilidad de la acción promovida. En contraste, por lo general no existen sanciones en contra de las autoridades administrativas cuando olvidan respetar los términos en los procedimientos. Sería lógico pensar que las instituciones

públicas deben estar igualmente obligadas por estos plazos o términos, de la misma forma en que se encuentra el público en general. Aún peor, las autoridades administrativas que irrespetan tales plazos desafían el respeto y la confianza de las personas. En octubre del 2000 se realizó la publicación al respecto, en un comunicado conjunto entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior y Relaciones del Reino. Este busca las posibles soluciones principalmente en aspectos de control de calidad y controlar las dependencias públicas quienes de manera conciente respetan los plazos establecidos. El Ombudsman Nacional se mostró conforme con la iniciativa ministerial, agregando que sería de gran utilidad si la notificación (de carácter obligatoria) enviada a la comunidad informándoles sobre las instituciones que incumplan con los plazos, incluyera adicionalmente información sobre las posibilidades de interponer un recurso o apelación teniendo como base el incumplimiento del período de respuesta a una solicitud. Es el criterio del Ombudsman Nacional que la inclusión de dicha información debería ser reglamentada.

Sistema de queja interna

Si un miembro de la colectividad se encuentra inconforme con la forma en que una denuncia ha sido manejada por una autoridad administrativa dentro de un procedimiento interno de denuncia, generalmente tendrá la posibilidad de acudir ante el Ombudsman, quien podrá decidir en que medida el procedimiento interno ha satisfecho los requerimientos del apartado 9 de la Ley General de la Administración Pública. Una característica de este tipo de casos en el año 2000 fue el error de las autoridades en reconocer las denuncias como tales, y su consecuente falla en no hacer el mejor uso de sus propios procedimientos internos para tramitarlas. Los casos también demostraron

que las autoridades administrativas no siempre aplicaban correctamente los procedimientos de audiencias impuestos por el artículo 9:10 de la Ley General de Administración Pública holandesa.

Criterios de evaluación

El Ombudsman Nacional juzga los actos investigados en base con su “propiedad”. En orden que pueda realizar esto, ha desarrollado un grupo de criterios evaluativos o estándares (paradigmas) de lo que debe ser la conducta debida de los gobiernos. El escrutinio de estos criterios provee un vistazo a los problemas dentro del gobierno, que dieron lugar a la queja. Estos criterios son: derechos fundamentales, normas generales no discrecionales, equidad/ balance, certeza legal, igualdad, razonabilidad, debido proceso, celeridad (atender y redirigir errores), entrega de información relevante, administración efectiva, adecuada organización administrativa, adecuadas instalaciones administrativas, trato correcto, respeto/ protección a la privacidad y otros. Más de un solo criterio de evaluación puede ser aplicado en un mismo informe.

Una vez más, la mayoría de los fallos (65.4%) se relacionaron con los diversos criterios cubiertos por el criterio del “Debido Proceso”. Los siguientes seis criterios son los que más frecuentemente son citados en las resoluciones:

1. Celeridad
2. Cumplimiento de las normas Generales no discrecionales (16.5%)
3. Entrega de información relevante (15.4%)
4. Equidad/ balance (10.2%)

5. Contar con información relevante (7.7%)

6. Trato correcto (6.8%)

En un 32.3% de los 765 casos en los que fueron citados los criterios de evaluación, los actos fueron calificados como “propios” e “impropios” en un 60.5%. En cuanto al criterio de equidad/ balance los resultados fueron “propios” en un 78.2%, Respeto/ protección a la privacidad fue “propio” en un 62,5% de los casos. En contraste, lo contrario sucedió en cuanto a un 87.2% de los casos en que se referían al criterio de celeridad y un 80% en casos de adecuada infraestructura física.

5.2. PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA, EN RELACIÓN CON EL DESARROLLO HUMANO

Recientemente los conceptos de *governabilidad* y *buena gobernabilidad* están siendo utilizados de manera más frecuente en literatura para el desarrollo. *Mala gobernabilidad* está siendo cada vez más relacionada como una de las raíces causantes de todos los males de nuestras sociedades.

El concepto de *governabilidad* no es nuevo. Significa el proceso por el que las decisiones son aplicadas o no. La gobernabilidad puede ser utilizada dentro de diferentes contextos tales como gobernabilidad corporativa, gobernabilidad internacional, gobernabilidad nacional y gobernabilidad local.

El gobierno es uno de los participantes de la gobernabilidad. Otros sujetos participantes dependerán de los niveles de gobierno en discusión. En áreas rurales, por ejemplo, otros actores pueden adquirir un plano relevante,

como son los propietarios de influencia en la comunidad, asociaciones de campesinos y granjeros, cooperativas, ONGs, institutos de investigaciones, líderes religiosos, instituciones financieras, partidos políticos, militares, etc, siendo que en las áreas urbanas es mucho más compleja la situación. A nivel nacional, además de los actores ya mencionados, encontramos a los medios de comunicación, cooperantes internacionales, corporaciones multinacionales y otros que puedan jugar un papel importante en los procesos de toma de decisiones o influenciar en ellos. Todos los sujetos diferentes al gobierno y al ejército son agrupados como parte de la “sociedad civil”. En algunos países además de la sociedad civil organizada, sindicatos del crimen organizado también tienen una influencia en la toma de decisiones, particularmente en las zonas urbanas y a nivel nacional.

Características del Buen Gobierno

La *buena gobernabilidad* posee ocho características principales. Debe ser participativa, consensual, rendir cuentas, transparente, dar respuesta efectiva y eficiente, equitativa e inclusiva y cumplir con el estado de derecho. Esto asegura que se minimicen los niveles de corrupción, que los puntos de vista de las minorías sean tomados en cuenta y que las voces de los sectores más vulnerables de la sociedad sean escuchadas en las tomas de decisiones. Al igual brinda respuestas presentes y futuras a las necesidades de la sociedad. *“Ya sea vista desde la perspectiva de la legalidad, la eficiencia, la sostenibilidad o su efectividad, el desarrollo obtiene muchos beneficios de la Buena Gobernabilidad, y el concepto de Buena Gobernabilidad*

tiene mucho que ganar del marco de los Derechos Humanos”¹⁹.

El concepto de lo que es *buena gobernabilidad* ha sido aclarado por la labor del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En su resolución 2000/64 la Comisión identificó como atributos clave para la *buena gobernabilidad* a:

- Transparencia
- Responsabilidad
- Rendición de cuentas
- Participación
- Respuesta (a las necesidades de la gente)

Dicha resolución expresamente vincula a la buena gobernabilidad a un ambiente sano que conduce al disfrute de los derechos humanos y a “promover el crecimiento y desarrollo humano sostenible”. En respaldo a la importancia del papel de la cooperación para el desarrollo para asegurar la buena gobernabilidad en los países que necesitan ayuda externa, la resolución reconoce el valor de los esfuerzos para formar alianzas en pro de la cooperación para el desarrollo y la inconveniencia de acercamientos inapropiados entre estos. Al unir la buena gobernabilidad con el desarrollo humano sostenible, enfatizando en principios tales como rendición de cuentas, goce y disfrute de los derechos humanos, y el rechazo de acercamientos inapropiados de asistencia para el desarrollo, la resolución se presenta como un respaldo implícito al derecho al desarrollo de los pueblos.

¹⁹ **Mary Robinson** - United Nations High Commissioner for Human Rights, <http://www.unhchr.ch/development/governance.html>

Buena gobernabilidad a nivel nacional

Existe una amplia gama de parámetros de relevancia y aplicación directa de las Naciones Unidas en cuanto a la *buena gobernabilidad*. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requiere de sus 148 Estados parte “*para respetar y asegurar ... los derechos reconocidos*” en la Convención y “*tomar las medidas necesarias ... para dar efecto a estos derechos*”. Los Estados parte son requeridos, entre otras cosas, para asegurar que existan remedios inmediatos para las violaciones a sus disposiciones; para proveer en caso de denuncias de una competencia judicial, administrativa y autoridades legislativas y para aplicar las medidas que han sido otorgadas (artículo 2).

De manera similar, al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los 143 Estados están obligados a “*... adoptar medidas ... hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados ... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*” (artículo 2)

La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, posteriormente aclara la naturaleza de estas obligaciones, estableciendo cuatro objetivos importantes en cuanto a la gobernabilidad. Su mandato establece la necesidad de formular políticas de desarrollo apropiadas que apunten a la continua mejoría del bienestar de toda la población y de todas las personas, sobre la base de su libre, activa y significativa participación en el desarrollo y en la justa distribución de los resultados obtenidos.

Se espera de los Estados parte que se comprometan a nivel nacional a tomar todas las medidas necesarias para la concretización del derecho al desarrollo y a asegurar

mientras tanto, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos, educación, servicios de salud, alimentación, habitación, empleo y distribución equitativa de los recursos.

Es necesario que se tomen “**medidas efectivas**” para asegurar que las mujeres poseen un papel activo en los procesos de desarrollo, y las **reformas económicas y sociales necesarias**” deben llevarse adelante con la visión de erradicar todas las injusticias sociales. En resumen, la Declaración requiere de los Estados que adopten medidas para asegurar el pleno ejercicio y los logros progresivos en cuanto al derecho al desarrollo, incluyendo la formulación, adopción e implementación de políticas, leyes y otras medidas en los niveles nacionales e internacionales.

En un mundo globalizante, la gobernabilidad nacional e internacional se encuentran intrínsecamente vinculadas. Las instituciones internacionales sobre gobernabilidad se encontrarán en una mejor posición para responder las necesidades de los países en desarrollo una vez que las instituciones nacionales logren alcanzar los niveles de la buena gobernabilidad. Las exigencias de los gobiernos en la arena internacional son legítimas únicamente en la medida que reflejan la voluntad de los pueblos.

De manera similar, las instituciones nacionales estarán en la posibilidad de responder más efectivamente a la voluntad popular en los lugares en que existan instituciones basadas en los principios de buena gobernabilidad. A nivel nacional esto implica necesariamente la transparencia, responsabilidad, rendición de cuentas, gobernabilidad participativa y que el brindar respuestas a las necesidades de la gente, que sea respetuosa del estado de derecho y la protección a los derechos humanos. A nivel internacional, la transparencia, la

equidad, la justicia y la cooperación internacional son igualmente necesarias.

Las medidas políticas son democracia y participación, equidad, protección y manejo ambiental, derechos humanos, el estado de derecho, administración pública y servicios brindados, transparencia y rendición de cuentas, seguridad, construcción de la paz y manejo de conflictos, métodos informativos a los ciudadanos y gobernabilidad electrónica (e – gobernabilidad)

Los elementos centrales y las áreas de colaboración programática bosquejan sobre los derechos humanos conceptos tales como participación, rendición de cuentas, no discriminación, empoderamiento y vinculaciones directas con los derechos humanos.

Es también importante mencionar otro fenómeno social que se relaciona con la buena gobernabilidad: la corrupción. Este punto ha sido caracterizado en muy buena forma por **Paolo Mauro**, funcionario del Departamento Europeo del Fondo Monetario Internacional. Este economista, graduado de la Universidad de Oxford, que recibió su título de Doctorado en la Universidad de Harvard, manifestó en febrero de 1997 lo siguiente:

“La Corrupción ha estado entre nosotros desde hace largo tiempo, en el futuro se mantendrá a menos que los gobiernos diseñen formas efectivas para combatirla. Esto no será fácil. A pesar que los estudios sobre las causas y las consecuencias de la corrupción tienen una larga trayectoria en la economía, 30 años atrás a ciertas contribuciones, las cuales los economistas han llamado buscando renta, trabajos empíricos sobre la cuantificación de la corrupción y su extensión y tratar de poner un valor monetario sobre los efectos en la economía, han sido limitados. Esto no nos sorprende siendo que la mayoría de

la corrupción es clandestina ... Como consecuencia, la corrupción es notoriamente difícil de medir y la investigación económica empírica al efecto es claramente escasa. Este trabajo se concentra exclusivamente sobre la corrupción en las prácticas públicas – actividades ilegales que reducen la eficiencia económica de los gobiernos. No se refiere a la corrupción en el ámbito privado, entendida como la practicada por individuos y empresas privadas por parte del crimen organizado.

Amplias campañas alrededor de las declaraciones de las instituciones multinacionales financieras dadas en 1996 durante su Encuentro Anual, por el Director del Fondo Monetario Internacional, en las que los Gobiernos deben demostrar su intolerancia frente a la corrupción en todas sus formas; y la del Presidente del Banco Mundial en la que el “cáncer de la corrupción” debe ser tratado con estímulos renovados de nuestro interés en el asunto. Los investigadores han empezado a observar lo que han llamado índices de la corrupción, producidos por mediciones de agencias privadas y están basados en respuestas de consultores que viven en los países para estandarizar los cuestionarios. Obviamente las respuestas son subjetivas, pero la correlación entre los índices producidos por las diferentes agencias de medición es muy alta, sugiriendo que la mayoría de los observadores coinciden más o menos en los rangos de los países acordando en cuán corruptos parecen ser. Los altos precios cancelados a las Agencias por sus mediciones por parte de sus clientes (normalmente compañías multinacionales y Bancos Internacionales) constituyen una evidencia indirecta a que la información es muy útil y que puede tener un efecto tangible en la economía. Por otra parte, el juicio de los consultores que producen estos índices puede estar distorsionado por el desempeño de la economía de los países que monitorean. Los bajos rendimientos económicos por sí mismos no implican la existencia de corrupción, ni tampoco el éxito económico es un signo infalible de ausencia de la corrupción. Es por esto que es importante,

al analizar las relaciones entre las percepciones de corrupción y las variables económicas, ser cauteloso al interpretar las correlaciones como relaciones de causa – efecto. Otro argumento adicional en contra de estos índices es su limitación para distinguir entre diversos tipos de corrupción: altos niveles versus bajos niveles de corrupción o bien, niveles organizados de corrupción versus niveles desorganizados de corrupción. A pesar de estas limitaciones, los índices proveen una buena cantidad de información útil.

Este trabajo tiene dos objetivos. Primero, numera una lista de posibles causas y consecuencias de la corrupción, derivadas de una revisión de recientes estudios que usan las regresiones a través de las naciones para determinar los vínculos entre la corrupción, sus causas y sus consecuencias (una regresión es una técnica estadística para estimar una ecuación que mejor se adapte al juego de observación. En este caso, los puntos de regresión a las causas más probables así como a las consecuencias más probables de la corrupción). A pesar de esto, las limitaciones de datos subjetivas evidencian que la corrupción inhibe seriamente el desempeño de la economía. Segundo, el trabajo presenta evidencia reciente en el sentido que la corrupción afecta las inversiones y el crecimiento económico y sobre cómo influencia a los gobiernos en lo que gastarán su dinero. Encuentra que la corrupción desalienta la inversión, limita el crecimiento económico, y altera la composición del gobierno, gastando a menudo en detrimento del futuro crecimiento económico”²⁰.

²⁰ Mauro P. International Monetary Fund, February 1997. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/issues6/index.htm>

5.3. CRITERIOS DEL OMBUDSMAN EUROPEO

Ya dijimos que el Ombudsman europeo investiga e informa sobre las malas gestiones o prácticas administrativas en las instituciones y órganos de la Comunidad Europea, como son la Comisión Europea, el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo. Únicamente la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia actuando en su papel judicial no caen dentro de su competencia. El Ombudsman normalmente dirige investigaciones sobre la base de quejas, pero también puede lanzarlas por iniciativa propia o “ex officio”.

El Ombudsman europeo como institución tiene amplios poderes investigativos. Las instituciones comunitarias y los órganos deben suplirle la información solicitada y darle acceso a los archivos y expedientes relacionados. Si el caso no se resuelve de forma satisfactoria durante el transcurso de la investigación, el Ombudsman intentará hallar una salida amigable que encauce el asunto bajo alegatos de mala administración, y que satisfaga al denunciante. Si los intentos de conciliación fracasan, el Ombudsman podrá realizar sus recomendaciones para solucionar el caso. Si la institución pública no acepta las recomendaciones hechas, el Ombudsman puede y debe enviar un informe especial al respecto, dirigido al Parlamento Europeo.

¿Pero cuál es la exacta conducta que el Ombudsman europeo desea de las instituciones europeas? En otras palabras, ¿qué significa y qué podemos entender por **mala administración**? De acuerdo con la Oficina del Ombudsman europeo, Mala Administración significa “*deficiente o insuficiente administración*”. Esto puede suceder cuando una institución incumple de hacer algo que debió haber hecho, si lo hace en forma incorrecta o si realiza algo que no debió hacer. Algunos ejemplos son:

- Irregularidades administrativas

- Injusticia
- Discriminación
- Abuso de poder
- Falta o negativa a la información
- Retrasos innecesarios

A solicitud del Parlamento Europeo, el Ombudsman europeo debe definir un concepto sobre mala administración y eso debe entenderse como: *“Mala Administración ocurre cuando un órgano público no actúa de acuerdo con el imperio de la ley o los principios vinculados a éste”* y que *“cuando el Ombudsman europeo investiga, ya sea una institución u órgano Comunitario, ha actuado en concordancia con las reglas y principios los cuales son vinculantes a ellos, su primera y más importante función debe ser establecer si ha actuado conforme a derecho”*. El Ombudsman revisa actividades que están en contra de normas y procedimientos que son vinculantes, si bien incluyendo pero también yendo más allá de los aspectos meramente legales. Los parámetros legales forman parte de las revisiones pero también otros parámetros que son considerados vinculantes por el Ombudsman, pueden ser tomados en cuenta.

La ley no da una definición de *mala administración*. Esta significa que ha habido una falla en la forma en que el Concejo ha realizado o no una actividad. Mala administración es uno de los aspectos que el Ombudsman puede investigar cuando una persona se encuentra insatisfecha con los resultados de su queja formal y de la revisión independiente. Un Ombudsman puede investigar los méritos de la queja (por ejemplo, la calidad de las decisiones hechas por el personal). Ellos pueden únicamente investigar los procedimientos en cuanto a la prestación de servicios y la investigación por la queja.

La información siguiente es un extracto del Informe 1999–2000 de la página Web del Ombudsman sobre gobiernos locales. *“No existe una definición de Mala Administración y muy poca autoridad judicial sobre la materia. Durante el impulso a la Ley de 1967 dentro del Parlamento, Richard Crossman se refirió a “prejuicios, negligencia, inatención, retrasos, incompetencia, ineptitud, perversidad, turbación, arbitrariedad y más”. De hecho, la principal muestra de si ha existido Mala Administración es cuando una autoridad ha actuado razonablemente de acuerdo con la ley, sus propias directrices y parámetros generalmente aceptados por las administraciones locales. El Principio de Razonabilidad surge una y otra vez en las correspondencias e informes que explican nuestras conclusiones. Nos preocupa la forma en que se alcanza una decisión, no con los méritos de la decisión”.*

Las causas de mala administración incluyen:

- Omisiones al seguir sus propias disposiciones y procedimientos
- Omisiones al atender correspondencias y otras solicitudes
- Omisiones al brindar información
- Brindar información incorrecta
- Realizar declaraciones imprecisas o confusas
- Omisiones al realizar una decisión de la forma correcta
- Omisiones al llevar y mantener registros adecuados
- Retrasos en la toma de medidas
- Demoras para la realización de algo
- Tomar las medidas inadecuadas
- Omisiones al tomar la decisión correcta
- Omisiones en tomar medidas

- Rompimiento de promesas
- Tratos injustos
- Omisiones en las investigaciones
- Falta de respuesta en conjunto o coordinaciones apropiadas entre departamentos
- Omisiones en cuanto a considerar alternativas de medidas

Parámetros no jurídicos son incluidos en términos de *mala administración* pero son de tipo secundario, en el sentido que viene luego de una revisión jurídica. En adición, deben ser considerados vinculantes por parte del Ombudsman, pero no legalmente vinculantes, indicando que el Ombudsman dirige únicamente una revisión de carácter objetivo. “*El Ombudsman desempeña una revisión objetiva – al igual que las Cortes de Justicia - y no una apreciación subjetiva de los hechos, como el mediador podría o el Parlamento puede*”²¹.

Conducir una revisión legal para un caso en concreto implica supervisar que las normas legalmente vinculantes se respeten. Para una revisión de carácter no legal se hacen referencias a parámetros éticos tales como el debido cuidado y consideración. En el Informe Anual del Ombudsman europeo se brinda los siguientes ejemplos:

- Actuar sin retrasos innecesarios
- Mantener registros apropiados
- Proveer información clara y correcta
- Actuar con cortesía
- Disculparse ante las faltas o errores
- Promover el acceso público a un *Código de Buen*

²¹ European Ombudsman: Redress and Control at Union Level, Natja Heede.

Comportamiento Administrativo

Se podrá argumentar que en un estado comunitario en su etapa relativamente embrionaria, el derecho administrativo puede impedir que el Ombudsman realice sus revisiones debido a que no existen muchos principios de buena administración que son aceptados por lo general como vinculantes. Sin embargo, siempre existirá un núcleo duro sobre los parámetros mínimos basados en la ética.

Si el Ombudsman encuentra que existe mala administración, deberá informarlo a la institución u órgano concerniente, en donde realizará borradores a sus recomendaciones según el caso. La institución u órgano notificado deberá enviar una opinión detallada dentro de los tres siguientes meses. El Ombudsman podrá luego enviar un informe al Parlamento Europeo y a las instituciones involucradas, en el que podrá realizar sus recomendaciones. De la misma forma, la persona quejosa o denunciante, deberá ser notificada por el Ombudsman sobre los resultados de las investigaciones, de la opinión expresada por la institución denunciada y sobre cualquier recomendación hecha por el Ombudsman. Al final de cada sesión anual, el Ombudsman deberá presentar un informe al Parlamento Europeo, sobre los resultados de sus investigaciones²².

Si en el curso de las investigaciones, encuentra hechos que pueden ser considerados como delitos penales, el Ombudsman deberá notificarlo inmediatamente a las autoridades competentes por medio de los representantes permanentes de los miembros Estado de la Comunidad Europea y, si es apropiado, las instituciones comunitarias con autoridad sobre el funcionario o empleado público en cuestión, podrán aplicar el párrafo segundo del artículo 18

²² Article 3, Decision of the European Parliament on the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties.

del Protocolo de Privilegios e Inmunidades de la Comunidad Europea. El Ombudsman también podrá informar a las instituciones u órganos comunitarios involucrados, sobre la conducta de un miembro de su personal desde un punto de vista disciplinario²³.

El Ombudsman es electo por el Parlamento Europeo luego de cada elección del Parlamento y por la duración de su mandato. Puede ser reelegible y su sede se encontrará en la del Parlamento Europeo. Un Ombudsman que ya no cumpla con las condiciones requeridas para el desempeño de sus funciones o que sea culpable de graves faltas a su cargo, debe ser removido por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, ante la solicitud del Parlamento Europeo²⁴.

El Ombudsman debe cumplir con su función con absoluta independencia, en el interés general de la Comunidad y los ciudadanos de la Unión. En el desempeño de sus funciones no deberá aceptar ni solicitar instrucciones de ningún gobierno o cualquier órgano, deberá abstenerse de realizar cualquier acto incompatible con la naturaleza de su cargo. Al asumir el cargo deberá hacer un juramento solemne ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, afirmando que realizará su labor con total independencia e imparcialidad y que durante y luego de finalizado su período respetará las obligaciones que conlleven, en particular el deber de comportarse con la integridad y la discreción que conlleva su aceptación al cargo, luego que ha cesado el período de su elección, en cuanto a ciertos compromisos o beneficios²⁵.

²³ Ibid. Article 4.

²⁴ Ibid. Article 7-8.

²⁵ Ibid. Article 9.

5.4. CRITERIOS Y SUB-CRITERIOS UTILIZADOS POR EL OMBUDSMAN DE NICARAGUA, HOLANDA Y DE EUROPA

5.4.1 Fase de Resolución

Una vez que la investigación ha finalizado, deberá contarse con una resolución en la que se encuentren los resultados de la investigación, recomendaciones y sugerencias consideradas apropiadas (artículos 41 y 45)²⁶.

A. Tipos de resolución

Existen dos opciones luego que la investigación llega a su final; una es que se hayan encontrado suficientes evidencias sobre la violación a los derechos humanos como resultado de actos administrativos u omisiones de una institución pública o cualquier otra autoridad; la otra es la situación opuesta y significa que no existan suficientes pruebas sobre las declaraciones esbozadas en la denuncia. Cada una de estas situaciones finalizará con un tipo diferente de resolución, pero en ambas existirán elementos en común.

Resolución con Responsabilidad

Es importante mencionar que existen algunas similitudes entre los Ombudsman de los demás países de Centroamérica y el de Nicaragua en cuanto a sus resoluciones. Por ejemplo, El Salvador y Guatemala utilizan un formato similar al de Nicaragua, dividiendo el documento en “*resultados*”, en donde encontramos los antecedentes y argumentos de la denuncia, así como todas las medidas en relación con la investigación; “*considerandos*”, que son consideraciones jurídicas de carácter nacional e internacional en cuanto a la

²⁶ Ley Nacional del Ombudsman de Nicaragua.

conducta de la Administración, argumentos probados y no comprobados de la investigación y los argumentos dados por las instituciones públicas. Finalmente, un tercer aspecto lo constituye el “*por tanto*”, o decisión del Ombudsman en relación con el caso, conclusiones y recomendaciones, recordatorios de los deberes legales y las sugerencias a la Administración Pública. Aún cuando en Nicaragua estos componentes de la resolución son llamados de forma diferente, estos significan casi lo mismo. La razón que hallamos para esta diferencia es porque la oficina del Ombudsman en Nicaragua quiso utilizar un procedimiento y una terminología diferente que la utilizada por los judiciales, a como hicieron El Salvador y Guatemala. En este sentido se considera que el procedimiento judicial es más rígido que el que se necesita para las instituciones del Ombudsman.

Existen otras oficinas que usan un estilo diferente para las resoluciones. En Costa Rica por ejemplo, se ha establecido claramente que la resolución no debe observar ninguna formalidad especial adicional al nombre del denunciante, la descripción de las situaciones de la denuncia, hechos probados, resultados de la investigación, base legal y las respectivas recomendaciones. Este método busca mantener la informalidad y la flexibilidad del procedimiento.

En el caso de los Países Bajos encontramos dos tipos de investigaciones. Una vez que el Ombudsman Nacional ha decidido que una solicitud (denuncia) es objeto de investigación (condición necesaria para la investigación es que sea de competencia del Ombudsman Nacional), él adoptará uno de los dos métodos de investigación: el método formal y el informal. El primero es el más utilizado para las denuncias, a como se desarrolla en la ley creadora del Ombudsman, y constituye una investigación para establecer los hechos relacionados con las acciones de una autoridad administrativa y su personal. Como regla general, sus

resultados se encuentran en una resolución – escrita – en la que el Ombudsman Nacional determina si las acciones investigadas son “adecuadas” o no. Si existen razones para sugerir que la autoridad debe tomar medidas en relación con la denuncia, el Ombudsman realiza sus sugerencias al final de la resolución, bajo el encabezado “recomendaciones”. Como una debilidad de este tipo de investigaciones podemos decir que toman algún tiempo, ya que ambas versiones deben ser evacuadas y todos los involucrados deben ser notificados de los resultados antes que el Ombudsman entregue su informe final.

Pero cualquiera que sea el formato utilizado, todas las resoluciones deben tener al menos información general sobre el denunciante o quejoso (sino estamos en presencia de una investigación de oficio o bien cuando se pretenda proteger la identidad del denunciante), fecha de la denuncia, descripción de los hechos denunciados al igual que la identidad del funcionario denunciado, antecedentes y argumentos de la queja, así como todas las medidas tomadas en relación con la investigación, consideraciones nacionales e internacionales de tipo legal en relación con el comportamiento de la administración, hechos probados y no probados, argumentos dados por las autoridades administrativas y finalmente, la decisión del Ombudsman en cuanto al caso, conclusiones y recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias a la Administración Pública, en caso que exista responsabilidad de la Administración.

El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa

Desde el inicio de la oficina del Ombudsman europeo en Septiembre de 1995, han trabajado en encontrar una definición de lo que es “Mala Administración” basado en la jurisprudencia de la Corte de Justicia y los principios del derecho administrativo europeo. Esta labor ha continuado al

presentar un borrador para un *Código de Buena Conducta Administrativa*, adoptado actualmente por el Parlamento Europeo. La Ley Local de 1993 requería que el Consejo preparara y adoptara un código de conducta que debía observarse por parte de los miembros del Consejo, miembros del personal y delegados del Consejo.

Un modelo de conducta fue preparado y firmado por el Ministro para Asuntos de Gobiernos Locales bajo la sección 440 (2) de la ley. Si observamos el código de conducta este nos brindará líneas sobre como actuar con probidad y bajo un parámetro que brinde garantías a uno y al Consejo.

Este código se ha desarrollado para asistir al personal y a Miembros del Consejo dotándoles con un juego de principios y guías para las instituciones y agentes de la Administración. No es un juego de reglas que definen lo bueno y lo malo, sino que dará respuesta a situaciones difíciles o no éticas.

Algunas veces la atención de la Comunidad Europea se fija sobre las instituciones europeas como el resultado de que algunos sectores de Europa creen que la toma de decisiones y el resultado de su trabajo no están directamente relacionados con ellos, ya que sienten que son ajenos a esos procesos y como ciudadanos comunes y corrientes no tienen participación a ese nivel. Algunas de las quejas han afirmado que los procedimientos para suplir las vacantes y plazas en los puestos de las instituciones europeas no es el mejor y que esa falta de transparencia ha sido un problema.

Por esta razón fue necesario crear el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa. *“El Código está dirigido a los ciudadanos europeos y a los funcionarios públicos. Dice a los ciudadanos que tienen el derecho a saber de la Administración y a los funcionarios cuáles principios deben*

*observar en sus actividades. Creo firmemente que la plena implementación del Código beneficiará la confianza de los ciudadanos en la Unión y las Instituciones Europeas*²⁷. Una comprensión del Código ayudará a mantener los parámetros y la ética desarrollada acá para las instituciones de la Sociedad de la Unión Europea.

Si actuamos honestamente y de forma abierta en la función de representar al Consejo, de la misma manera esto refuerza que se de un alto nivel de confianza entre la comunidad y otros asuntos y representaciones de gobierno. El Código también demuestra la determinación del Consejo en mantener una fuerza de trabajo bien preparada y ética que represente a sus organizaciones, y que sean profesionales y eficientes, dirigidas hacia la calidad total, y que trabajen en beneficio de la comunidad. Los beneficios de este Código son inestimables ya sea que uno sea empleado del Consejo, Consejero o ciudadano.

Cuando el Ombudsman determina la existencia de responsabilidades de parte de la Administración Pública en relación con la violación a los derechos humanos, deberá promover todas las medidas posibles para restituir, defender y proteger esos derechos fundamentales. Estas medidas pueden consistir en sanciones administrativas, dentro de las sugerencias a las instituciones para que reconsidere sus criterios en relación con la situación sujeto de queja (artículos 18, 41 y 45)²⁸.

Algunas veces es posible que como resultado de las investigaciones el Ombudsman descubra la existencia de procedimientos, políticas o normas vinculantes de tipo general que van más allá de los hechos originalmente

²⁷ Soberman, J. *The European Code of Good Administrative Behaviour*.

²⁸ Ley Nacional del Ombudsman de Nicaragua.

denunciados. Esta situación le da la oportunidad al Ombudsman de obtener un mayor impacto de su trabajo, alcanzando más violaciones (potenciales o reales) a los derechos humanos, que las mencionadas en la queja original. En estos casos es frecuente encontrar recomendaciones específicas dirigidas al denunciante y recomendaciones generales para remediar la situación estructural, aún para sugerir a la Administración o al Parlamento, dependiendo del caso, modificar tales disposiciones (artículo 45)²⁹.

Otro criterio desarrollado por el Ombudsman de Nicaragua en cuanto a las resoluciones, se presenta cuando como resultado de una investigación éste encuentra conductas del servidor público que pueden ser consideradas como presuntos actos delictivos. Bajo estas circunstancias el Ombudsman deberá redirigir el caso a la Procuraduría General de Justicia en orden de delimitar las responsabilidades penales correspondientes (artículo 41)³⁰. Sin embargo, es importante mencionar que el caso ha sido redirigido a las autoridades competentes en orden de continuar un seguimiento y asegurarse que las medidas penales se inicien. Una copia de la resolución deberá ser enviada al denunciante, la institución denunciada y a cualquier otra persona afectada (artículo 43). Adicional a los otros elementos mencionados, comunes a todas las resoluciones, la resolución de responsabilidad debe proveer:

- i) Acto específico, omisión o situación determinada como violación a los derechos humanos del denunciante o cualquier otra persona.
- ii) Normas legales y derechos humanos fundamentales que han sido violados.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

- iii) Identidad exacta de la institución, autoridad pública o funcionario público responsable de tales hechos.
- iv) Persona a quien se dirigen las recomendaciones o sugerencias.
- v) Recomendaciones y sugerencias generales (si fuera del caso).
- vi) Recomendaciones y sugerencias específicas para casos individuales.

Período en el que la institución o funcionario debe enviar una respuesta apropiada en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones enviadas. Un período de quince días parece ser lo más usual y conveniente para el Informe de Cumplimiento, pero puede variar dependiendo de las prioridades y situaciones especiales para casos urgentes. Al enviar este reporte de cumplimiento, es vital que las autoridades administrativas especifiquen qué medidas se tomarán, si es que se tomará alguna, tiempo de ejecución y persona responsable del cumplimiento.

Resoluciones de no responsabilidad

Durante la investigación, de igual manera que en todas las actuaciones del Ombudsman, el debido proceso es importante. Una equitativa y suficiente posibilidad de defensa de las acusaciones debe ser garantizada por la Administración al consultarle y recibir informes sobre las situaciones denunciadas. Pueden enviar sus puntos de vista así como presentar todos los documentos para demostrar su participación y no responsabilidad en el caso bajo investigación. Esta medida también garantiza la calidad, imparcialidad y claridad de las investigaciones del Ombudsman. También es importante que en aquellos casos en donde la investigación no encuentra responsabilidad o no

existen suficientes bases para declarar la violación a los derechos humanos de parte de la Administración, podemos contar con una resolución de no responsabilidad. Esta resolución necesita de ser notificada a los interesados (denunciantes y cualquier otra persona directamente afectada).

Por esas razones, este tipo de resoluciones deben proveer, además de los elementos comunes:

- i) Declaración formal de haber finalizado con las investigaciones, declaración de no existir responsabilidad de parte de las autoridades denunciadas y las bases para tal conclusión.
- ii) Comentarios o cualquier recomendación adicional consideradas por la autoridad administrativa o agente público.
- iii) Guías e información dirigida al denunciante sobre las medidas y los instrumentos legales en orden de ejercitar sus derechos.

Resolución de Conciliación

Una de las atribuciones del Ombudsman es procurar la conciliación entre las personas que son víctimas de violaciones a sus derechos humanos o que han sido amenazados con ser violados por la Administración (artículo 18 de la Ley 212 de Nicaragua). En ese sentido, los procesos de conciliación facilitan poner en contacto al denunciante con la Administración Pública, y al utilizar métodos de intervención el Ombudsman o sus delegados y delegadas pueden lograr un arreglo, restaurando aquellos derechos humanos violados.

Debido a la naturaleza de este procedimiento, la conciliación debe ser escogida libremente por parte de todos

los involucrados, y nunca puede ser utilizado para violaciones en contra del derecho a la vida o graves violaciones a los derechos humanos. Luego de alcanzar un arreglo, una declaración o acta (Documento de Conciliación) será escrita mencionando las bases del acuerdo, obligaciones y cualquier otro resultado de la conciliación, si hubieran, tales como las medidas a implementar, período en que se llevarán a cabo, funcionario público a cargo del cumplimiento, o en su lugar mencionar si es que no se ha logrado ningún acuerdo. Todas las partes deberán firmar el acta, incluyendo el Ombudsman o sus delegados encargados de la conciliación. Una copia de éste será entregada inmediatamente a todos los involucrados y la Oficina de Seguimiento recibirá una notificación para asegurar que se apliquen todos los acuerdos.

B. Otro método para decidir una queja

Existen otras formas para finalizar con una queja adicional a las resoluciones formales con recomendaciones y conciliación. Estos casos pueden resumirse como métodos de intervención, falta de interés de parte del denunciante, ausencia de evidencia probatoria, en caso que la denuncia sea manifiestamente infundada (a veces es necesario iniciar una investigación en orden de encontrar si existen suficientes bases para la queja, como sea, existen otros casos en los que no es necesario y el Ombudsman puede decidir no investigar) y además verdades a medias por parte del denunciante.

Método de Intervención

Básicamente consiste en un curso informal de acciones como llamadas telefónicas, correspondencia solicitando cooperación o colaboración en relación con las peticiones

del denunciante, y cualquier otro esfuerzo en busca de la celeridad y la simplicidad para encontrar una solución. No es necesario escribir una resolución en los mismos términos que las mencionadas anteriormente, pero un documento escrito dando conocimiento del caso estará en lugar. Este documento también contendrá obligaciones y compromisos adquiridos por la Administración Pública, al igual que el período de cumplimiento. Con este documento el caso se cierra quedando pendiente solo la fase de seguimiento. Esta debe ser notificada al denunciante al igual que a las autoridades denunciadas.

En el sistema de los Países Bajos este método es conocido también como métodos informales en relación con los métodos formales ya mencionados. Este enfoque es frecuentemente utilizado en casos en los que la primera necesidad del denunciante es una acción inmediata por parte del Ombudsman Nacional para resolver un problema y dado que tal acción es factible de ser efectiva. Estos son casos en los que el denunciante ha estado esperando respuesta de la administración por un tiempo y en donde está claro que éstas no desean comprometerse. En el manejo informal de una queja el Ombudsman puede decidir informar sobre la denuncia a la Administración Pública involucrada, y averiguar si existen posibilidades de resolver el problema.

En la práctica, esto conlleva seguidamente una respuesta de la administración, ya sea aclarando el asunto o prometiendo alguna acción. El denunciante ha logrado así sus objetivos y no tiene ningún interés en continuar con la investigación. Tampoco existe ningún propósito general en realizar una resolución en este tipo de casos. Luego de una intervención exitosa, el Ombudsman nacional informará a todas las partes involucradas, por escrito, sobre su decisión de no continuar la investigación. De esta forma, la investigación no finalizará con una resolución. A como sea,

si en la opinión del Ombudsman Nacional existe una razón para continuar con las investigaciones, podrá hacerlo por medio de métodos formales, obteniendo así una resolución.

Los métodos formales de investigación y resolución de casos son a menudo un medio fuerte para obtener las soluciones a los problemas, e implican mucho esfuerzo de parte del Ombudsman Nacional y de la Administración Pública. Aparte de esto, cuesta mucho dinero y tiempo cuando lo que el ciudadano o ciudadana desea es una rápida solución a su problema. Es por esto que sus expectativas se concentran en la búsqueda de una rápida solución.

Pero no todos los casos pueden resolverse por métodos de intervención, y es que su uso está reservado para casos no complejos, como quejas sobre la duración y el tratamiento de una solicitud, aplicación o correspondencia. El ciudadano simplemente no recibe respuesta de parte de la autoridad pública; desea saber el estado de las cosas y, en muchos casos, desea la diligencia de los procesos de arreglo a sus peticiones, aplicaciones o correspondencia. Las quejas o denuncias ante autoridades administrativas que no cambian determinados datos en un registro (por ejemplo en casos que el nombre del denunciante esté mal deletreado, un cambio de dirección que no se halla reportado, la persona a quien se ha enviado una correspondencia se encuentra fallecida por algún tiempo); casos en que exista un interés financiero: una disputa sobre pagos que el denunciante debe hacer a las autoridades o un reclamo de la autoridad hacia el denunciante; casos en que el denunciante espera que la Administración, luego de la intervención del Ombudsman, cambie sus puntos de vista hacia determinada materia; casos en donde el denunciante desea que la Administración se disculpe o le indemnice por concepto de compensación de algún tipo.

Esto implica que existen casos en los que no puede manejarse la denuncia por medio de métodos informales. Algunos de estos casos son:

Casos complejos:

Complejos porque existe más de una institución involucrada o bien se refiere a asuntos de naturaleza compleja y se necesita de una completa investigación para clarificar qué ha sucedido en realidad, cuáles son los hechos relevantes, cuál es el respaldo de los actos de la administración, cuál es la exacta partición-distribución de las responsabilidades entre las autoridades administrativas involucradas.

Casos en los que una solución ya no es posible; la autoridad no se puede reservar el asunto; lo que ya se hizo no puede deshacerse, así que el interés del denunciante es obtener un fallo del Ombudsman Nacional en un informe; simples disculpas de la administración no son suficientes, el denunciante quiere satisfacción moral.

Buenos ejemplo de casos que no son materia de intervención son actos complejos de parte de la policía: el uso de fuerza y violencia innecesaria (¿quién golpeó a quién?), uso indebido de las esposas, etcétera.

Falta de interés de parte del denunciante

Sin importar que los procedimientos de investigación en Nicaragua se inician con la denuncia, y que normalmente no hay necesidad de ninguna acción por parte del denunciante, a veces un papel más activo del denunciante se hace necesario durante la investigación para aclarar algunos datos, así como para obtener más documentos, pruebas o información. Luego de poner en conocimiento del

denunciante que su ayuda es necesaria, se le brinda un período para comparecer ante la oficina del Ombudsman, pero en caso que no exista ninguna respuesta de su parte a esta solicitud, el Ombudsman podrá interpretar esto como un desistimiento de la denuncia. Una evaluación sobre si la investigación puede continuar sin la presencia del denunciante deberá hacerse antes de decidir archivar la causa.

Renuncia explícita

El denunciante de forma directa expresa su libre voluntad de abandonar la queja. En estos casos es importante estar atento en cuanto a que algunas instituciones públicas pueden tener alguna influencia sobre los denunciantes utilizando técnicas amenazantes. Es importante para la investigación que el Ombudsman esté convencido de la libre decisión del denunciante.

Cuando el o la denunciante manifiestamente y de forma infundada e intencional expresan verdades a medias en su denuncia

A veces se hace necesario iniciar una investigación en orden de averiguar si existen suficientes bases para la denuncia, como sea, hay otros casos donde no es necesario y el Ombudsman puede decidir no investigar. Cuando esto sucede, puede cerrar el caso fallándolo con una resolución que dicta su archivo. En todo caso, el cierre del mismo debe estar bien fundamentado y notificado al denunciante y demás partes involucradas.

5.4.2 Fase de Seguimiento

Esta otra fase tiene por objeto asegurar que todas las recomendaciones hechas en las resoluciones, al igual que

posibles acuerdos, sean cumplidas por la Administración Pública y sus funcionarios de acuerdo con el estado de derecho, los principios de *buen gobierno* y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República de Nicaragua, aplicando sanciones de tipo administrativo o penal, si vienen al caso, tomar las medidas y rectificar los errores de la administración. Los órganos de la Administración y sus funcionarios se encuentran obligados a contestar por escrito las recomendaciones del Ombudsman por medio de un “Informe de Cumplimiento”. Este imperativo legal lo encontramos en el artículo 42 de la Ley 212 de Nicaragua, indicando que cualquier funcionario público que se niegue dos veces consecutivas a cumplir con las recomendaciones del Ombudsman, será sujeto de las sanciones penales o administrativas derivadas. Aparte de esta consecuencia jurídica existe otra posibilidad para que el Ombudsman asegure el cumplimiento de las recomendaciones, y es que el funcionario sea interpelado por la Asamblea Nacional exigiéndole una explicación por su desobediencia.

Para un resultado más exitoso por parte de la fase de seguimiento, las recomendaciones y sugerencias deben ser consideradas como acciones de “hacer” o “no hacer”, o bien dejar de hacer algo que la administración se encuentra realizando. Esto implica que las recomendaciones y sugerencias deben referirse a situaciones concretas en cuanto a determinado momento y lugar, y como consecuencia será posible que responda a preguntas como “cuándo”, “quién”, “cómo” y “dónde”. Esas recomendaciones deben ser muy precisas y concisas en orden de someterlas a un procedimiento de seguimiento sobrio y responsable. Una recomendación ambigua y poco clara dañará los resultados de la investigación demostrando un producto incierto, y consecuentemente un impacto muy vago de la labor del Ombudsman. Es importante considerar que la fase de

seguimiento requiere de un procedimiento más informal que la investigación, aún incluso un acercamiento más personal con el funcionario responsable del cumplimiento de la recomendación.

En esta fase no existe la posibilidad de modificaciones, así que las instituciones solamente tendrán dos opciones, cumplir o desobedecer las recomendaciones, pero si durante esta etapa la pretensión del denunciante sufre algunas modificaciones o si existen nuevos elementos diferentes de la denuncia original, una nueva investigación deberá iniciarse si fuera competencia de la oficina. En este punto es importante cuestionarse sobre esta práctica, ya que la implementación de este criterio costará tiempo y dinero de la oficina del Ombudsman, la Administración y del denunciante de forma innecesaria. Tal vez sería importante pensar en una alternativa de negociación con el consentimiento del denunciante, y por supuesto con un control interno de negociación para la recomendación. La aprobación del Ombudsman sería necesaria, ya que no es solo el criterio del la Oficina de Seguimiento que debe tomarse en cuenta para las posibles negociaciones en el cumplimiento de las recomendaciones. Por ejemplo, en la figura del Defensor del Pueblo en España podemos identificar tres tipos diferentes de resoluciones: recomendaciones, sugerencias y recordatorios de los deberes legales. La *recomendación* se utiliza para las medidas a tomar en un caso específico, las *sugerencias* para un alcance más general (adopción y modificación de nuevas normas y políticas), y *recordatorios de deberes legales* es para demandar la aplicación de responsabilidades inherentes a la función pública o servicios de parte de la Administración.

El sistema danés posee otro tipo de recomendación bajo el nombre de *crítica*; una resolución para aquellos casos en que la investigación determina que la Administración

Pública no actuó de acuerdo con las normas legales aplicables, pero que a pesar de ello los resultados han sido satisfactorios para las perspectivas del objetivo final. En esta resolución el Ombudsman critica la forma en que actuó en un caso específico, sin tomar en cuenta los resultados satisfactorios, ya que el procedimiento seguido no fue el correcto o el estado de derecho no fue respetado.

Dependiendo del tipo de resoluciones y recomendaciones el cumplimiento en sí mismo puede ser más fácil, así la clasificación y una clara comprensión de ello de parte del investigador podrá ayudar en el abordaje y tratamiento de las quejas. En orden de alcanzar una tipología bien ajustada de las recomendaciones a nivel general, el Ombudsman debe tener en cuenta sus experiencias de las situaciones cotidianas al igual que las normas que se aplican en las instituciones.

Tipo de oficina que se encarga del seguimiento

Otro importante componente para la fase del seguimiento es en relación con el sistema u órganos a cargo del seguimiento de las resoluciones y su cumplimiento. En este sentido, existen dos principales opciones en América Central.

La primera opción es un método en el cual el investigador a cargo de la queja será quien sea responsable del cumplimiento de las recomendaciones hechas. Uno puede pensar en las ventajas de este tipo de sistema, y es que nadie mejor que el investigador para conocer los detalles de la investigación, y por ende, las mejores alternativas para lograr el cumplimiento de recomendaciones y sugerencias. Pero la desventaja de este método de seguimiento es que el funcionario público, el investigador, tendrá bajo su responsabilidad una vasta cantidad de expedientes bajo investigación que probablemente le consuman la mayor

parte de su tiempo. La mayoría de los países en América Central y del Reino de los Países Bajos, han escogido este método como procedimiento de seguimiento para las recomendaciones y sugerencias.

La segunda opción busca hacer uso de una oficina especializada u órgano con la función específica de verificar el cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman. Con este es posible implementar métodos y acciones de trabajo dirigidas a la función en particular. Además, este método simplifica el desarrollar una perspectiva global e integral sobre el cumplimiento de todas las recomendaciones desde las diversas instituciones y funcionarios públicos. Como debilidad podemos observar el problema de que la oficina especializada no se vio involucrada durante los procesos de queja e investigación. Este es el método implementado en Nicaragua, con buenos resultados que pueden mejorarse con una oficina más completa. Más apoyo es necesario si esperamos niveles más eficientes en cuanto al cumplimiento de recomendaciones. Algunas personas podrán pensar que los órganos de la administración están obligados a defender el estado de derecho y a respetar los marcos legales del país, la legislación nacional e internacional, por lo que cuando se recibe una queja o se inicia una investigación bajo la competencia del Ombudsman, y él concluye que han existido irregularidades de parte de la administración pronunciando así recomendaciones a ser aplicadas, las autoridades públicas deberán aplicar de forma inmediata las sugerencias y recomendaciones sin necesidad de un proceso de seguimiento, ya que es obligación de la Administración hacerlo. Pero la verdad es que en la mayoría de los casos la administración no siempre concuerda con las resoluciones del Ombudsman. Esta es una situación más común en los países en vías de desarrollo que en países desarrollados como Holanda en donde *"En un 88.3% de los casos son*

descontinuados, la razón fue que el denunciante había recibido una respuesta satisfactoria de parte del órgano en cuestión. Este es un salto importante en cuanto a la efectividad del trabajo del Ombudsman Nacional. En 11 informes, el Ombudsman se mostró conforme al notar las medidas tomadas por la agencia involucrada. En nueve casos se relacionó con medidas a favor solo del demandante a nivel individual, mientras en 19 casos fue más general o de naturaleza preventiva. Para finales del 2000, se han recibido respuestas a 22 recomendaciones. Todas han sido adoptadas”³¹. En todo caso, cualquier opción que decidamos, es más que claro que un determinado proceso de seguimiento para las recomendaciones, se hace necesario en orden de alcanzar un mejor impacto en cuanto a la labor del Ombudsman. En la fase de seguimiento todas las acciones comunes, recordatorios y prevenciones enviadas a los funcionarios se hacen necesarios. Es también posible que se haga necesario el uso de acciones informales tales como llamadas de teléfono y reuniones informales con los funcionarios públicos, para explicarles la importancia de las recomendaciones pendientes de cumplimiento, no solo para el denunciante, sino para la Administración, y restituir la confianza que se ha roto entre ambos. Todas estas acciones deben ser documentadas en un expediente de seguimiento a la queja.

El Informe de Cumplimiento

Tal y como fue ya indicado, los órganos de la Administración y sus funcionarios están obligados a responder por escrito ante las recomendaciones del Ombudsman. Este documento es conocido como “Informe

³¹ Annual Report of the National Ombudsman, The Netherlands/ year 2000.

de Cumplimiento” extraído de la interpretación de los artículos 42 y 43 de la Ley 212 de Nicaragua. El artículo 43 menciona una “respuesta”, la cual debe ser entendida como obligatoria para la Administración, enviando un documento al Ombudsman haciendo mención expresa a sus recomendaciones, todas las medidas que deban ser adoptadas por ellos, período de cumplimiento y nombre de los funcionarios responsables de cumplirlas. En la solicitud de este informe se realizará la prevención de que se espera un informe completo y apropiado dentro del período preclusivo. En caso que el funcionario no esté de acuerdo con las recomendaciones y las conclusiones, podrá explicar y justificar las razones por las cuales considera que existen bases para no cumplir con estas recomendaciones.

La prevención en cuanto al Informe de Cumplimiento

En caso que el Informe de Cumplimiento no sea enviado a la oficina del Ombudsman, el funcionario responsable cometerá el delito de desobediencia, una falta penal. Pero antes de enviar el caso al Procurador General de Justicia y al superior jerárquico del servidor público, es conveniente prevenirle con un recordatorio de sus deberes legales mencionando las responsabilidades penales en caso que no preste atención a esta prevención.

Este documento al menos debe contar con estos elementos:

- i) Fecha de notificación de la resolución conteniendo recomendaciones y sugerencias.
- ii) Clara mención de las recomendaciones que se encuentran pendientes de cumplimiento.
- iii) Indicación de la fecha o período en que el Informe de Cumplimiento debe presentarse.

- iv) Indicación de la falta de respuesta a la fecha.
- v) Indicación de las responsabilidades penales en caso que no preste atención a la prevención.
- vi) Nuevo período para la presentación del Informe de Cumplimiento.
- vii) Indicación de que una vez que el período expire las autoridades correspondientes tomarán las acciones del caso.
- viii) Indicación de la persona a quien debe enviarse el Informe.

Es sumamente relevante antes de enviar la mencionada prevención, estar seguro sobre la fecha y método utilizado para la notificación de la resolución a la Administración Pública. Debido a las consecuencias penales es mejor notificar la prevención de una manera directa y personal.

Acciones de seguimiento

La función de seguimiento debe procurar el análisis indicado sobre el Informe de Cumplimiento remitido por la Administración, en coordinación con el investigador de la queja. De esta reexaminación y análisis el Ombudsman deberá concluir si las recomendaciones o sugerencias fueron logradas de manera íntegra o parcial, o si por el contrario no fueron cumplidas del todo. En cada uno de estos casos, se tomarán diferentes medidas.

a. Cumplimiento total

El órgano administrativo al cual le fueron dirigidas las recomendaciones puede estar de acuerdo con la implementación de las sugerencias indicando todas las medidas y el término en que las llevará a cabo.

En este caso la principal función de la Oficina de Seguimiento se concentrará en la observación de los compromisos adquiridos por la administración, en orden únicamente de sugerir la rectificación de una acción, fijar responsabilidades o recomendar nuevas medidas dentro de lo determinado por la recomendación original, asegurándose que el período de cumplimiento sea respetado. En caso que las recomendaciones y sugerencias sean totalmente implementadas la Oficina de Seguimiento realizará un informe interno a la persona a cargo del área de Defensa para que se proceda con un “Acta de Cierre”, último documento dentro del expediente de seguimiento, archivando de esta forma, y de una vez por todas, la queja. También deberá ponerse en conocimiento tanto del denunciante como de la Autoridad Pública denunciada en el caso.

b. Cumplimiento parcial

Puede también ocurrir que la Administración Pública diga en su Informe de Cumplimiento que están dispuestos a implementar algunas pero no todas las recomendaciones. De la misma forma es factible que las instituciones públicas declaren estar dispuestas a cumplir con todas las recomendaciones, pero en la práctica sólo lo hacen con algunas de ellas. En esos casos, se recomiendan dos tipos de acciones, primero indicar cuáles de las recomendaciones se han cumplido, y luego, insistir sobre el cumplimiento de las que estén pendientes. Ambas situaciones deben ser puestas en conocimiento de las partes.

c. Incumplimiento

En la Ley creadora de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, observamos una provisión legal muy particular que es raramente observada en las

instituciones de los Ombudsman, la posibilidad de exigibilidad de las recomendaciones. Tradicionalmente hemos sostenido que las recomendaciones del Ombudsman no son legalmente exigibles, no son legalmente vinculantes. Pero si observamos el artículo 42 de la legislación y normativa del Ombudsman de Nicaragua, claramente se nota que el legislador ha dado amplios poderes a la institución del Ombudsman en el sentido que pueda lograr sus objetivos de una manera más fácil. Pero como una influencia moral en la nación, el Ombudsman posee varios instrumentos para persistir en el cumplimiento de las recomendaciones que ha realizado. Estas provisiones jurídicas ya han sido mencionadas previamente en esta investigación, así que únicamente me gustaría añadir información de tipo práctica en ese sentido. Cuando un servidor público de manera intencional no cumpla con las recomendaciones del Ombudsman, podrá ser objeto de sanciones de tipo penal o administrativas. Nuevamente, la Oficina de Seguimiento deberá realizar un informe dirigido al responsable del área de Defensa recomendando se inicien acciones en relación con ese servidor público o institución en particular, que pueden ir desde la denuncia pública hasta la interpelación ante la Asamblea Nacional de acuerdo con el artículo 138 bajo el inciso 4) de la Constitución de la República de Nicaragua. Una denuncia pública basada en una resolución del Ombudsman puede ser muy efectiva como medida de presión, pero también existe la posibilidad de otra opción restante en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones, y sería expresar la situación de desobediencia en el Informe Anual enviado a la Asamblea Nacional. Si la situación es muy crítica y posee un impacto general en la sociedad, el Ombudsman puede presentar un Informe Especial a la Asamblea Nacional denunciando tales situaciones graves (artículo 46, Ley 212 de Nicaragua).

CAPÍTULO 6

CASOS RELEVANTES EN LA EXPERIENCIA DE NICARAGUA. EJEMPLOS EN RELACIÓN CON CRITERIOS DE RESOLUCIÓN Y CUMPLIMIENTO

6.1. Caso: 21/2001. Fidel Rojas Ruiz vs. CORNAP & Procuraduría General de Justicia

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Managua nueve de marzo del año dos mil uno, las nueve de la mañana. Vista la denuncia interpuesta el día veintitrés de Enero del año 2001, por el señor FIDEL ROJAS RUIZ, mayor de edad, casado, obrero agrícola y del domicilio de la ciudad de el Viejo, Departamento de Chinandega, relacionada a presunta violación a los Derechos accionarios, laborales y Protección ante la Justicia, en contra de los trabajadores del rubro de la caña, beneficiarios del 25% de las acciones en la privatización de la Industria Azucarera en lo concerniente a los Ingenios Benjamín Zeledón, Javier Guerra, San Antonio, Germán Pomares, Julio Buitrago y 800 manzanas de caña sembradas en la ribera del río Ochomogo, acto de lo que según el denunciante son responsables funcionarios de la CORNAP y de la Procuraduría General de Justicia de La República de Nicaragua, respectivamente. *Relación de los hechos:* El día veintitrés de Enero del año dos mil uno, ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, se presentó el Señor FIDEL ROJAS RUIZ, en su carácter de Vicepresidente de la Organización de Azucareros Nicaragüense “Cardenal Miguel Obando”, para expresar lo siguiente: que son representantes de seis mil trabajadores y extrabajadores del rubro de caña a quienes les corresponde el 25% de las acciones de los Ingenios azucareros Benjamín Zeledón, Javier Guerra, San Antonio, Germán Pomares, Montelimar y 800 manzanas de caña sembradas en la ribera

del río Ochomogo, derecho que obtuvieron a través de los Acuerdos de Concertación Económica Social Fase I y II de Privatización de la Industria Azucarera. Manifiestan los denunciantes que en su momento, realizaron gestiones ante la Asamblea Nacional, la que mandató a la Comisión Anti Corrupción de este órgano Legislativo, para que abriera un proceso investigativo en relación al caso del azúcar y poder comprobar la legalidad y transparencia en las transacciones de privatización de lo que fueron los bienes de CONAZUCAR, empresa que inicialmente dirigía la producción azucarera de todos los ingenios de Nicaragua, fuesen estatales o privados, mandando esta comisión a declarar nulos todos los actos, arreglos y negociaciones realizadas por esta entidad, por no contar con el debido respaldo de las leyes, violando con su actuación los acuerdos que dieron origen a los derechos accionarios de los trabajadores, como son los Acuerdos de la Concertación Económica Social y los mismos acuerdos de privatización firmados entre los trabajadores del rubro de la caña y el Estado Nicaragüense. Continúan expresando los denunciantes que una vez que concluyó la investigación que realizó la Comisión anti-corrupción, ésta a través de la Resolución No. 006-96, declaró nula todas las transacciones que había realizado CONAZUCAR, dejando explícito en su considerando tercero, el derecho laboral y accionario que le asiste a los trabajadores. De acuerdo a la denuncia, las acciones reclamadas comprenden el 25% del total de las propiedades de los ingenios antes señalados, las que han sido apropiadas por personas que nunca han tenido que ver en el trabajo de la caña y mucho menos se les ha delegado representatividad por parte de los trabajadores accionistas beneficiarios. Asimismo quedó acordado que solamente se le concede derecho a los trabajadores de los Ingenios ya mencionados, que se desempeñaban en los mismos, al momento de la firma de los acuerdos. Para finalizar agregan

los denunciantes, que en vista a que el gobierno ha hecho caso omiso al cumplimiento de los acuerdos referidos, se están violando los derechos al trabajo y a la propiedad que tienen ellos como beneficiarios del proceso de concertación y privatización, así como al debido proceso, por parte de las instituciones del Estado que les correspondía hacer cumplir los acuerdos como son la CORNAP y la PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA. *DECLARA:* Que los funcionarios de la CORNAP, la Procuraduría de la Propiedad y la Procuraduría General de Justicia han violado los derechos de los trabajadores, referidos al acceso a la justicia, el derecho al trabajo, el derecho a la propiedad y el derecho accionario obtenido a través del Proceso de Concertación Económica y Social Fase I y Fase II, por lo que fundamentado en las atribuciones que le otorga la Ley 212, en sus artículos 18 al 23 y lo referido en el artículo 41 de la misma ley, se establecen las siguientes recomendaciones: I. Que el Estado Nicaragüense a través de las Instituciones CORNAP, Procuraduría de la Propiedad y Procuraduría General de Justicia, cumpla los Acuerdos de Concertación Fase I y II, en lo referido a los derechos accionarios de los trabajadores del rubro de la Caña. II. Que el Estado de Nicaragua a través de las instituciones correspondientes, cumpla con los acuerdos del 26 de marzo, que dan origen a la privatización de la Agroindustria azucarera correspondiente al 25% de los bienes de este rubro en beneficio de todos los trabajadores de la caña que estaban registrados en planilla a la fecha de la firma de los mismos. III. Que las instituciones correspondientes cumplan con el mandato de la Asamblea Nacional, dictado a través de la Resolución 006-96 emitido el día 10 de octubre de 1996 de conformidad al artículo 140 y 141 de la Constitución Política de Nicaragua. IV. Que el Estado a través de las instituciones correspondientes, coordine con los trabajadores del rubro caña beneficiarios de los acuerdos de Concertación Fase I y

Fase II, para que se inicie un proceso de cumplimiento de los acuerdos de Concertación Fase I y II, a fin de que no sigan violando los derechos de los beneficiarios de este proceso. V. Que la Procuraduría General de Justicia, agilice los trámites de devolución de los bienes del Estado que fueron usurpados a los trabajadores, para que estos vuelvan a su estado anterior e iniciar con el cumplimiento de los Acuerdos correspondiente al 25%, en beneficio de los trabajadores. VI. Que en un término no mayor de quince días, a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución, los funcionarios de la CORNAP, Procuraduría General de Justicia, Procuraduría de la Propiedad, informen por escrito a esta Institución, las medidas adoptadas y quienes serán los funcionarios de dicha institución que garantizarán el cumplimiento de las recomendaciones antes señaladas. Notifíquese la presente Resolución a las partes interesadas y désele seguimiento a las recomendaciones. *BENJAMIN PEREZ FONSECA. Procurador*

6.2. Caso: 35/2001. Jenny Hernández Mayorga vs. Ministerio del Trabajo

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Managua dieciocho de abril de año dos mil uno, las nueve de la mañana. Vista la denuncia interpuesta el día nueve de febrero del año 2001, por la Señora JENNY HERNANDEZ MAYORGA, mayor de edad, viuda, oficinista y del domicilio de la ciudad de Managua, relacionada a presunta violación a sus derechos humanos referidos al derecho al trabajo y al debido proceso, acción de lo que según la denunciante son responsables funcionarios del Ministerio del Trabajo. Relación de los hechos: El día nueve de Febrero del año dos mil uno, ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, se presentó la Señora JENNY HERNANDEZ MAYORGA,

mayor de edad, viuda, oficinista y del domicilio de Managua, quien manifiesta que trabajó para la Universidad de Ingeniería (UNI), durante catorce años consecutivos, donde se desempeñó en el área de registro de esa Universidad y que fue despedida sin causa justificada, en represalia por haber interpuesto ante los juzgados de esta ciudad de Managua, denuncia por el delito de acoso sexual en contra del Licenciado FELIPE FUENTES MENOCA, funcionario de esa Universidad. Expresa la denunciante, que el proceso administrativo laboral, referente a su despido se llevó a cabo en ese Ministerio a través de la Inspectoría Departamental del Trabajo de forma irregular, pues nunca se dio inicio a la apertura a prueba, sin embargo la resolución de primera instancia fue emitida el día tres de octubre del 2000 y la de segunda instancia se dictó el 22 de octubre del mismo año, en ambas resoluciones resuelven ha lugar a la cancelación del contrato de trabajo, por lo que en vista de esa decisión el 21 de noviembre del año dos mil, recurrió ante el juzgado Primero de Distrito Laboral en donde interpuso su denuncia. Continúa manifestando la denunciante que su despido se debe a que ella interpuso denuncia en el juzgado penal el día 17 de agosto del año dos mil, en contra de Felipe Fuentes Menocal, por acoso sexual y de Auxiliadora Cortedano y Jorge Morales Sequeira como cómplices de dicho delito. Pero que esta decisión la tomó, en vista de que la administración de la Universidad había hecho caso omiso a su situación, ya que en su oportunidad había denunciado esas anomalías ante el Licenciado Ernesto Rivas, Director de Registro de la UNI, quien realizó un llamado de atención a Fuentes Menocal, a lo que éste respondió que eran bromas que no se metiera en eso. Posteriormente el Licenciado Rivas le informó del hecho al Ingeniero Jorge Morales Sequeira, Secretario General de la UNI, respondiéndole éste que no se metiera entre ellos (Jenny y Fuentes Menocal) porque eso era un problema de faldas. Agrega la denunciante que ante su

iniciativa en el órgano judicial, la reacción de la UNI no se dejó esperar, por lo que el día 11 de septiembre se convocó a una Comisión Bipartita, convocada por la Directora de Recursos Humanos, para abordar la situación de su suspensión laboral y ese mismo día la Ingeniera Machado le envía una carta en donde le informa que, basándose en el arto. 18 inciso a, b y m, del Código del trabajo, está solicitando su despido ante el MITRAB.- *DECLARA:* Que los funcionarios de la Inspectoría General y Departamental, sector servicio, respectivamente, del Ministerio del Trabajo, han vulnerado los derechos humanos de la Señora JENNY HERNANDEZ MAYORGA, referidos a los derechos laborales y al debido proceso, por lo que fundamentado en las atribuciones que le otorga la Ley 212, en sus artículos 18 al 23 y lo referido en el artículo 41 de la misma ley, se establecen las siguientes recomendaciones: I. Que la Administración de Universidad Nacional de Ingeniería, respete lo estipulado en el convenio Colectivo de los trabajadores de la UNI, vigente a la fecha del presente caso. II. Que de conformidad al artículo 45 de la Ley 212, se recomienda se modifiquen los criterios de la Resolución emitida por la Inspectoría General del Trabajo, en contra de la Señora Jenny Hernández Mayorga, garantizando así sus garantías al debido proceso. III. Que la Inspectoría General del Trabajo se pronuncie en cuanto al reintegro de la Señora Hernández Mayorga y sobre los salarios caídos. IV. Que en un término no mayor de quince días, a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución, el Doctor Emilio Noguera, Inspector General del Trabajo, informe por escrito a esta Procuraduría, las medidas adoptadas y quienes serán los funcionarios de dicha institución que garantizarán el cumplimiento de las recomendaciones antes señaladas. Notifíquese la presente Resolución a las partes interesadas y désele seguimiento a las recomendaciones. *BENJAMIN PEREZ FONSECA Procurador*

6.3. Caso: 64/2001. Erwin Antonio Muñoz Acosta e Hilario Gutiérrez vs. Policía Nacional

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Managua dieciséis de abril del año dos mil uno, las nueve de la mañana. Vista la denuncia interpuesta el día nueve de febrero del año 2001, por el Licenciado CARLOS JOSE GUADAMUZ PORTILLO, mayor de edad, casado, periodista y del domicilio de la ciudad de Managua, relacionada a presunta violación a los Derechos Humanos, referidos al derecho a la Protección ante la Justicia, mencionando como hechos violatorios indefensión y retardación de Justicia de la que según el denunciante, son responsables los Magistrados de la Sala Civil del Honorable Tribunal de Apelaciones de Managua. *Relación de los hechos:* El día nueve de Febrero del año dos mil uno, ante esta Procuraduría, compareció el Señor Carlos José Guadamuz Portillo, mayor de edad, casado, periodista y del domicilio de Managua, quien expresó que el Poder Judicial le ha vulnerado el derecho a la protección ante la Justicia, debido a que desde el día 22 de Diciembre del año de 1999 existe causa abierta en su contra referido a un embargo preventivo, en el que la Licenciada Vida Benavente Prieto, Juez Tercero de Distrito Civil de Managua, realizó un desalojo con el auxilio de la Policía Nacional, en el que según el denunciante le embargaron los bienes de la sociedad “Desarrollo Industrial de América Latina S.A”, conocida como “RADIO YA”, en abierta violación a las leyes civiles de la República. Agrega el Señor Guadamuz Portillo, que el día y hora de tales hechos, efectivos de la Policía Nacional, actuaron de forma ilegal al no permitirle penetrar a su propiedad, la que estaba siendo objeto de embargo en ese momento y que el Comisionado Marlon Montano, abusando de sus funciones, mandó a cerrar la emisora “RADIO YA”, obstruyendo de esta forma su patrimonio, ya que a

consecuencia de dicha acción está a punto de perder su casa, debido a que su única fuente de ingreso económico es dicha Radio Emisora la que además de cerrar se llevaron todos los bienes que se encontraban dentro de las mencionadas instalaciones. La causa antes referida se encuentra en Apelación en la Sala Civil del Tribunal de Apelaciones de Managua y hasta la fecha de la presente denuncia no ha obtenido respuesta de parte de dicho Tribunal. *DECLARA:* Que los Honorables Magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Apelaciones de Managua, han vulnerado los derechos humanos del señor CARLOS JOSE GUADAMUZ PORTILLO referidos al Derecho a la Protección ante la Justicia, por lo que fundamentado en las atribuciones que le otorga la Ley 212, en sus artículos 18 al 23 y lo referido en el artículo 41 de la misma ley, se establecen las siguientes recomendaciones: 1.- Que los Honorables Magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Apelaciones de Managua, se pronuncien conforme a lo establecido en el artículo 98 de la Ley número 260, sobre el Recurso de Apelación interpuesto por el Doctor Jacinto Obregón Sánchez, apoderado General Judicial de la Sociedad “DESARROLLOS INDUSTRIALES DE AMERICA LATINA, SOCIEDAD ANONIMA” y presentado por la Licenciada Ana Margarita Paiz Castillo, a las diez y veinticinco minutos de la mañana del veinte de Junio del año dos mil, correspondiente al expediente 379-2000. 2.- Que los Honorables Magistrados de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, apliquen la sanción que consideren pertinente a los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Apelaciones de Managua, acorde a lo establecido en el artículo 98 de la Ley número 260, por haber incurrido en retardación de Justicia en el caso del expediente antes señalado. 3.- Que en un término no mayor de quince días, a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución, los Honorables Magistrados de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia y de la Sala Civil

del Tribunal de Apelaciones de Managua, informen por escrito a esta Procuraduría, sobre el cumplimiento de las recomendaciones antes señaladas. Notifíquese la presente Resolución a las partes interesadas y désele seguimiento a las recomendaciones. *BENJAMIN PEREZ FONSECA*
Procurador

6.4. Caso: 98-99-100-131/2001. Ernesto Javier Obando Morales, Freddy Sacarías Vanderleigh, Domingo Antonio Vargas Pérez y Mauricio Elías García Mendoza vs. Juzgado Penal de Distrito de Managua

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Managua tres de Octubre del año dos mil uno, las dos y treinta minutos de la tarde. Se tiene a la vista para resolver los expedientes iniciados por denuncia interpuesta ante esta Procuraduría, el día veintisiete de Marzo del dos mil uno, por los señores Ernesto Javier Obando Morales, Freddy Sacarías Vanderleigh, Domingo Antonio Vargas Pérez y Mauricio Elías García Mendoza, todos mayores de edad, solteros y de este domicilio, relacionada a presunta violación a sus Derechos Humanos, referidos al derecho de Protección ante la Justicia, por acción de retardación de la misma, acción que según los denunciante, es presunta responsable la Licenciada Ileana Pérez López, Juez Segundo de Distrito de lo Penal de Managua. Relación de los hechos: El día veintisiete de Marzo del año dos mil uno, esta Procuraduría recibió denuncia de los señores que a continuación se describen: 1) Ernesto Javier Obando Morales, quien expresa que desde el día once de Agosto del año dos mil, se encuentra interno en el Sistema Penitenciario de Tipitapa con Auto de Segura y Formal Prisión, por ser presunto autor del delito de Robo con Violencia, según Sentencia Interlocutoria que fue dictada el

día Once de Agosto del año dos mil, por la Licenciada Ileana Pérez López, Juez Segundo de Distrito de lo Penal de Managua y cuyo expediente es el Número 806/00, teniendo en la actualidad más de ocho meses de estar detenido y hasta la fecha no se le ha efectuado el correspondiente jurado. 2) Freddy Sacarías Vanderleigh, quien expresa que desde el día diecinueve de Abril del año dos mil, se encuentra interno en el Sistema Penitenciario de Tipitapa con Auto de Segura y Formal Prisión, por ser presunto autor del delito de Homicidio Doloso, según Sentencia Interlocutoria que fue dictada el día diecinueve de Abril del año dos mil, por la Licenciada Ileana Pérez López, Juez Segundo de Distrito de lo Penal de Managua y cuyo expediente es el Número 318/00, teniendo en la actualidad doce meses de estar detenido y hasta la fecha no se le ha efectuado el correspondiente jurado. 3) Domingo Antonio Vargas Pérez quien expresa que desde el día diecisiete de Abril del año dos mil, se encuentra interno en el Sistema Penitenciario de Tipitapa con Auto de Segura y Formal Prisión, por ser presunto autor del delito de Violación y Lesiones, según Sentencia Interlocutoria que fue dictada el día diecisiete de Abril del año dos mil, por la Licenciada Ileana Pérez López, Juez Segundo de Distrito de lo Penal de Managua y cuyo expediente es el Número 295/00, teniendo en la actualidad once meses de estar detenido y hasta la fecha no se le ha efectuado el correspondiente jurado. 4) Mauricio Elías García Mendoza, quien expresa que desde el día tres de Mayo del año dos mil, se encuentra interno en el Sistema Penitenciario de Tipitapa con Auto de Segura y Formal Prisión, por ser presunto autor del delito de Robo con Fuerza, según Sentencia Interlocutoria que fue dictada el día tres de Mayo del año dos mil, por la Licenciada Ileana Pérez López, Juez Segundo de Distrito de lo Penal de Managua y cuyo expediente es el Número 365/00, teniendo en la actualidad diez meses de estar detenido y hasta la fecha no se

le ha efectuado el correspondiente jurado, por lo que los denunciantes consideran que ha habido una evidente retardación de Justicia, lo que constituye una flagrante violación de sus Derechos Humanos, específicamente los señalados en el Artículo 34, incisos 2 y 3 de la Constitución Política de la República de Nicaragua. **DECLARA:** Que la Licenciada ILEANA PEREZ LOPEZ, Juez Segundo de Distrito de lo Penal de Managua, vulneró los Derechos Humanos referidos al derecho de Protección ante la Justicia, con acción de retardación de justicia, a los señores Ernesto Javier Obando Morales, Freddy Sacarías Vanderleigh, Domingo Antonio Vargas Pérez y Mauricio Elías García Mendoza. Así mismo dicha judicial incurrió en el ilícito de Desacato de conformidad a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 212 y el arto. 377 Pn. por lo que fundamentado en las atribuciones que me otorga la Ley 212, en sus artículos 18 al 23 y lo referido en el artículo 34 y 41 de la misma ley, se establecen las siguientes recomendaciones: I. Que la Magistrada Yadira Centeno, Presidenta de la Comisión de Régimen Disciplinario de la Corte Suprema de Justicia y el Superior Jerárquico de la Licenciada, Ileana Pérez López, Juez Segundo de Distrito de lo Penal Managua, investiguen y valoren el grado de responsabilidad en que ha incurrido dicha Judicial en los casos antes señalados y en dependencia de ello y de conformidad a lo establecido en el arto. 166 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se le apliquen las sanciones disciplinarias que correspondan y que se encuentran contempladas en el arto. 167 del mismo cuerpo de Leyes. II. Que en vista de la falta de colaboración para la investigación de los casos antes referidos y manifiesto desacato de la Licenciada Ileana Pérez López, Juez segundo de Distrito de lo Penal de Managua, para con el suscrito Procurador, de conformidad a lo establecido en el arto. 35 de la ley 212, se haga referencia en el informe anual de esta Procuraduría sobre tal anomalía, pudiendo dar cuenta al

Procurador General de Justicia de la República de Nicaragua, para el ejercicio de las acciones legales correspondientes. III. Que en lo sucesivo los Jueces y tribunales que integran el Poder Judicial velen por que se respeten los plazos establecidos en la Ley, tanto para la tramitación de juicios ordinarios como para la contestación de los requerimientos hechos por esta Procuraduría. IV. Que en un término no mayor de treinta días, a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución, la Comisión de Régimen Disciplinario de la Corte Suprema de Justicia y el Superior Jerárquico de la Licenciada Ileana Pérez López, Juez Segundo de Distrito de lo Penal Managua, informen por escrito a esta Procuraduría, las medidas adoptadas que garanticen el cumplimiento de las recomendaciones antes señaladas. Notifíquese la presente Resolución a las partes interesadas y désele seguimiento a las recomendaciones. *BENJAMIN PEREZ FONSECA Procurador*

6.5. Caso: 276/00. Dorothy Virginia Granada vs. Gobierno de Nicaragua

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Managua doce de Enero del año dos mil uno, las nueve de la mañana. Se conoce la denuncia interpuesta ante esta Procuraduría, el día once de Diciembre del año dos mil, por la Señora GRETHEL SEQUEIRA, mayor de edad, soltera, de oficio promotora social, del domicilio de Mulukukú, Región Autónoma del Atlántico Norte, quien refirió supuesta violación a los derechos humanos tales como derecho a la libertad individual, seguridad personal, igualdad ante la ley, entre otros, en perjuicio de la Señora DOROTHY VIRGINIA GRANADA, enfermera, de 70 años de edad, de nacionalidad norteamericana, quien reside en Nicaragua desde hace diez años aproximadamente, violaciones que presuntamente fueron ocasionados por los siguientes funcionarios: Dr.

Arnoldo Alemán Lacayo, Presidente de la República de Nicaragua; Ingeniero José Marengo Cardenal, Ministro de Gobernación, Ingeniero José Rivas, Director General de Migración y Extranjería y funcionarios de la Policía Nacional, quienes han ordenado y ejecutado acciones intimidatorias y represivas en contra de la Señora Granada.

Relación de los hechos: El día 11 de diciembre del año dos mil, la Señora Grethel Sequeira, lideresa del Movimiento de Mujeres de Mulukukú y miembro de la Cooperativa “María Luisa Ortíz”, se presentó ante esta Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos a interponer denuncia sobre supuestas violaciones de los derechos humanos en contra de la Señora Dorothy Virginia Granada. La denunciante refirió que la Señora Dorothy Granada ha sido colaboradora de la Cooperativa de Mujeres “María Luisa Ortíz”, y que ésta ha realizado diferentes gestiones ante agencias internacionales de cooperación, entre ellas: Ayuda Obrera Suiza y Universidades de los Estados Unidos de América, para llevar a cabo programas de desarrollo comunitario en las diferentes comunidades rurales de Mulukukú, a través de programas sociales y de producción. Expresó la denunciante, que como resultado de este esfuerzo, en la actualidad, la Cooperativa cuenta con una constructora de bloques, un taller de carpintería, programa de defensa para las mujeres, niñas, niños y adolescentes que son víctimas de la violencia intrafamiliar y/o sexual; programa de alfabetización para niñas, niños y adolescentes; programa de educación de personas adultas, además de un programa de atención en salud, en el que, desde su creación hasta esta fecha y según el número de expedientes clínicos registrados han sido atendidas veintidós mil quinientas personas, entre mujeres, hombres, niñas, niños y adolescentes, brindándoles atención desde planificación familiar, hasta prevención y seguimiento a las mujeres enfermas de cáncer. Agregó, además que, por medio de este programa, la Cooperativa ha firmado convenios con el Ministerio de Salud, e inclusive han donado al Hospital

Regional de Matagalpa equipos médicos de mucha utilidad. Refirió que el día catorce de Noviembre del año dos mil, se llevó a efecto un acto de inauguración del proyecto de viviendas de Mulukukú, el que estuvo presidido por el Excelentísimo Señor Presidente de la República de Nicaragua, Doctor Arnoldo Alemán Lacayo y al que fue invitada la cooperativa de Mujeres “María Luisa Ortíz”, para extenderles un reconocimiento público por la labor humanitaria desarrollada en esa comunidad. Manifestó la denunciante que durante el desarrollo de dicho acto y en presencia de una parte de la población que se encontraba presente, el Señor Antonio Mendoza, Vice Alcalde de Paiwas, denunció ante el Presidente de la República, que la clínica de la Cooperativa de mujeres “María Luisa Ortíz”, para brindar atención médica a la Población, exigía a las personas que presentaran carné de afiliación al partido político Frente Sandinista de Liberación Nacional, como requisito para obtener el acceso a la mencionada atención. Según la denunciante, el Presidente de la República, al tener conocimiento de lo aseverado por el Señor Vice Alcalde de Paiwas, manifestó en tono muy molesto que en cuanto regresara a Managua, informaría del caso al Ministro de Gobernación para que éste investigara a dicha cooperativa y si había necesidad de mandar a la cárcel a alguien, también lo haría. Expresa señora Sequeira que como consecuencia de lo antes mencionado, el día dieciséis de noviembre del año dos mil, se presentó a la clínica de la Cooperativa “María Luisa Ortíz”, el Señor Roberto Pérez Alonso, quien dijo ser el responsable de la Dirección Regional de Control de Asociaciones del Ministerio de Gobernación, afirmando que llegaba a realizar una visita de rutina, a la vez que preguntó los nombres de los organismos internacionales que apoyaban a la referida Cooperativa. Además, afirmó en su denuncia la Señora Sequeira, que el día diecisiete de noviembre, el Organismo de Ayuda Obrera Suiza, recibió nota del Ministerio de Gobernación, por medio de la cual se le pedían informe sobre la ayuda proporcionada por ellos a la

Cooperativa y que el diecinueve del mismo mes, se presentaron funcionarios de la Dirección de Migración y Extranjería y del Ministerio de Gobernación, requiriendo informes y documentos sobre la cooperante Señora Dorothy Virginia Granada. Refiere también la denunciante, que a pesar de que la Dirección de Migración y Extranjería, el día cinco de diciembre del año dos mil, emitió Resolución a favor de la Señora Granada, en la que establece que su situación migratoria en Nicaragua está legal, el día viernes ocho de Diciembre, a las cuatro y treinta minutos de la mañana, se presentaron a la casa de la Señora Granada en Mulukukú, aproximadamente catorce agentes de la Policía Nacional, fuertemente armados, preguntando por la Señora Dorothy Virginia Granada y al no encontrarla se dirigieron a la casa de la denunciante, Señora Grethel Sequeira, a quien preguntaron si sabía donde se encontraba la Señora Granada. Posteriormente, en fecha once de Diciembre, según la denunciante, tuvo conocimiento de la supuesta existencia de una orden de captura en contra de la Señora Granada, por el presunto delito de atentar contra la seguridad nacional. Por todo lo expresado anteriormente, la denunciante solicitó a esta Procuraduría, la investigación del caso denunciado y en particular la situación de la Señora Dorothy Virginia Granada, quien ha sido una mujer que le ha dedicado diez años y medio de su vida al pueblo de Nicaragua. Afirmó la señora Sequeira que considera que el trasfondo del caso es político y que estas actuaciones de los funcionarios públicos, ponen en peligro la vigencia de los derechos humanos. DECLARA: Que el Ingeniero José Marengo Cardenal, Ministro de Gobernación, ha vulnerado los Derechos Humanos de la Señora *DOROTHY VIRGINIA GRANADA*, referidos al derecho a vivir libre de violencia, derecho la Defensa, derecho a la Presunción de Inocencia, derecho a ser oída, derecho a ser informada de lo que se le acusa, derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la libertad individual, lo que conlleva a la violación del derecho al *DEBIDO PROCESO*, que tiene cualquier habitante que resida en este

país; por lo que fundamentado en las atribuciones que le otorga la Ley 212, en sus artículos 18 al 23 y lo referido en el artículo 41 de la misma ley, considera oportuno establecer las siguientes recomendaciones: I. Que el Señor Ministro de Gobernación, Ingeniero José Marengo Cardenal, modifique los Criterios de la Resolución Ministerial 69-2000, para subsanar los efectos inmediatos y futuros que vulneran los Derechos Humanos, de la Señora DOROTHY VIRGINIA GRANADA, con el fin de que éstos le sean restituidos. II. Que de encontrarse evidencias que presuman, que la Señora DOROTHY VIRGINIA GRANADA, realizó actos constitutivos de faltas o delitos de orden público, tipificados en nuestra legislación penal, la investigación de los mismos, es jurisdicción y competencia exclusiva del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional respectivamente, de acuerdo con las facultades que a cada uno de estos órganos les confiere la ley, los que deberán respetar las garantías del debido proceso establecidas en la Constitución Política, Instrumentos Internacionales de Protección los Derechos Humanos y demás leyes de la República. III. Que el Ingeniero José Marengo Cardenal, Ministro de Gobernación, en un término no mayor de cinco días, a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución, informe por escrito a esta Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, cuáles serán las medidas que adoptará para la restitución de los derechos vulnerados a la Señora DOROTHY VIRGINIA GRANADA. Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y désele el debido seguimiento a las recomendaciones. *BENJAMIN PEREZ FONSECA*. **Procurador**

6.6. Caso: 033 – 2001. Ex Oficio, Problemas de Salud relevantes en la Comunidad de Krin-Krin, Región Autónoma del Atlántico Sur

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Managua veintiséis de Abril del

año dos mil uno, las cuatro y veinte minutos de la tarde. Se tiene a la vista para resolver el expediente iniciado de oficio por esta Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, sobre publicación del rotativo “EL NUEVO DIARIO” del día viernes dos de Febrero del corriente año, en el que se afirma que la mayoría de los habitantes de la Comunidad de “Krin Krin”, ubicada en Río Coco Arriba, Región Autónoma del Atlántico Norte, presentan síntomas de desequilibrio mental debido a la extrema desnutrición y pobreza que se vive en esa zona, por lo que de acuerdo a las Garantías y Derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Nicaragua es obligación de las Instituciones Públicas respetar y velar por el cumplimiento de las mismas. *Relación de los Hechos:* El día viernes dos de Febrero del corriente año, esta Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos conoció noticia publicada en el rotativo “EL NUEVO DIARIO” en la que se afirma que la mayoría de los habitantes de la Comunidad de “Krin Krin”, ubicada en Río Coco Arriba, Región Autónoma del Atlántico Norte, presentan síntomas de desequilibrio mental debido a la extrema desnutrición y pobreza que se vive en esa zona. La gran mayoría de personas afectadas está compuesta por niñas, niños y mujeres, quienes solicitan auxilio a las Autoridades Públicas, pues enfrentan una crisis que no les es posible controlar, la que perjudica al 70% de la Población, sumando a dicho problema el hecho de que no cuentan con Centro de Salud y mucho menos Médicos o Enfermeras que puedan asistirles en la desesperada situación en que viven. Finalizan solicitando equipo médico especializado, alimentos, etc. y sobre todo una pronta respuesta por parte de las autoridades gubernamentales y Municipales. **DECLARA:** Que a los habitantes de la comunidad de Krin Krin, Municipio de Waspán, se les están vulnerando sus Derechos Humanos por parte del Estado de Nicaragua, pues existen suficientes elementos por los cuales se les puede responsabilizar, tales como no implementar planes integrales de medidas de atención socioeconómicas

destinadas a las zonas de mayor inaccesibilidad de la Costa Caribe de Nicaragua por parte de las distintas Autoridades Públicas como son entre otros, el Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, Ministerio de la Familia, Ministerio de Agricultura y Forestal, Secretaría de Acción Social, Asamblea Nacional, Consejos Regionales, Alcaldía de Waspán, etc. instituciones encargadas de responder a las necesidades de los nicaragüenses. Es necesario mencionar que la única institución del Estado que hizo presencia en esa comunidad, fue el Ministerio de Salud y consideramos que esta no es solo su responsabilidad, sino que más bien deben actuar otros actores del Estado como parte de su responsabilidad social. Por lo que fundamentado en las atribuciones que le otorga la ley 212, en sus artículos 18 al 23 y lo referido en el artículo 41 de la misma ley, se establecen las siguientes recomendaciones: I. Que el Ministerio de Salud continúe con la Campaña de asistencia médica iniciada en la comunidad de Krin Krin por medio de la Comisión Médica integrada el día cinco de febrero del dos mil uno, brindando seguimiento especializado según las instrucciones que brinde el equipo técnico central, abordándose con un enfoque integral, respetando las creencias y cultura indígena de la zona. II. Que tanto la Secretaría de Acción Social como la Alcaldía de Waspán se involucren en los esfuerzos de asistencia a las necesidades de alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios, de los comunitarios y habitantes de Krin Krin, Waspán, brindando el apoyo necesario a todas las iniciativas como la del Ministerio de Salud, que pretendan brindar asistencia a la población afectada. III. Que en un término no mayor de quince días, a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución, los Titulares de los Ministerios e Instituciones antes señalados informen por escrito a esta Procuraduría sobre las medidas adoptadas y quienes serán los funcionarios que garantizarán el cumplimiento de las recomendaciones antes señaladas. Notifíquese la presente Resolución a las partes

interesadas y désele el debido seguimiento a las recomendaciones realizadas. BENJAMÍN PEREZ FONSECA, **Procurador.-**

CAPÍTULO 7

PRINCIPALES RESULTADOS DE LA COMPARACIÓN

¿Cuándo una conducta es debida o indebida? Si una acción gubernamental en particular entra en conflicto con estatutos y principios, y no parece estar justificada sobre otras bases, no puede, en principio, ser considerada como una conducta debida. Idealmente, un Ombudsman aborda la acción de manera amplia y la analiza bajo ambos espectros, las leyes escritas y los principios jurídicos no escritos, así como en contraposición de los parámetros del *buen gobierno*.

Las investigaciones sobre la base de normas escritas incluyen áreas tales como los derechos humanos y los derechos constitucionales, definiciones de competencia, y normativas provenientes principalmente de los procedimientos y del derecho sustantivo. Las investigaciones basadas en principios jurídicos no escritos (desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina) son igualmente relevantes para la plena validez de las conductas gubernamentales, e incluyen los principios de: igual trato para casos iguales; razonabilidad; proporcionalidad entre los medios y los resultados; certeza legal y expectativas legítimas; necesidad de motivación para las decisiones; y el principio de determinados deberes de cuidado.

Dependiendo del tipo de Ombudsman de que hablemos, estos criterios se concentrarán aún más en principios de administración deficiente, actuaciones “propias” o

“impropias” (debidas o indebidas) o bien basándose en derechos fundamentales, como es el caso de Nicaragua. Esta situación es fácilmente explicable si tomamos en consideración el desarrollo social, jurídico, financiero y político de cada país y de sus instituciones. En ese orden de ideas, resulta bastante clara la diferencia en términos de desarrollo entre Nicaragua y el Reino de los Países Bajos, de esta manera encontramos en cada país un tipo diferente de Ombudsman, pero cada uno de ellos responde o corresponde con la situación social y política con que cuentan. Esta no es la situación si comparamos a Nicaragua con las otras naciones Centroamericanas, en donde todas en la región poseen un Ombudsman de tipo similar, el Ombudsman del ciudadano y la ciudadana o mejor conocido como “Súper Ombudsman”, concentrado en las violaciones a los derechos humanos en términos de derechos fundamentales o constitucionales. Todos ellos intentan resolver muchos aspectos en su respectivo país, provistos de una amplia competencia que pretende controlar la gran maquinaria de todo el Estado, el Leviatán.

La anterior situación no es siempre posible de lograr, y surge de esta forma la necesidad para la institución del Ombudsman de pensar en la visión, la misión y el papel que le corresponde dentro de la vida nacional de acuerdo con su competencia, ya que no es siempre posible que una sola institución pueda cumplir con semejante labor.

En cuanto al Ombudsman europeo, llama la atención que en términos de su competencia concentra su atención en derechos fundamentales de cualquier ciudadano de la Unión Europea o persona jurídica o natural residente o con oficina registrada en un Estado Miembro. El Ombudsman europeo posee amplios poderes para investigar. Las instituciones y órganos comunitarios deben entregar o facilitar la información requerida por el Ombudsman. De la misma

manera, el Estado Miembro se encuentra obligado a presentar toda la información que pueda servir de ayuda a identificar acciones de mala administración de parte de las instituciones u órganos comunitarios. Si el caso no fuese resuelto de forma satisfactoria durante las investigaciones, el Ombudsman deberá realizar sus recomendaciones al finalizar el caso. Estas recomendaciones se basan en derechos fundamentales sobre trato igualitario por ejemplo, o casos en los que el procedimiento de reclutamiento no es muy transparente o justo. Este es el caso de los procesos de reclutamiento de personal para las oficinas europeas y algunas alegaciones de parte de los ciudadanos en cuanto a que estos procedimientos no siempre se realizan de forma correcta. Pero si esta fuera la situación, uno se podría preguntar, ¿por qué el Ombudsman europeo dentro de un ambiente altamente desarrollado utiliza criterios basados en derechos fundamentales? Sería necesario entonces, recordar que la Unión Europea, como órgano político es un sujeto en proceso de desarrollo. No tiene mayor relevancia si los Estados Miembros ya se encuentran desarrollados, como organización regional aún es necesario implementar algunas regulaciones de “Juego Limpio” (Fair Play) en orden de alcanzar los mismos niveles de desarrollo que los Estados Miembros. Por supuesto que uno puede esperar que el proceso de desarrollo de la Unión Europea será muy maduro y sumario en comparación con otras naciones o regiones en donde el desarrollo de los pueblos está aún en proceso.

Adicionalmente, cuando se está revisando una acción gubernamental, un Ombudsman usa también parámetros o líneas de *buen gobierno* que contribuyen a la propiedad en que las autoridades del Ejecutivo actúen. Los parámetros pueden ser vistos como la suma o la imposición de un amplio principio al deber de cuidado. Esto se manifiesta en ciertos parámetros aceptados para los procesos administrativos y la conducta de los servidores públicos en relación con la

colectividad. Ellos incluyen la necesidad de actuar sin demoras innecesarias; proveer a los individuos con información relevante; tratar a la colectividad con justicia y respeto; así como ser imparcial y servicial.

Finalmente, el Ombudsman fija los parámetros para las organizaciones gubernamentales tales como coordinación, monitoreo de progresos, protección de la privacidad individual y acceso a las autoridades públicas.

En este sentido, al fijar reglas claras de gobierno los procesos de democratización han evolucionado en algunos países. De acuerdo con el Documento de Viena de 1993, “*democracia, desarrollo y respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales son interdependientes y se refuerzan mutuamente*”³². Los vínculos entre democracia y desarrollo que pretenden ser positivos, pueden también ser problemáticos. De acuerdo con el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas “*democracia, que se está esparciendo por todas partes, ha elevado las expectativas del desarrollo*” el no cumplimiento de los cuales “*pone en riesgo que se regeneren las fuerzas no democráticas*”³³.

Pero no podemos hablar sobre democratización si no podemos pensar en términos de *buen gobierno* como la afirmación transparente y responsable de la autoridad y el uso de los recursos por parte de los gobiernos. El Reino de los Países Bajos pretende promover la *buena gobernabilidad* como parte de su política exterior y sus relaciones con países en desarrollo. La *buena gobernabilidad* consiste en garantizar la seguridad a todas las personas y a la sociedad en sí misma. Pero también pretende manejar un efectivo marco para el sector público, el sector privado y la sociedad

³² Human Rights Reference Handbook, pg. 96.

³³ Resolution 1998/72 UNCHR.

civil, sin olvidar la promoción de objetivos económicos, sociales y otros de acuerdo con las necesidades de las personas. La buena gobernabilidad y los derechos humanos se encuentran íntimamente ligados. Pueden reforzarse mutuamente. Les preocupa el estado de derecho y la equidad en los resultados de las políticas de gobierno, pero se diferencian el uno del otro en aspectos en donde la buena gobernabilidad se trata sobre proveer a la sociedad con un marco efectivo y equitativo en la generación y la división de las riquezas.

Todas estas ideas nos llevan a un punto en donde uno puede pensar en el derecho que tienen los pueblos al desarrollo. *“El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable por virtud del cual cada persona humana y todos los pueblos tienen derecho a participar en, contribuir con, y disfrutar del desarrollo económico, social, cultural y político por el cual todos los derechos humanos y las libertades fundamentales pueden plenamente cumplirse”*³⁴. El derecho al desarrollo ha sido reafirmado en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993 como un derecho universal e inalienable y como parte de los derechos fundamentales. Se ha puesto énfasis en el individuo como el titular del derecho al desarrollo.

En relación con las denuncias de parte de los ciudadanos se podría pensar que el Ombudsman se comporta de acuerdo con los paradigmas que ha establecido pensando en los funcionarios públicos y la Administración, ya que la resolución y las correspondientes recomendaciones reflejarán los criterios inspirados en los papeles deseados para la Administración. La ley y los principios generales de la adecuada administración, la buena administración en síntesis, brindan al Ombudsman todas las herramientas

³⁴ Article 1, 1986 Declaration on the Right to Development.

necesarias y contempladas en orden de fijar mejores políticas o parámetros de parte del funcionario público y sus obligaciones hacia con el ciudadano.

En orden de alcanzar una decisión, el Ombudsman da prominencia a los actos bajo investigación. No es relevante si estamos hablando de Nicaragua, el holandés o el Ombudsman europeo, en conclusión siempre se refiere a la autoridad administrativa portadora de la responsabilidad formal por la conducta en estudio. La decisión o fallo normalmente no es exigible desde un punto de vista jurídico; depende de la Administración Pública las acciones que implementará bajo la orientación de las recomendaciones y el fallo. Este no es necesariamente el caso en Nicaragua, ya que la ley es bastante clara al otorgar suficientes disposiciones para defender los resultados de la investigación y castigar a los funcionarios públicos que no deseen cumplir las recomendaciones. Esto no implica que lo deseable para estas instituciones sea dotarlas con más funciones de castigo o acciones de tipo coercitivas, ya que en el fondo van en contra de la misma naturaleza del Ombudsman, sin mencionar que este tipo de soluciones es muy peligrosa para la imagen y la confianza depositada en el Ombudsman por los ciudadanos y las instituciones públicas. Esto implica que la calidad del trabajo del Ombudsman es lo más importante de todo, ya que es esto lo que conforma las bases esenciales para su autoridad y por ende para la efectividad de su trabajo.

“La investigación de los hechos es realizada de manera muy consciente, y produce conclusiones que no están abiertas a futuras disputas. La decisión y cualquier recomendación deben ser persuasivas. Esto fija parámetros particulares para las motivaciones que se brindan en el fallo. Estos requisitos son particularmente importantes ya que no existe derecho de apelación a las decisiones dadas

por el Ombudsman. Es más, en la práctica, gran importancia viene aparejada de la decisión” ³⁵.

CAPÍTULO 8

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La naturaleza de las instituciones de Ombudsman alrededor del mundo es bastante similar. Estas se han esparcido por toda Europa hasta países incluyendo Australia, Canadá, Nueva Zelanda e Israel, además de un número creciente de países en Latinoamérica, África y Asia. En muchos casos el establecimiento de la institución de Ombudsman representa una importante contribución al desarrollo de la democracia y el *buen gobierno*, y a la protección a los derechos humanos.

Existe una interrelación entre los ombudsmen y los estados democráticos regidos por el estado de derecho: por una parte, el Ombudsman como institución presupone, al menos a cierto nivel, el imperio de la ley dentro de un estado democrático, y por otro lado, su labor ayuda a mantener el estado de derecho y la democracia, así como su posterior desarrollo.

Por estas razones es importante que las recomendaciones hechas por el Ombudsman sean implementadas por la Administración Pública. Las funciones y atribuciones del Ombudsman no deben ser percibidas como una amenaza para la Administración. Muy por el contrario, una muy buena relación entre el Ombudsman y la Administración Pública garantiza la evolución de una sólida democracia, lo que implica servicios más eficientes y un alto respeto por la Constitución y las leyes.

³⁵ The National Ombudsman of the Netherlands, pág. 23.

Pero, hay ocasiones en que un país no se encuentra totalmente desarrollado, sino que vive un naciente proceso democrático y las instituciones públicas no siempre están dispuestas a cooperar o a brindar el mejor y más eficiente servicio. Nicaragua es uno de esos casos, y es por esa razón que los parlamentarios han revestido al Ombudsman de amplios poderes para la exigibilidad en la implementación de sus recomendaciones, haciéndolas así legalmente vinculantes. No obstante, en la práctica es una normativa que nunca ha sido utilizada, aún cuando algunas instituciones han rehusado cumplir con las recomendaciones.

Por supuesto, la verdadera fortaleza del Ombudsman se basa en la magistratura de influencia que posee en la moral y la opinión pública. Es un asunto de justicia y no de legalidad. Desde otro punto de vista, no existen diferencias entre el Ombudsman de los Países Bajos y el de Nicaragua, para ambos es importante realizar un espléndido trabajo y no estar expuestos a las críticas basadas en parcialidades o falta de independencia. Estos aspectos son absolutamente importantes para lograr la implementación de las recomendaciones por parte de la Administración. Si no existe confianza, no existirá respeto por el trabajo del Ombudsman.

Finalmente es importante resaltar la diferencia entre las decisiones del Ombudsman de Nicaragua y los fallos de las Cortes de Justicia. Aún cuando ambas pueden ser exigibles por mecanismos directos, la diferencia estriba en que los fallos del Ombudsman son mecanismos de control secundario para los actos de la Administración Pública. Esto significa que sus fallos son decisiones administrativas, y como tales, de acuerdo con la legislación de Nicaragua, podrían ser objeto de revisión por parte de las Cortes de Justicia.

Como último aspecto, quiero mencionar algunos puntos que considero de utilidad para tener en cuenta a la hora de

realizar un análisis final sobre la importancia de el cumplimiento de las recomendaciones del Ombudsman desde una perspectiva comparativa entre las legislaciones de Nicaragua, el Reino de los Países Bajos y la Unión Europea, y el impacto que tiene esta fase sobre la labor integral de la institución.

Así observamos que:

- a. La falta de cumplimiento a las recomendaciones del Ombudsman, puede constituir un problema de deslegitimación institucional.
- b. Las recomendaciones, al igual que todo el proceso de investigación, deben ser de alta calidad, focalizando situaciones concretas, reales y tangibles.
- c. Un correcto proceso de seguimiento, constituye una garantía al debido proceso.
- d. Debe prestarse más atención por parte de las oficinas de los Ombudsman, al carácter educativo de las recomendaciones y menos a la función punitiva de su papel.
- e. Es importante prestar mayor atención a la solución de los problemas estructurales de carácter nacional, sin olvidar la solución de casos individuales, iniciados por denuncia de las personas, o bien de manera oficiosa.
- f. El cumplimiento de las recomendaciones por sí mismas, posee un alto nivel de importancia para la buena función del Ombudsman.
- g. La labor de seguimiento a las resoluciones del Procurador, puede ser realizada de manera más eficiente si la institución cuenta con una oficina especializada o departamento al efecto, que se encargue específicamente de que las instituciones públicas cumplan con la implementación de las recomendaciones hechas.

- h. Es de gran utilidad brindar poder al Ombudsman para que se realicen labores de protección al vigilar el cumplimiento de las recomendaciones dirigidas a los funcionarios de las instituciones públicas declaradas como violadoras de derechos humanos, más sin embargo su fortaleza reside en la calidad de su trabajo.

Criterios de buen gobierno ponderados por el Ombudsman en la evaluación de los actos de la Administración Pública

Isela Serna Ramírez

Índice

INTRODUCCIÓN	407
CAPÍTULO 1	
LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS PRINCIPIOS DE <i>BUEN GOBIERNO</i>	410
1.1 Aspectos generales de los actos administrativos..	410
1.2 El principio de legalidad en las actividades de la administración pública.....	413
1.2.1 Aspectos generales.....	413
1.2.2 Revisión de la legalidad en los actos administrativos.....	415
1.2.3 Mecanismos de control para las actividades de la administración.....	418
1.3 El <i>buen gobierno</i> y sus principios rectores	418

1.3.1	Definición de <i>buen gobierno</i>	419	
1.3.2	Principios de <i>buen gobierno</i>	420	
CAPÍTULO 2			
EL OMBUDSMAN EUROPEO Y LAS NORMAS DE <i>BUEN GOBIERNO</i>			424
2.1	El Ombudsman europeo y sus relaciones con la administración pública.....	426	
2.1.1	El Ombudsman europeo y su principal función ante la administración.....	428	
2.1.2	La mala administración según el Ombudsman europeo.....	429	
2.1.3	El Ombudsman europeo y el concepto de <i>buena administración</i>	433	
2.1.4	El Ombudsman europeo y el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa	434	
CAPÍTULO 3			
EL OMBUDSMAN NACIONAL HOLANDÉS Y SU CRITERIO AL EVALUAR LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN.....			437
3.1	Los actos de la administración holandesa y los principios de una adecuada administración o “proper administration”	437	
3.2	Principios de <i>buen gobierno</i> en la Ley General Administrativa de Holanda	438	
3.3	La principal función del Ombudsman Nacional holandés frente a la administración	443	
3.4	Revisión del criterio del Ombudsman Nacional holandés	444	

3.4.1 Estándares o “check list” utilizados por el Ombudsman Nacional cuando evalúa los actos de la administración pública	447
---	-----

CAPÍTULO 4

EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN.....	449
--	-----

4.1 Los principios de buena administración contemplados en la legislación de la República de Panamá	450
4.1.1 Código Administrativo de la República de Panamá.....	450
4.1.2 Código de Ética del Servidor Público (Resolución No.3 de 1999)	451
4.1.3 Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley No.38 del 31 de julio de 2000)	451
4.1.4 Ley No.6 de Transparencia en la gestión pública.....	457
4.2 El Defensor del Pueblo de la República y su principal función ante la administración pública	460
4.3 Criterios utilizados por el Defensor del Pueblo de la República de Panamá en la evaluación de los actos de la administración pública	462

CAPÍTULO 5

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN ENTRE EL OMBUDSMAN NACIONAL HOLANDÉS Y EL OMBUDSMAN PANAMEÑO.....	464
--	-----

5.1 Similitudes	464
5.2 Divergencias entre los criterios desarrollados por los Ombudsmen en la evaluación de los actos de la Administración.....	465
CAPÍTULO 6	
EL ROL DE LAS OFICINAS DEL OMBUDSMAN EN LA PROMOCIÓN DE MECANISMOS PARA CONSOLIDAR LA DEMOCRACIA Y EL <i>BUEN</i> <i>GOBIERNO</i>	466
CAPÍTULO 7	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	472
7.1 Conclusiones	472
7.2 Recomendaciones.....	475
BIBLIOGRAFÍA	477
ANEXO	481

INTRODUCCIÓN

Los actos de las autoridades administrativas son el resultado lógico de ejecutar y ejercer las atribuciones, poderes y competencias que por ley les han sido conferidos, y los efectos de estos actos vendrán inevitablemente a afectar a una parte de los administrados.

Como resultado inevitable, en algunas ocasiones la parte afectada puede sentir que la decisión administrativa lacera de manera abusiva sus intereses, al punto que consideran que sus derechos fundamentales están siendo violentados. Sin embargo, la autoridad administrativa deberá seguir normas pre-establecidas, las cuales responderán a un orden jurídico que legitimará sus actos.

No obstante, son frecuentes en la práctica administrativa, el que una autoridad que va más allá de las atribuciones que taxativamente les establece la ley, violente los derechos ciudadanos amparados en el supuesto cumplimiento o la ejecución rígida de una normativa.

Los Estados, por décadas y con el ánimo de prevenir esta clase de actos ilegales han desarrollado y mejorado los mecanismos para el control de las actividades del aparato administrativo. Estas normas y mecanismos son conocidos como principios, los que se constituyen en rectores de la actividad administrativa y que bien guardados por ésta, coadyuvarán al cumplimiento de sus metas políticas, llenando las expectativas de los ciudadanos, sin menoscabo de sus derechos.

Estos principios surgen del bien conocido *principio de la legalidad*, del cual deben revestirse las actividades de toda autoridad, y llevarán a la administración a cumplir con las metas de un gobierno, y de la misma manera en que éste sea garante de estos principios, los ciudadanos tendrán la confianza de que el gobierno que rige su país es bueno, de

ahí que se conozcan estos principios como de *buen gobierno* o de *buena administración*.

Pese a la existencia y progresiva regulación de estos principios en las normas de todo gobierno, los derechos de muchos habitantes siguen siendo violentados. Ante este sentimiento muchas veces la figura del Defensor del Pueblo viene a establecerse como una herramienta para consolidar la naciente democracia que surge en muchos países de Latinoamérica, después de años de violentos y sanguinarios conflictos armados.

Es la figura del Defensor quien a través de su evolución, va a establecerse como la entidad encargada de investigar y evaluar que las actividades, procesos y decisiones de las autoridades administrativas no mermen los derechos fundamentales, previstos en las leyes regionales o convenios internacionales.

Con la finalidad de determinar si una autoridad fue fiel a estos principios de buen gobierno o si en el proceso de toma de decisiones ha cometido violaciones contra la normativa señalada, el Ombudsman realiza una investigación que finalizará con la expedición de una resolución.

El Ombudsman fundamentará sus recomendaciones en un criterio que, en la mayoría de los casos, reposará en la ley o normativas por medio de las cuales fue creada su institución. No obstante, en otros casos, el Ombudsman ha desarrollado un criterio sobre otros principios no regulados o no definidos como principios.

En fin, todo este criterio va tendiente a determinar si la administración pública ha vulnerado o no los derechos ciudadanos y los principios de buena administración.

Son estos principios ponderados por el Ombudsman, los que motivan la presente investigación.

Un primer capítulo de nuestro trabajo de investigación, tratará de ilustrar la relación de la autoridad administrativa con la aplicación de los *principios de buen gobierno*. Igualmente, trae a colación el *principio de legalidad*, de donde surgen una serie de innovadores principios en pro de mejorar la administración.

La experiencia en la aplicación de los *principios de buen gobierno* y en la evaluación de los actos de la administración, ha sido desarrollada y plasmada en un interesante código desarrollado por el Ombudsman europeo. Con la finalidad de ilustrarnos de esta experiencia, desarrollamos nuestro segundo capítulo. Definitivamente creí necesario en dicho capítulo, el desarrollo de temas como la relación que sostiene el Ombudsman europeo con la administración, su principal función y su actividad en la aplicación de normas de buena administración, aplicadas a las instituciones partes de la Comunidad Europea.

De manera práctica, desarrollo en el tercer capítulo el criterio utilizado por el Ombudsman Nacional holandés al momento de inquirir ante una autoridad de la administración, así como los criterios desarrollados al evaluar el proceso de toma de decisiones de las mismas. Me pareció interesante y útil destacar aquí la creación del llamado “check list” o guía, utilizada por el Ombudsman holandés para desarrollar principios no escritos de buen gobierno.

La experiencia de la República de Panamá, de manera muy modesta, refleja creciente interés y compromiso institucional en la creación, promulgación e implementación de normas que promuevan el respeto de principios, que bien adoptados por nuestra administración pública, contribuirán a consolidar nuestra vida en democracia.

En este capítulo destaco además la principal función del Defensor del Pueblo de Panamá ante la administración pública, y los criterios que éste pondera al momento de evaluar las actividades de la administración.

Las semejanzas y diferencias en los criterios del Ombudsman panameño y el holandés para evaluar los actos de la administración, son expuestas en una quinta parte, con la finalidad de poder obtener posibles mecanismos aplicables a nuestra realidad en materia de evaluación de la administración pública.

Los dos últimas partes de nuestro trabajo plasman algunas percepciones, que a nuestro criterio, podrían influir beneficiosamente en el fortalecimiento de nuestras crecientes instituciones de derechos humanos, específicamente cuando se inquiera sobre las actuaciones de la administración pública en defensa de los derechos ciudadanos.

CAPÍTULO 1

LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS PRINCIPIOS DE *BUEN GOBIERNO*

1.1 ASPECTOS GENERALES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los actos administrativos pueden definirse como una manifestación de la voluntad administrativa, los que se legitiman por la normativa que los crea y la faculta para ejecutar. No obstante, esos actos celebrados por las agencias del gobierno, tienen como principal objetivo en su proceso de toma de decisiones, modificar la normativa para producir efectos judiciales. Algunos de estos actos, diríamos que los más comunes, son los decretos presidenciales, la orden de un ministro, un acuerdo o decisión municipal.

Aunque las actividades administrativas pueden ser ejecutadas por el Poder Legislativo o Judicial, y las mismas deben de igual manera observar a la normativa

constitucional revestidas por principios de legalidad¹, nos interesa en esta investigación hacer referencia únicamente a aquellas dependencias gubernamentales cuyos actos son sujetos de investigación por parte de las oficinas del Ombudsman.

La administración pública, en el desarrollo de sus actividades para alcanzar sus objetivos, se vale de hechos administrativos, los cuales se producen sin la voluntad directa de la autoridad. Un ejemplo común es el cumplimiento de los requisitos por parte de un empleado para acogerse a la pensión por vejez o jubilación.

Otro mecanismo frecuentemente utilizado por la administración son las omisiones, las cuales se constituyen en la ausencia de la toma de una acción por la autoridad administrativa, cuando debió hacerlo. Un ejemplo clásico, la carretera dañada que debió cumplir con señalizaciones de precaución para los transeúntes y no se hizo, provocando posteriormente un accidente².

Las autoridades administrativas deben someter sus actividades al orden jurídico establecido. La constitución, la ley, los decretos ejecutivos, las resoluciones presidenciales entre otros, nos muestran parte de la jerarquía en orden jurídico.

Un Estado tiene poderes sobre sus ciudadanos, pero también deberes ante ellos, los cuales deben ser considerados como parte integral de sus actividades en el cumplimiento de sus metas. En orden de lograr esas metas, la administración debe “garantizar un mejor comportamiento de la

¹ *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Manual de lectura para la Cátedra de Derecho.

² *Idem*.

administración en la búsqueda de cumplir sus metas, haciéndolo lo más efectivamente posible y prevenir la arbitrariedad e irregularidades en el poder administrativo, protegiendo los derechos de libertad y propiedad del individuo”³.

Para el logro de los objetivos descritos, la administración debe introducir dos tipos de sujeciones para controlar sus propios actos. La primera, señala la necesidad de garantizar el interés público, lo que en consecuencia causa un beneficio directo para el particular. Como ejemplo podemos mencionar el servicio público de la administración, el cual beneficia a la comunidad en general en una eficiente y permanente manera. El segundo mecanismo, provee el garantizar los derechos de los particulares y el interés público. El objetivo de esta sujeción es de mantener la legalidad de la administración.

En el fondo la legalidad de su conducta, es una garantía del particular a verse beneficiado. Por ejemplo el procedimiento administrativo que debe llenar una autoridad cuando despedirá un empleado. La autoridad al cumplir con estos procedimientos tiene dos objetivos, mantener la disciplina y evitar un despido injustificado. La autoridad usará su facultad cuando decida tomar una decisión que afecte a un empleado, protegiendo el interés de la administración y del particular.

En consecuencia, el principal objetivo de la administración es “la eficiente administración y el respeto por el particular”⁴. Esta eficiente administración es desarrollada a través de reglas de policía y acciones que la administración toma y ejecuta, las cuales son necesarias para

³ Idem.

⁴ Ibid.Cit. Pág 281.

dirigir en la práctica al Estado como un modo de lograr el seguimiento de ciertas metas, con base generalmente, en reglas dictadas por el legislador.

La eficiencia de la administración en relación con los ciudadanos, depende de los principios de igualdad y autonomía de la voluntad. Estos principios indican que los individuos son iguales los unos a los otros. Pese a ello, en la esfera de la administración pública, éstos principios no son de aplicación general, muy por el contrario, la actividad de la administración es realizada de acuerdo a mecanismos que discrepan con la garantía de los derechos de los ciudadanos.

1.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.2.1 Aspectos generales

El *principio de la legalidad* es una garantía natural de un estado libre y democrático. Simultáneamente, este principio se constituye en una limitante a sus actividades.

Cuando las actividades administrativas no se ejecutan de acuerdo a la norma que los faculta, se conoce que sus actuaciones son ilegales. Los actos administrativos pueden también ser ilegales, cuando se realizan sin estar revestidos de competencia, en violación de las formalidades y procedimientos propios establecidos por Ley, abusando de su poder y con falta de motivos, entre otros.

El *principio de legalidad* unifica las exigencias de la norma escrita o no escrita que autorizan los actos y comportamiento de la administración como requerimiento necesario para su validez.

Las normas no escritas afectan al individuo por su propia aplicación, desde que “es también posible que la ley, la

jurisprudencia y la práctica administrativa, todas normas no escritas, requieran especial sujeción a la administración...”⁵. Por ejemplo, el principio que el gobierno aplica al servicio público, como lo son, la continuidad, igualdad, regularidad y modificabilidad de la organización del servicio, para mejorar la atención a la comunidad.

Como resultado de estas reglas, la administración no sólo tiene la obligación de dar servicio a todo el que lo desee (continuidad), sino que con un mínimo de eficiencia (regularidad), de acuerdo con todos los cambios jurídicos introducidos en su régimen (modificabilidad) y de igual manera para todo el mundo (igualdad)”⁶.

El origen del principio de legalidad es encontrado en la Constitución, en consecuencia, ésta toma el primer lugar en jerarquía en el orden jurídico. La Ley, en acuerdo con el Poder Legislativo y decretos presidenciales toman el segundo lugar, seguidos por decretos ejecutivos, resoluciones y otros actos emitidos por el presidente, los que ocupan el tercer lugar. Finalmente, todos los actos de las autoridades, alcaldes y otras autoridades siguen este orden⁷.

A pesar de la exigencia para que la autoridad administrativa realice sus actos con respeto al orden jurídico, es posible encontrar autoridades que incumplan este principio. Esta situación involucra la necesidad de crear controles que prevengan estas ilegalidades⁸.

⁵ Ibid.Cit. Pág. 283.

⁶ Idem.

⁷ Ibid. Cit. Pág. 284.

⁸ Ibid. Cit. Pág. 286.

1.2.2 Revisión de la legalidad en los actos administrativos

Cuando la orden emitida por una autoridad administrativa sea violatoria a los principios de legalidad, ésta se considera ilegal. Como fuera señalado, el principio de legalidad es considerado como el respeto a la norma jurídica, por lo que su inobservancia se constituye en la violación de la norma superior.

Los factores que provocan la ilegalidad en la actuación de la administración son diversos y específicos a su vez, entre los más comunes podemos señalar los siguientes:⁹

• Incompetencia

En el proceso administrativo, la autoridad administrativa tomará una decisión que deberá ajustarse a lo establecido en la ley; es decir, la autoridad podrá solo actuar conforme a lo que la ley le permita. Algunas veces, la autoridad administrativa actúa fuera de su competencia, cuando esto ocurre el acto es considerado ilegal.

• Faltas en el proceso administrativo

Las reglas administrativas en general crean procedimientos de derecho, los cuales deben ser garantizados por la autoridad pública y los ciudadanos. Cuando una autoridad administrativa ignora el procedimiento dentro de un proceso de toma de decisiones, el administrativo actúa ilegalmente.

⁹ Fundamentos de Derecho Administrativo. Manual de lectura para la Cátedra de Derecho.

• **Vicio en la forma y en el procedimiento**

Un acto administrativo está viciado en la forma y en el procedimiento cuando el mismo es el producto de violaciones a las formalidades y al proceso normado por ley¹⁰.

¿Es posible que en algunos casos la omisión de estas formalidades y procedimientos no cause la ilegalidad de un acto?. En efecto, en algunos casos la omisión no causa la ilegalidad en un acto y esto ocurre cuando estas formalidades y procedimientos no han sido considerados por la autoridad administrativa para la toma de su dictamen, es decir este no se constituye en la razón fundamental y decisiva para su decisión. El elemento que impera en este razonamiento, es la influencia que tiene la omisión sobre la decisión final¹¹.

• **Desviación de poder**

Este elemento hace referencia a la intención que tenga la autoridad al momento de tomar su dictamen. Por ejemplo, cuando una autoridad rechaza el tomar una acción en un asunto para el cual la ley le ha conferido competencia, para la consecución del interés general¹².

Algunas veces la administración dicta un orden pero con una intención diferente partiendo del real interés general, como una finalidad de tipo económico, entonces este acto será calificado como ilegal.

¹⁰ Algunas legislaciones no requieren formalidades en sus procedimientos, como ciertos actos específicos no requieren de prerequisites. En consecuencia, los actos de las autoridades administrativas serán ilegales si imponen tales formalidades.

¹¹ Cuando la omisión de la autoridad administrativa afecta la decisión, se considera que hubo omisión de una formalidad sustancial.

¹² Frecuentemente, la desviación de poder tiene objetivos económicos, personales o ideales. Por ejemplo, cuando una autoridad permite el establecimiento de un comercio sin licencia, de cuyos ingresos recibirá un beneficio.

El segundo, ocurre cuando una autoridad administrativa en el proceso de toma de decisiones, busca una finalidad diferente a la original, pese a ello, ésta responde al interés general.

• **Ilegalidad del objeto perseguido**

Un objeto, dentro de un proceso administrativo, se considera ilegal cuando es violatorio a la norma superior, aún cuando la autoridad sea competente y cumpla con el procedimiento establecido por ley¹³. Un ejemplo de ilegalidad en el objeto se da cuando un Presidente emite un decreto por medio del cual se aprueba la pena de muerte, sin considerar que la Constitución del país prohíbe esta pena como sanción de delitos.

• **Falsa motivación**

La falsa motivación ocurre cuando la ley requiere de algunos motivos para tomar una decisión, pero el servidor público realiza el acto sin tomar en consideración los requerimientos de la ley. En este caso hablamos de ausencia de motivos y esto puede ocurrir por ejemplo, cuando una autoridad en conocimiento de que una persona no reúne los requisitos para acogerse a una pensión de invalidez por accidente, se la confiere. En estos casos se considera que el acto es ilegal.

En segundo lugar, la ilegalidad puede ocurrir cuando los motivos o razones necesarias para que la autoridad o servidor público tome una determinación, no existan desde

¹³ Un ejemplo puede ser cuando el legislador dicta normas para resolver un problema económico en el país, y el Presidente lo rechaza para adoptar una normativa que beneficie a la capital. Pese a que el acto Presidencial va dirigido al interés de los ciudadanos, éste no beneficia al resto de los ciudadanos, constituyéndose un acto ilegal.

un punto de vista material o jurídico. Esta ausencia de los motivos requeridos, obliga entonces a una autoridad a tomar en consideración razones diferentes a aquellas establecidas por ley, sin que esos motivos estén siendo presentados en la práctica. Esta situación se considera contraria a la ley.

1.2.3 Mecanismos de control para las actividades de la administración

Toda legislación posee ciertos mecanismos de control, los cuales ayudan a los Estados a evitar violaciones al principio de la legalidad por parte de su administración. Algunos de estos mecanismos a través de la vía gubernamental o jurisdiccional, permiten excepciones o revocaciones directas.

En la medida en que la administración realice sus actos acordes con estos mecanismos de control, ésta se considerará como buena o mala administración. De ahí que los actos de la administración serán descritos como de un buen o mal gobierno.

1.3 EL BUEN GOBIERNO Y SUS PRINCIPIOS RECTORES

En los últimos tiempos los términos gobierno y buen gobierno han adquirido fuerza e importancia en toda administración o instituciones que buscan garantizar la protección de los derechos ciudadanos. Por otro lado, el término mal gobierno está siendo fuertemente utilizado como sinónimo de ineficiencia dentro de la gestión en la sociedad¹⁴.

¹⁴ El concepto de *buen gobierno*, puede ser utilizado en varios campos, como un gobierno corporativo, un gobierno internacional, un gobierno nacional o local.

Gobernar es el proceso de toma de decisiones, y un proceso por medio del cual éstas son implementadas o no por la administración, la cual ejecutará sobre los principios que devienen de la legalidad y que, como mencionáramos, van dirigidos a auto controlar la actividad pública. Estos mecanismos que deberá considerar la administración, se conocen como principios de buen gobierno o buena administración.

1.3.1 Definición de *buen gobierno*

La definición de buen gobierno ha sido ampliamente conceptuada en diferentes acuerdo por diversas organizaciones.

El *Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos* en su artículo 2, requiere de los 148 Estados partes “respetar y asegurar... los derechos reconocidos” en el Convenio y “tomar las medidas necesarias... para darle eficacia a los derechos”. Los Estados partes están obligados a garantizar un efectivo recurso, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en el ejercicio de sus funciones oficiales”¹⁵.

En adición, la *Declaración de los Derechos para el Desarrollo* señala, que la naturaleza de esas obligaciones enmarca cuatro importantes objetivos para el gobierno.

La precitada Declaración ordena a los Estados formular normas nacionales que se dirijan al constante mejoramiento del bienestar de toda la población y de todos los individuos, sobre la base de sus activos, libre y significativa participación en el desarrollo y la pobre distribución de los beneficios que resulten.

¹⁵ www.unhcr.ch/development/governance/html

Se requiere que de los Estados retomen en el ámbito nacional todas las medidas necesarias para la realización del derecho a desarrollar y “asegurar, inter alia, igualdad de oportunidad para el acceso de los recursos básicos, educación, servicios de salud, comida, casa, empleo y la pobre distribución de los ingresos”¹⁶.

Mary Robinson, Alta Comisionada para las Naciones Unidas señala que gobernar es el proceso por medio del cual las instituciones públicas manejan los asuntos públicos, administran los recursos y garantizan los derechos humanos. *Buen gobierno* es lograr una administración libre de abuso y corrupción y con debida observancia a la regla de derecho. Para Robinson, la prueba de un buen gobierno es el grado en el que éste desarrolle su actividad con respeto a los derechos humanos, civiles, culturales, económicos, políticos y derechos sociales¹⁷.

1.3.2 Principios de *buen gobierno*

Elementos como la regla de derecho, un proceso transparente y una fuerte sociedad civil participando en los asuntos públicos, han formado parte de la definición emitida por el Banco Mundial de lo que un buen gobierno representa. Contrario a un buen gobierno, el mal gobierno es caracterizado por normas arbitrarias, excesivas burocracias, sistemas legales forzados o injustos, abuso por parte de Poder Ejecutivo, una sociedad civil enajenada en la vida pública, y una latente corrupción¹⁸.

Según esta definición, para consolidar un buen gobierno es necesario que el proceso de toma de decisiones llene los

¹⁶ Idem.

¹⁷ [Http//www.unhchr.ch/development/governance.com](http://www.unhchr.ch/development/governance.com)

¹⁸ Idem.

siguientes ocho importantes principios: participación, consenso orientado, rendición de cuentas, transparencia, responsabilidad, efectividad y eficiencia, equidad e inclusive la seguida regla de derecho.

• **Participación**

La participación de los ciudadanos puede ser directa o a través de instituciones intermediarias legitimadas o representativas. Es importante señalar que la democracia representativa no necesariamente significa que lo concerniente a la parte más vulnerable de la sociedad debería ser tomada en cuenta en el proceso de toma de decisiones. La participación requiere ser informada y organizada. Esto significa libertad de asociación y expresión de un lado y del otro una sociedad civil organizada.

• **Estado de derecho**

El buen gobierno requiere campos legales justos, que obliguen imparcialmente. Esto además requiere protección total de derechos humanos, particularmente para las minorías. La aplicación imparcial de las leyes exige una independencia judicial y una imparcial e incorruptible fuerza del estado de derecho.

• **Transparencia**

La transparencia significa que la toma de decisiones por la administración y su aplicación sea realizada de manera que las reglas y regulaciones se respeten. Esto también significa que la información sea gratuita, disponible y directamente accesible para aquellos quienes se encuentren afectados por cada fallo y su aplicación. Transparencia también significa, que se provea de suficiente información de manera fácil y entendible.

• **Responsabilidad**

Un buen gobierno requiere que sus instituciones y procesos desarrollados se realicen en un tiempo razonable.

La aplicación, desde el punto de vista de las organizaciones internacionales, nos permite destacar que entre los elementos seguidos por el gobierno democrático con el objeto de alcanzar el desarrollo de un buen gobierno están: asegurar la efectividad en la protección de los derechos fundamentales, el desarrollo del estado de normas apropiadas, que puedan resultar en beneficio de la comunidad. Además, que como resultado de lo anterior, la participación de la comunidad mejore.

Sin embargo la administración necesita ser proveída con las necesarias medidas para asegurar a los ciudadanos los principios fundamentales de igualdad de oportunidades para acceder a las fuentes de información básica.

El estado garantizará la transparencia en el desempeño de sus labores como una manera de eliminar la corrupción¹⁹.

• **Consenso orientado**

Un buen gobierno requiere el consenso de los intereses de la comunidad para alcanzar un amplio consenso de la sociedad. Este acuerdo se refiere a la búsqueda del mejor interés para toda la comunidad y como éste puede ser alcanzado.

El consenso orientado, también requiere una amplia perspectiva, necesaria para el desarrollo humano sostenible y para lograr las metas de cada desarrollo. Esto puede solo resultar por el entendimiento de elementos del contexto de la sociedad, tanto el histórico como el cultural y el social.

¹⁹ Idem.

• **Igualdad e inclusividad**

Los elementos de equidad e inclusividad requieren que todos los grupos, pero en especial los más vulnerables, tengan la oportunidad necesaria de mejorar o mantener su bienestar, el cual asegurará a todos los miembros de la sociedad un lugar en ésta y que no se sientan excluidos.

• **Efectividad y eficiencia**

Cuando un proceso e institución produce resultados que llenan las necesidades de la sociedad mientras hacen el mejor uso de los recursos a su disposición, entonces existe un buen gobierno.

El concepto de eficiencia en el contexto de buen gobierno también abarca el uso sostenible de los recursos naturales y la protección del medio ambiente.

• **Rendición de cuentas**

Esta característica es una clave importante en un buen gobierno y se refiere a que las instituciones gubernamentales y del sector privado, y las organizaciones de la sociedad civil, rindan cuentas al público de la labor institucional.

La rendición varía dependiendo si las decisiones o las acciones tomadas son internas o externas para una organización o una institución. En términos generales, una organización o una institución debe rendir cuentas, sobre todo para quienes se sientan afectados por sus decisiones. La rendición de cuentas no puede ser aplicada sin transparencia y sin considerar la regla de derecho.

Con el seguimiento de estos principios característicos del buen gobierno, un doble beneficio puede ser alcanzado. En primer lugar, un beneficio para la administración, la cual

mejora los servicios dados a la comunidad en una forma efectiva, obteniendo otro beneficio en la economía dentro de un procedimiento administrativo. La celeridad representará la disponibilidad de obtener sus metas. En segundo lugar, en beneficio de los ciudadanos los cuales pueden confiar en una administración, que cumple con sus deberes con relación a los derechos de los individuos.

Estos elementos garantizan que la corrupción sea minimizada, el punto de vista de las minorías sea tomado en cuenta y las voces más vulnerables de la sociedad sean escuchadas.

CAPÍTULO 2

EL OMBUDSMAN EUROPEO Y LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO

Pese a que la figura del Ombudsman es frecuentemente percibida como un mero “protector del indefenso hombre en la calle” en disputas individuales, sus actuaciones y su rol educativo lo ubicará en un puesto dominante en un futuro cercano²⁰. Por ejemplo en Dinamarca, fue el Ombudsman Nacional quien instauró las principales normas de justicia para el procedimiento administrativo. En Suiza la práctica del Ombudsman ha sido frecuentemente aplicada en ambos campos, descriptivos y perspectiva campo de la ley pública²¹.

Más recientemente el Ombudsman Parlamentario, como el francés y el español, han probado por ellos mismos ser capaces de reformar las estructura administrativas de la norma y la práctica. Sin embargo, cuando consideramos el

²⁰ Gjerloff B, P. “The European Ombudsman: a novel source of soft law in the European Union”. In: *European Law Review*, 2000, pág.1.

²¹ K. Larsen, in W. E. von Eyben (ed.) *Jurdisk Grundbog, Forvaltningen* 4 (DJOF 1989).

futuro del procedimiento administrativo en Europa, es esencial analizar las funciones no sólo del Ombudsman Nacional, sino también las del Ombudsman europeo.

Cuando se creó el Ombudsman europeo, la intención de la Unión Europea fue que una “sustancial” institución viniera a la vida. El Ombudsman europeo seguía el futuro del Ombudsman danés, una oficina la cual había ejercido una de las más importantes influencias e impacto entre Ombudsmen nacionales. El Ombudsman europeo tiene como su principal función la aplicación de la norma de derecho. En adición “impulsa a la mayor rendición de cuentas por parte de la Unión Europea para todos sus ciudadanos, proveyéndolos de una independencia crítica para el logro de una administración de calidad y un estímulo para el mejoramiento”²².

El Ombudsman europeo está designado para recibir las quejas de personas legales o naturales, cuando la comunidad alegue mala administración. Un aspecto que hace al Ombudsman europeo tan importante institución, es la posibilidad de proveer al público acceso a las decisiones de las instituciones de la comunidad.

La institución del Ombudsman europeo permite al individuo interponer una queja relacionada con las normas de la Comunidad, siempre y cuando la queja entre en su competencia y se considere admisible, teniendo un vasto campo para la investigación. Si todos estos requerimientos son satisfechos, el Ombudsman realizará las investigaciones a fin de proteger los derechos de los ciudadanos europeos. Siendo admisible la queja, al ciudadano nacional de un Estado miembro le es dada la oportunidad de participar inclusive en el cambio de ciertos procesos de la Unión Europea.

²² Idem.

2.1 EL OMBUDSMAN EUROPEO Y SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En septiembre de 1990 España introdujo, en el campo de trabajo de la *Conferencia Intergubernamental de la Unión Política*, un documento consultivo relacionado con los ciudadanos de la Unión, el que requería por primera vez el establecimiento de un Ombudsman europeo que sería apoderado para tomar acciones dirigidas a proteger los derechos conferidos a los nacionales de la Comunidad.

En octubre de 1990 Dinamarca apoyó la propuesta española y en diciembre de 1990 el Consejo Europeo, en una reunión en Roma requirió a la Conferencia considerar la posibilidad de crear “un mecanismo de defensa de los derechos de los ciudadanos en relación con los asuntos de la Comunidad (‘Ombudsman’)”²³. El “borrador del tratado de la Unión Política” realizada en Luxemburgo²⁴ en junio de 1991, la cual fue incluida en el tratado de la Comunidad Europea que entró en vigencia en 1993, indica en su artículo E que en el contexto de la ciudadanía de la Unión, nacionales de los Estados miembros habían conferido el derecho de aplicar ante el Ombudsman, quien fue establecido bajo el artículo 137c.

En adición, las provisiones del tratado establecieron que el Ombudsman europeo podía ser quien lo requiriera y le dio competencia para recibir quejas de personas naturales y legales cuando fuera alegada mala administración en la Comunidad, y que él podría realizar sus deberes con completa independencia. Sin embargo, es claro para el contenido del Tratado que el Ombudsman europeo está subordinado al Parlamento.

²³ Magliveras K. “Best intentions but empty words: The European Ombudsman”. In *European Law Review*, 1995, pág. 1.

²⁴ Ibid. Pág. 2.

El Parlamento está facultado para citar a él y adoptar las medidas y regulaciones necesarias para mejorar el cumplimiento de sus deberes²⁵ después de haber consultado a la Comisión, con la aprobación del Consejo²⁶.

Por otro lado, cuando la Comisión establece su opinión, ésta puede estar de acuerdo con las reglas y regulaciones que ha adoptado el Parlamento, pero se establecen ciertas propuestas que garantizan la independencia del Ombudsman y asegura que su derecho a acceder a los documentos que mantienen las instituciones de la Comunidad sea compatible con el principio de la información confidencial que la Comunidad suscribió.

En 17 de noviembre de 1993, el Parlamento adoptó el borrador final de las normas y regulaciones²⁷ las que fueron adoptadas unánimemente el 9 de marzo de 1994²⁸.

Seguidamente el Consejo dio su consentimiento el 7 de febrero de 1994²⁹. No obstante, el Ombudsman europeo puede ser caracterizado por ejercer sus deberes ingravidamente, debido a la falta de poder que poseen sus decisiones o interpretaciones, por no ser éstas vinculantes. De tal manera, está doblemente caracterizado por su suavidad, una sustantiva y otra relativa a la aplicación (impacto) de sus decisiones.

²⁵ EP Doc.A3-0356/93, O.J. 1993 C 329/132; Agence Europe Documents, No. 1857, November 4, 1993. Sobre las deliberaciones, ver Debates del Parlamento Europeo. O.J. 1993 Anexo No. 3-438, págs. 105-111.

²⁶ Idem. Ver también artículo 214 EC.

²⁷ Council Decision of February 7, 1994 approving the Decision of the European Parliament on the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties (94/114), O.J. 1994 L 54/25.

²⁸ Gjerloeff B, P. Op.cit. Pág. 3.

²⁹ Harlow, C. *European Administrative Law and the Global Challenge*, European University Institute, Working Paper RSC No 98/23: <http://www.iue.it/PUB/Wpapers/ROnline.html>

2.1.1 El Ombudsman europeo y su principal función ante la administración

La justificación de crear una institución como la del Ombudsman parece simple. Ninguna de las instituciones o aparatos existentes podían ser técnicamente situados, para el desarrollo de las funciones que podrían ser asumidas por un Ombudsman³⁰.

A pesar de ello, la Corte de Justicia contribuye al desarrollo de normas de justicia; el Consejo de Ministros podría haber tenido que adoptar una fuerte legislación detallada con relación a la “buena administración”, un movimiento que podría ser inconsistente con la tendencia de una ley europea flexible; y finalmente la Comisión Europea, proveen por sí mismas, por desarrollos recientes, la falta de capacidad de proveer un control apropiado y mecanismos de reforma (La Comisión había abolido su única auditoría interna, con las siglas en inglés UCLAF, la regla del Parlamento fue esencial para requerir expertos independientes para ejercer un control efectivo y un poder de reforma).

Adicionalmente, debido a su futuro inter-institucional, ninguna de esas instituciones tenía la suficiente “soberanía” y/o credibilidad que una de ellas necesitaba para soportar la tarea de continua reforma administrativa y control.

De acuerdo al artículo 138e(2) CE y el artículo 6(1), el término de la oficina del Ombudsman europeo es de cinco años, igual al término del Parlamento europeo.

Después de cinco años, el Ombudsman puede aspirar a ser reelegido. Aunque cualquier ciudadano de la Unión Europea puede ser considerado por el Parlamento para la posición de Ombudsman, la mayoría de la población es

³⁰ Gjerloeff B, P. Ibid.cit.

excluida debido a la estricta calificación que debe poseer de acuerdo a lo normado en el artículo 6(2). El artículo 138e(2) CE y el artículo 7 establecen que el Ombudsman europeo cesará las prácticas de sus deberes cuando su periodo haya llegado a su fin, y él no sea reelegido o cuando sea destituido.

El artículo 8 señala que si el Ombudsman europeo no llena las condiciones requeridas para el logro de sus deberes o es hallado culpable de serias faltas a la conducta, podrá ser separado de su cargo por la Corte de Justicia a requerimiento del Parlamento.

Además, el Ombudsman debe desarrollar sus deberes con completa independencia e integridad, sin buscar o aceptar instrucciones de ningún gobierno o aparato y sus actos deben responder al interés general de las comunidades y los ciudadanos de la Unión Europea.

Antes de asumir sus deberes el Ombudsman debe tomar posesión solemne ante la Corte de Justicia, la que durante y después de su término respetará las obligaciones surgidas de éste. El artículo 10(1) establece que, en orden de que el Ombudsman practique sus deberes con la mayor independencia e integridad, no se le está permitido ser parte en ninguna actividad política o administrativa o tomar otro empleo, inclusive para la comunidad o en el ámbito nacional.

2.1.2 La mala administración según el Ombudsman europeo

Los poderes y deberes del Ombudsman están establecidos en el artículo 138e(1)CE y son elaborados en el artículo 2 del Parlamento. Su tarea es revelar situaciones de mala administración, únicamente en las actividades concernientes a las instituciones y aparatos de la Comunidad Europea. En algunos casos, el Ombudsman no tiene poder de tomar

acciones contra otras entidades, aunque éstas son autoridades actuando de acuerdo con las leyes de la Comunidad.

Tampoco el tratado o el estatuto del Ombudsman ofrece una definición concreta o clara guía de qué norma debería ser aplicada cuando evalúa una violación por parte de la administración. La única indicación se refiere a que el Ombudsman inquirirá dentro de las alegadas “instancias de mala administración”. La terminología de “mala administración” fue dada hasta 1997, y su mínimo contenido incluye los cuatro campos de revisión judicial de los actos que la Comunidad señala en su artículo 173(2) CE:

- Falta de competencia e interés por parte de la institución que adoptó la medida;
- La violación de un proceso esencial requerido;
- Violación del tratado o de cualquier otra norma de derecho también aplicable;
- Abuso de poder.

En 1997 el Ombudsman europeo emitió en su reporte anual su concepto de mala administración. En este sentido estableció que: “mala administración ocurre cuando una aparato público no actúa de acuerdo a la norma o principio bajo el cual está obligado a actuar”. En su definición, el Ombudsman ofrece una lista de ejemplos de mala administración tales como: irregularidades administrativas, omisiones, abuso de poder, negligencia, procedimientos ilegales, desigualdad, mala actuación o incompetencia, discriminación, retraso injustificado, falta o rechazo de la información.

El tratado además no ofrece en su definición de mala administración una distinción entre “instituciones y aparatos”. Para la práctica común, podemos asumir que las instituciones son aquellas entidades que han sido creadas por

el tratado de la Comunidad Europea. Otros que pueden describirse como instituciones son: el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros, la Comisión, la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia de la Contraloría, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Banco Europeo de Inversiones, el Sistema Europeo Central de Bancos.

Por otro lado, los “aparatos” de la Comunidad pueden ser descritos como aquellas entidades establecidas por una norma secundaria, como ejemplo, la Fundación Europea de Capacitación, la Agencia Europea del Ambiente, la Agencia Europea de Evaluación Médica, y el Centro de Traducciones para Entidades de la Unión Europea o por Convenciones, por ejemplo el propuesto Oficina Europea de Policía (Europol).

A pesar que el artículo 8d CE señala que solo los ciudadanos de la Unión pueden presentar quejas ante el Ombudsman, el número de quejosos se ha expandido considerablemente, lo que ha causado lo que el artículo 138e(1) CE y el artículo 2(2), establecen, y que se relaciona a la inclusión de cualquier persona natural o legal residente o que haya registrado su oficina en un Estado miembro.

No obstante, el Ombudsman no tiene jurisdicción para recibir quejas de personas o compañías que no estén establecidas o radicadas dentro de la Unión y no tienen ninguna representación en un Estado miembro, a pesar que ellas puedan estar dentro de la competencia de la legislación de la Comunidad Europea.

El artículo 195 CE (ex 138e) indica que un quejoso no tiene que probar un interés directo e individual para presentar una queja ante el Ombudsman. Estas pueden ser, desde una recomendación hecha sobre la base de un problema sistemático en general, por su sola naturaleza, hasta una recomendación atada a una compensación individual.

No obstante, no todas las quejas son recibidas por el Ombudsman europeo, en tal sentido, las quejas anónimas no son aceptadas, sin embargo, ante la institución investigada la identidad del quejoso puede permanecer confidencial. Aunque esto parece contradictorio, el artículo 2(2) obliga al Ombudsman a comunicar a la institución que está siendo acusada, tan pronto como el quejoso haya presentado su queja. A los quejosos les es dado un término de dos años como límite para presentar sus quejas, pero en orden de permitirles presentarlas ellos deberán haber informado previamente a la institución o aparato concerniente.

El artículo 2(6), confiere al Ombudsman un importante carácter extra judicial, al establecer que las quejas no afectarán los límites estipulados para la presentación de apelaciones en los procedimientos administrativos o judiciales.

Bajo el artículo 3(1), se establece que si una queja no ha sido referida directamente al Ombudsman, éste tiene el poder de investigar si tiene sospechas de mala administración en las actividades de las instituciones de la Comunidad.

Mientras que su investigación se vaya desarrollando, el Ombudsman puede requerir de la institución que esté siendo investigada que le permita el acceso a la información que se considere necesaria, así como completo acceso a los expedientes. La institución investigada solo puede rechazar esta injerencia invocando una necesidad con fundamento del secreto, lo que implica que el requerido documento haya sido originado en un Estado miembro y sea clasificado como “secreto por ley o regulación legal” y que ellos solo pueden proporcionar lo requerido previo consentimiento del Estado.

Si durante su investigación el Ombudsman tiene la impresión de que la información mantenida por el Estado Miembro podría ser útil para resolver el problema de mala administración, deberá requerirla y el Estado tendrá la

obligación de remitirle la información, a menos que como señaláremos anteriormente, cualquier provisión prevenga al Estado de ayudar al Ombudsman. No obstante, cualquier institución o Estado miembro de la Comunidad están bajo la obligación de apoyar el trabajo de investigación del Ombudsman.

El artículo 3(4) indica que, con el objeto de obtener la información necesaria, el Ombudsman informará el Parlamento el cual “hará una representación apropiada”. Además establece la sanción en caso de que su requerimiento sea cambiado. La falta o sanción en el caso de que su requerimiento sea cambiado, sugiere que la oficina del Ombudsman no tiene un real “campo” y que su rol y autoridad pueden ser fácilmente afectados.

En el caso de que a la institución le demuestren actividades consideradas como mala administración, la Comisión y el Parlamento pueden, bajo el artículo 144 CE, adoptar una posición de censura en aplicación de su poder. La experiencia ha demostrado que es más una clase de presión política que un procedimiento real.

2.1.3 El Ombudsman europeo y el concepto de buena administración

En diversas ocasiones, la Corte de Justicia ha usado el término el *principio de la buena administración* y el *principio de una adecuada administración*, señalando que la buena administración tiene que ser concebida como un concepto general que involucra reglas estableciendo un cierto estándar de una adecuada práctica administrativa las cuales “exclusivamente existen como una frase pero no como una procedimiento estándar con un contenido substancial y propósito”.

El Ombudsman no se ve compelido a seguir la práctica de la Corte en “buena administración”, pero a pesar de ello tiene permitido amplio campo. Por ejemplo, en sus aseveraciones de 1997 en que hace referencia a los *principios de buena administración* (supra), no se refiere a la práctica de la Corte. De aquí podría sugerirse que la buena administración en la práctica del Ombudsman sería desarrollada de una forma elevada y autónoma, con la administración de la Comunidad (mayormente de la comisión) como demandante primario, constituyendo una especie única de normas por sí misma. Además, las instituciones de la Comunidad y los Estados miembros tienen la misma obligación de ayudar al Ombudsman cuando sea necesario en el desarrollo de una investigación.

El artículo 3(4) expresa que la negación de proveer al Ombudsman con la necesaria información será informada por éste ante el Parlamento, el cual hará la representación adecuada.

2.1.4 El Ombudsman europeo y el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa

Desde su creación, el Defensor del Pueblo europeo ha trabajado en la definición de la mala administración sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los principios de derecho administrativo europeo³¹.

El código europeo de Buena Conducta Administrativa, está dirigido a los ciudadanos europeos y a los funcionarios. A los ciudadanos se les informa de “sus derechos respecto a la administración y se establecen los principios que ésta debe observar en el ejercicio de sus funciones”³².

³¹ Protocolo introductorio del código europeo de Buena Conducta Administrativa. Palabras de Jacob Soderman, Defensor Europeo.

³² Idem.

2.1.4.1 Principios evaluados en el código europeo

- **Legitimidad**

Establece que el funcionario actuará de conformidad con la legislación comunitaria, y velará porque las decisiones que afecten a los derechos o intereses de los ciudadanos estén basadas en la ley y que su contenido cumpla con la legislación.

- **Ausencia de discriminación**

Durante todo el trámite el funcionario deberá garantizar el principio de igualdad en el trato, evitando toda discriminación injustificada sobre la base de raza, color, origen étnico, o social, características genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, propiedad, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

- **Proporcionalidad**

El funcionario público garantizará que las tomas de decisiones sean proporcionales al objetivo que se persigue. Al adoptar las decisiones el funcionario respetará el justo equilibrio entre los intereses individuales y el interés público en general.

- **Ausencia de abuso de poder**

La autoridad ejercerá sus poderes siguiendo la finalidad de la norma que los habilita.

- **Imparcialidad e independencia**

El funcionario debe abstenerse de toda acción arbitraria que afecte adversamente a los miembros del público, así

como cualquier trato preferente por cualquier motivo. La conducta del funcionario no debe estar guiada por intereses personales, familiares o nacionales, ni por presiones políticas.

• **Objetividad**

Al adoptar decisiones, el funcionario tendrá en cuenta los factores relevantes y otorgará a cada uno de los mismos su propia importancia, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante.

• **Proporcionalidad**

Las medidas adoptadas serán proporcionales al objetivo que se persigue.

• **Ausencia de abuso de poderes**

Los poderes se ejercerán para los fines para los cuales han sido otorgados.

• **Justicia**

El funcionario actuará de manera imparcial, justa y razonable.

• **Cortesía**

El funcionario será diligente, correcto, cortés y accesible en sus relaciones con el ciudadano.

• **Derecho a ser oído y hacer aportaciones**

El funcionario debe garantizar que en todas las fases del proceso de toma de decisiones, que se respeten los derechos

a la defensa. Toda persona tiene derecho a que se le escuche en aquellos casos que deba adoptarse una decisión que afecte a sus derechos o intereses.

- **Protección de datos**

El funcionario que maneje documentación privada del ciudadano deberá ser custodio de éstos a fin de proteger su vida privada y su integridad.

- **Acceso público a documentos**

Se tratará de acuerdo con las normas públicas de acceso establecidas.

CAPÍTULO 3

EL OMBUDSMAN NACIONAL HOLANÉS Y SU CRITERIO AL EVALUAR LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

3.1 LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN HOLANDESA Y LOS PRINCIPIOS DE UNA ADECUADA ADMINISTRACIÓN O “PROPER ADMINISTRATION”

Los mecanismos establecidos en los Países Bajos para el logro de sus metas, son conocidos como principios de una adecuada administración o “proper administration”. Estas son reglas legales vagas de la conducta de los aparatos administrativos u otras entidades gubernamentales³³.

Los principios de una administración adecuada son comunes a cualquier administración, institución pública o

³³ H. and Bok, A.J. “Administrative Law in a Comparative Perspective”. Reader. Chapter 4. In: *General Principles of Proper Administration in Dutch Administrative Law*. Philip M. Langbroek. Section 4.9.

privada con capital del Estado o establecidas para el desarrollo de un servicio público. Estos principios son aplicables a través de todo el proceso en el cual el ciudadano haya presentado una petición ante la administración pública, hasta el momento en que la administración haya dictado una orden.

A fin de entender cuáles son estos principios de “proper administration”, el Ombudsman Nacional holandés necesita analizar los más relevantes principios de “proper administration” en consideración a la Administración holandesa.

3.2 PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO EN LA LEY GENERAL ADMINISTRATIVA DE HOLANDA

a. Prohibición de abuso de poder

El principio que establece la prohibición de que un aparato o entidad administrativa abuse del poder que le ha sido conferido es conocido como el principio de la prohibición de abuso de poder. Este principio determina que un aparato administrativo u otra entidad legal no puede hacer uso de su poder (de acuerdo con la ley pública) para un fin diferente para el cual le fue conferido³⁴.

El principio de prohibición de abuso de poder es una de las visibles diferencias entre la administración pública (que sólo puede hacer las cosas que son aceptadas por ley) y la administración privada (que puede hacer todas aquellas cosas que no estén prohibidas por la ley).

La Ley General de los Actos Administrativos Holandeses, en adelante GALA (siglas en inglés), ha desarrollado este principio en el artículo 3.3, cuando establece que la autoridad administrativa no usará su poder para propósitos

³⁴ Idem.

diferentes de aquellos para los cuales fue creada. En este sentido, la autoridad es responsable ante la ley entre otras cosas por “la extralimitación de sus funciones”.

b. Prohibición de arbitrariedad

La orden emitida por una autoridad o ente administrativo debe realizarse con un previo balance de intereses. La prohibición de arbitrariedad establece a la autoridad administrativa la obligación de que las órdenes que emita sean balanceadas y por ende bien razonadas.

Este deber para la administración se constituye en una regla básica de la ley administrativa. “El deber de balancear intereses es establecido por dos razones: en primer lugar, la administración solo debe hacer un balance de los intereses que están directamente involucrados con la decisión; aquellos intereses que no se relacionan directamente con la decisión o que no influyen directamente no deben ser balanceados...además, la administración solo puede balancear los intereses en coordinación con el poder que le ha sido dado”³⁵.

c. Principio de deber de cuidado

El deber de cuidado enfatiza la obligación por parte de una autoridad de preparar su decisión de manera cuidadosa. Si los hechos relevantes y los intereses que deben ser balanceados no son recopilados de manera adecuada, existe una gran posibilidad de que el contenido de la decisión resulte defectuoso. Este principio involucra la obligación, inclusive, de reunir la información de manera cuidadosa.

³⁵ Idem.

La GALA, desarrolla en el artículo 3.2 este principio y enfatiza que cuando una autoridad prepara una decisión ésta obtendrá la información necesaria concerniente a los hechos relevantes. Sin embargo, el interés para tomar una decisión debe ser medido.

d. Juego limpio o “fair play”

La obligación por parte de un servidor público o autoridad administrativa de no intervenir en una decisión si posee algún tipo de interés en el sujeto de la contienda, es conocida como la obligación de jugar limpio. El funcionario o autoridad tienen además la responsabilidad de no producir obstáculos en el procedimiento para alguna de las partes. Este principio no está regulado por la GALA, aunque en la práctica de la administración es aplicado.

e. Certeza legal

La certeza legal desarrolla “el optimismo de que la certeza legal y social de la sociedad pueda ser logrado por la interferencia del Estado es decir, por los actos del Parlamento”³⁶.

La certeza legal como principio de administración adecuada requiere que el significado de una orden administrativa sea acorde con el contexto del caso. De ahí que un aparato administrativo no pueda emitir órdenes contra los intereses de una persona o una organización con efecto retroactivo³⁷.

³⁶ Berge G. and Widdershoven. *The Principle of Legitimate Expectations in Dutch Constitutional and Administrative Law*. Administrative reader.

³⁷ H. And Bok, A.J. Ibid.cit.

“La aplicación más obvia de la certeza legal está en el contexto de la norma, la cual tiene un efecto retroactivo... con relación a la norma retroactiva éstas son particularmente señaladas en el contexto de las sanciones criminales, donde el efecto de la norma puede criminalizar una actividad que fue legal cuando fue realizada”³⁸.

f. Legítima expectativa

Se requiere de la entidad legal competente que cumpla con las legítimas expectativas para la que fue creada. Una función importante de la ley es la capacidad de proveer garantía de hacer posible una legítima expectativa.

g. Igualdad

El principio de igualdad tiene su base legal en la norma administrativa holandesa, cuando establece que casos iguales deben ser tratados de igual manera. Este principio enfatiza además la obligación por parte de cualquier autoridad que tome una decisión de tratar los casos con igualdad.

h. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es desarrollado en la sección 3.8 de la GALA, cuando requiere que el impacto de una decisión administrativa debe ser proporcional a sus objetivos “...proporcionalidad involucra la evaluación de tres factores: el cumplimiento adecuado de las medidas de evaluación para el dictamen de un objetivo; la necesidad de debatir la medida, en el sentido de que la entidad no tiene

³⁸ Graig P. y Burca G. *EU Law, text, cases and materials*. Oxford University Press. Segunda edición. 1998. Pág. 357,358.

otra opción a su disposición la cual sea menos restrictiva de la libertad individual; la proporcionalidad para restringir las medidas que están también involucradas³⁹.

i. Justificación

El principio de justificación o razonamiento encuentra su regulación en la GALA (secciones 3:46-3:50), en la cual se indica la obligación de cualquier autoridad de justificar con fundamento las motivaciones para tomar su decisión. En adición las personas o partes involucradas deben ser informadas de las razones por las que se tomó la decisión.

Las razones consisten en la referencia a una regulación, hechos relevantes, los intereses relativos y un reporte sobre el balance de estos intereses. La falta de una adecuada explicación hace casi imposible para las partes aceptar conformes la decisión. Además sin un adecuado razonamiento y substanciación de la decisión administrativa, es imposible para la parte afectada justificar cualquier objeción o apelación ante la instancia judicial.

La explicación y substanciación de una decisión administrativa deben ser considerada como un mecanismo para incrementar las legítimas expectativas de las decisiones futuras⁴⁰. Estos dos elementos, por la importancia que revisten, deben ser considerados como una parte del orden administrativo por sí mismo⁴¹.

³⁹ Idem.

⁴⁰ H. and Bok, A.J. Ibid.cit.

⁴¹ Idem.

3.3 LA PRINCIPAL FUNCIÓN DEL OMBUDSMAN NACIONAL HOLANDÉS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Luego de la presentación de una queja, la cual puede ser incoada por cualquier ciudadano ante el Ombudsman (de manera escrita) a fin de que se investigue a una autoridad administrativa, la función principal del Ombudsman Nacional frente a esta autoridad será investigar si sus actuaciones fueron adecuadas o no: “proper or improper”.

El Ombudsman Nacional tendrá dos vías para desarrollar esta investigación, la primera (aunque no es en orden de relevancia) es a través de su propia iniciativa. Esta opción le provee la oportunidad de enfocarse en el problema de manera más estructural e imparcial. Una segunda manera en que el Ombudsman iniciará una investigación es por la presentación directa de la queja por un ciudadano. Aquí, una vez que el Ombudsman Nacional ha decidido que la petición es elegible para ser investigada, podrá adoptar uno de los dos métodos de investigación que posee.

La investigación de los hechos concluye con un reporte de hechos. El Ombudsman Nacional decide en cada caso individual si terminará o expondrá sus conclusiones en un reporte o no, lo que es lo más frecuente. El reporte contendrá los hallazgos de su decisión, y en él se determinará si la autoridad administrativa actuó adecuadamente o no en el problema objeto de la investigación.

La decisión del Ombudsman Nacional puede ser acompañada por recomendaciones, las cuales son enviadas al peticionario en un reporte y a la autoridad administrativa correspondiente.

El Ombudsman Nacional establece los hechos en los cuales ha basado sus decisiones y los parámetros relevantes sobre los cuales basó su decisión. La combinación de los

estándares y hechos dirige a una decisión razonada de la acción bajo investigación. El reporte finaliza con una conclusión en donde se plasma si la queja fue bien fundamentada o no.

En la decisión y formulación de su decisión, el Ombudsman Nacional tiene que dar importancia a la acción bajo investigación. En la conclusión el Ombudsman se refiere al comportamiento de la administración y formalmente establece las responsabilidades de la conducta en cuestión. Cada elemento es objeto de separada evaluación por parte del Ombudsman Nacional.

Frecuentemente, la autoridad administrativa tendrá que tomar pasos para re-dirigir algunas quejas a la autoridad competente. En estos casos, un complemento es agregado al reporte, siguiendo la conclusión. Si ninguna medida es tomada, y existe razón para sugerir que la autoridad debería considerar tomar ciertos pasos, la sugerencia debe ser hecha al final del reporte⁴².

3.4 REVISIÓN DEL CRITERIO DEL OMBUDSMAN NACIONAL HOLANDÉS

Los estándares de una conducta adecuada son aplicados por el Ombudsman Nacional y debidamente regulados en la sección de los actos del Ombudsman (sección 26 de la GALA). Ha sido desarrollado dentro de un sistema de criterios para la evaluación de los actos del gobierno.

La importancia de estos criterios debe ser enfatizada por varias razones. Los criterios forman parte de la base del

⁴² GALA: Sección 25. La responsabilidad de la administración es de re-dirigir al peticionario a la autoridad competente para realizar la investigación.

razonamiento que informa y establece en la conclusión si la conducta investigada fue adecuada o no. “Este criterio infunde uniformidad en la manera en que el Ombudsman Nacional, llega a una decisión. Por otra parte, los criterios contribuyen al aspecto educativo dentro del trabajo del Ombudsman.

El criterio del Ombudsman para evaluar el comportamiento de los actos de la administración, se divide en dos grupos. El primero externaliza “la noción de la regla de derecho o el requerimiento de que los actos del gobierno se desarrollen de acuerdo a lo establecido en ambos estatutos escritos, en los cuales se expresa la voluntad del Parlamento. Si una acción particular del gobierno entra en conflicto con esos estatutos y principios, y no parecen ser justificados en otros campos, esto no puede en principio considerarse como una conducta adecuada”⁴³.

La revisión de la acción bajo investigación por parte del Ombudsman Nacional a la luz de las provisiones de la ley, incluyen aquellos aspectos relacionados con los derechos humanos y constitucionales, definiciones de competencia, y formas de provisiones gobernantes, procedimiento y sustancia.

El segundo grupo de criterios utilizados por el Ombudsman Nacional holandés son importantes toda vez que estos conforman los requerimientos de legalidad. Estos estándares se encuentran plasmados en una guía o bien conocido “*check list*”.

En este segundo grupo de criterios, el Ombudsman revisa la acción administrativa a la luz de los principios legales no escritos desarrollados en los casos, leyes y la doctrina legal, y que son igualmente relevantes para una decisión en consideración con la legalidad de la conducta

⁴³ Ley del Ombudsman holandés.

gubernamental. Como ejemplo de estos estándares están los principios de igual tratamiento a casos iguales, el principio de razonabilidad, de proporcionalidad entre el principio y el fin, de certeza legal y de legítima expectativa, el requerimiento de proveer razones a decisiones, y la certeza del debido proceso.

Estos estándares son asumidos en la esfera del debido proceso, en la obligación del servidor de actuar sin retraso injustificado para suplir al individuo con información relevante y escuchar su punto de vista; el trato de manera justa, en respeto a la dignidad humana y en su beneficio. Finalmente, éste establece un conjunto de estándares para la organización del gobierno, estándares de coordinación, monitoreo del progreso, protección de la privacidad individual y acceso a las autoridades.

Las decisiones (propias o impropias) por criterio, pueden destacar áreas comunes donde surgen los problemas, como la contravención de ciertas provisiones estatutarias, o una brecha del requerimiento que produce un retraso injustificado que debió ser evitado. Finalmente las estadísticas pueden formarse sobre la base de comparaciones entre las diferentes autoridades administrativas, o para monitorear el récord en particular de una autoridad en un periodo de tiempo. Los criterios de evaluación entonces, son herramientas analíticas en la revisión anual del Ombudsman Nacional, sobre los sujetos que han sido objeto de investigación⁴⁴.

⁴⁴ Para todos los reportes, y para casos concluidos usando el método de intervención, un informe es realizado con el criterio que debe aplicarse, de esta manera se puede desarrollar un programa de archivos de casos de leyes con jurisprudencia del Ombudsman. Aunque este sistema se utilizará en un principio internamente, puede ponerse posteriormente a disposición del público a través de internet.

3.4.1 Estándares o “check list” utilizados por el Ombudsman Nacional cuando evalúa los actos de la administración pública

3.4.1.1. Derechos Fundamentales

El Ombudsman determinará si los actos de la administración fueron desarrollados en orden de cumplir con los derechos establecidos en la Constitución, la Convención Europea de Derechos Humanos y otros convenios internacionales.

a. Normas generales vinculantes

Cuando la autoridad administrativa actúa de acuerdo con las normas que establecen su competencia, provisiones de proceso y otras.

b. Balance de intereses y justicia

La autoridad administrativa en sus decisiones debe tomar en cuenta el interés de las partes, el balance con cuidado, proporcionalidad y razonamiento.

c. Certeza legal

Este principio tiene un gran campo de esfera, involucrando lo predecible de las acciones de la autoridad. La certeza legal enfatiza la expectativa que la autoridad da a los ciudadanos en el respeto de una norma en su beneficio.

d. Igualdad

Este principio señala que frente a casos iguales, la autoridad debe tener un trato igual.

e. Fundamento legal

Las decisiones de las autoridades o instituciones administrativas deben ser motivadas adecuadamente, para llegar a una decisión.

f. Debido cuidado

Como anteriormente señaláramos, este principio regula el respeto por parte de la administración de las normas que regulan el proceso. Este criterio desarrolla otros sub criterios:

• *Prontitud en el proceso y re- dirección*

Este es evaluado en la decisión administrativa de acuerdo al tiempo límite establecido.

• *Activa provisión de información*

Principio que requiere que el gobierno garantice al ciudadano el conocimiento de sus derechos y deberes. Con este criterio, el gobierno permite que la expectativa legal pueda ser llenada.

• *Exactitud en la información por parte del gobierno*

El gobierno tiene que dar la correcta información a los ciudadanos de todos aquellos trámites y procedimientos que le atañen.

• *Organización administrativa y facilidades adecuadas*

Este principio regula el deber de la administración de proporcionar la correcta coordinación en sus organizaciones, así como proporcionar al ciudadano acceso fácil a las

organizaciones del gobierno a través de internet, fax, entre otros.

- *Tratamiento adecuado del ciudadano*

Involucra la obligación por parte de las autoridades administrativas de mostrar un adecuado respeto a los ciudadanos, el cual se exterioriza a través de su lenguaje, que debe caracterizarse por ser cuidadoso y cortés.

- *Protección a la privacidad*

Vinculado al principio de confidencialidad, las autoridades están obligadas a ser extremadamente cuidadosas con la información confidencial del ciudadano, así como con la información que éste aporte.

CAPÍTULO 4

EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN

La creación de las instituciones protectoras de los derechos humanos tuvieron como primer motivo garantizar el proceso de democracia y paz y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que iniciaban nuevas vidas, luego de largos años de vivir bajo la violencia de guerras y sometidos al yugo de gobiernos dictatoriales.

Aunque la realidad de otros países de Centroamérica fue diferente, los objetivos siempre están “casados”, y estos se vislumbran en la protección contra los actos o decisiones de las autoridades administrativas que se hayan desarrollado desligados de los principios comunes a toda buena administración.

Con esta finalidad entre otras importantes metas, se creó la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, que pese a su poco tiempo de existencia se expande con gran fuerza e impacto en materia de promoción y protección de los derechos humanos.

Tal y como se enmarca en la Ley No.7 de 5 de febrero de 1997, por medio de la cual se crea la institución, la Defensoría del Pueblo tiene como función esencial investigar los actos de la administración pública, y si ellos se ejecutan conforme a la Ley y en respuesta a los objetivos para los que se les creó.

Con la maduración adquirida por el nuevo régimen democrático (de apenas trece años) los legisladores han permitido la introducción de nuevas normas reguladoras en materia administrativa, en donde son introducidos los principios fundamentales de las actuaciones administrativas.

4.1 LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN CONTEMPLADOS EN LA LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

4.1.1 Código Administrativo de la República de Panamá

Los primeros esfuerzos para compilar en un mismo texto las normas reguladoras de la actividad administrativa en Panamá datan de 1917. Este texto conocido como Código Administrativo de la República de Panamá, se ha sometido desde entonces a considerables y sustanciosas reformas, en su mayoría para organizar y dictar normas procedimentales para las nuevas instancias administrativas creadas.

A pesar de los buenos e intencionados esfuerzos por regular el proceso utilizado por nuestras instituciones

públicas, con la finalidad de brindar un proceso justo y en respeto de la norma constitucional, los objetivos no se encaminaron a establecer y definir los mecanismos de autorregulación de las instancias administrativas que se derivaran de la legalidad.

4.1.2 Código de Ética del Servidor Público (Resolución No.3 de 1999)

No fue sino hasta 1999 que se instauraron acciones concretas para desarrollar normas específicas que, además de regir la carrera de los funcionarios públicos, rigiera el *modus operandi* en los procesos administrativos. En ese año surge el primer Código de Ética de los Servidores Públicos de la República de Panamá.

El nuevo código de ética desarrolla por primera vez importantes principios obligatorios en el actuar del servidor público en el cumplimiento de sus funciones.

4.1.3 Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley No.38 de 31 de julio de 2000)

Un año después, el 31 de julio de 2000, se promulga la Ley No.38, por medio de la cual se incorpora el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración y se regula entre otros, el procedimiento administrativo en general.

La nueva ley compila los principios regidores que deberán inspirar y caracterizar el procedimiento administrativo, entre ellos:

a. Informalidad

Este principio exige de las autoridades administrativas la obligación de no establecer requerimientos para que el ciudadano inicie un proceso ante la administración, si los mismos no siguen normas dictadas para su ejecución. La

informalidad para la presentación de una petición o queja ante la administración se apoya en el principio de una justicia accesible, principio característico de todo proceso.

Aunque la Constitución Política de la República de Panamá no contempla este principio de manera taxativa, éste forma parte de la práctica de la oficina del Ombudsman, la cual para la recepción de una queja no exige mayor formalidad y por el contrario, permite la presentación de la queja por cualquier medio, escrito u oral, personal o telefónico, oficioso e inclusive el anonimato.

b. Imparcialidad

La imparcialidad requiere el cumplimiento de las obligaciones por parte de los servidores públicos, sin establecer privilegios o algún tipo de discriminación. Como norma se establece para la preservación de la imparcialidad, la prohibición al servidor público de recibir cualquier beneficio o remuneración adicional para el cumplimiento de sus funciones.

c. Principio de no discriminación

El principio de no-discriminación, consagrado también en la normativa constitucional, señala la obligación de la autoridad administrativa de ejercer sus funciones sin ningún tipo de discriminación, por raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

El principio de la no-discriminación forma parte de los principios rectores contemplados en la Ley de la Defensoría del Pueblo, la que señala que:

“Podrá recurrir a la Defensoría del Pueblo, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera. No será impedimento la minoría de edad, la incapacidad ni el internamiento en centros penitenciarios o psiquiátricos, ni

situación de dependencia o sujeción a la administración pública o a los órganos del Estado.....”⁴⁵

d. Principio de respeto

El principio de respeto, involucra la obligación de la autoridad administrativa de que desarrolle sus funciones con la mayor integridad, moralidad, dignidad, cortesía, amabilidad e integridad.

e. Principio de celeridad

Estos principios plasman la intensidad y el cuidado con el que un servidor público debe realizar sus funciones, así como la entrega puntual de acuerdo al día y términos legalmente establecidos. El principio de celeridad es destacado en el artículo 82 de la Ley 38 de 2000, que establece que “cuando las entidades públicas deban resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos, establecerán un procedimiento sumario de gestión mediante formularios impresos y otros documentos que permitan el rápido despacho de los asuntos, y podrán utilizarse, cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las resoluciones, tipos o series de ésta, siempre que se exponga la motivación básica de la decisión, no se lesione la garantía del debido proceso legal y el libre ejercicio de la abogacía”⁴⁶.

⁴⁵ Ley No.7 de 5 de febrero de 1997, por la cual se estableció la Institución de la Defensoría de los Habitantes en la República de Panamá.

⁴⁶ El retraso injustificado por parte de la autoridad administrativa recae sobre la figura del titular de la Institución. La responsabilidad de un proceso desarrollado incorrectamente, se explica en el artículo 49.

f. Principio de eficacia

El servidor público desarrollará sus funciones en una manera responsable. Su principal objetivo debe enfocarse en brindar una respuesta al requerimiento del ciudadano. Todo servidor público en uso de las facultades conferidas por ley tiene que realizar sus funciones de manera eficiente y efectiva.

g. Debido proceso

El principio de debido proceso se vincula al respeto de la norma jurídica durante todo el proceso administrativo. Este principio establece que una autoridad no puede iniciar ninguna acción material que pueda afectar a un ciudadano, sin seguir el debido proceso, comunicando a la parte sobre las razones de su actuación, entre otras.

El debido proceso en el ámbito constitucional lo encontramos el artículo 32 que señala que: “Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria”.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, regula el debido proceso en su artículo 8, que abarca lo relacionado a las garantías judiciales. Este artículo establece que:

“1.Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. Derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
 - b. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
 - c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
 - d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
 - e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
 - f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
 - g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
 - h. Derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior.*
- 2. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

3. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

4. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

h. Competencia

El servidor público está llamado según este principio a realizar sus actividades con apego a la ley y en seguimiento de las instrucciones que provienen de su superior jerárquico, sin violentar lo establecido en la ley y normas.

i. Información

Todo servidor público responde a un derecho del ciudadano a poder solicitar información, y la autoridad brindársela en un término de 30 días hábiles. El derecho de petición como es consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política de Panamá, señala que:

“Artículo 41- Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución.

El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja deberá resolver dentro del término de treinta días.

La Ley señalará las sanciones que corresponden a la violación de esta norma”⁴⁷.

⁴⁷ Constitución Política de la República de Panamá.

4.1.4. Ley No.6 de Transparencia en la gestión pública

Con la promulgación de esta ley se facilita el acceso a información pública de toda agencia o dependencia del Estado, incluyendo todas las pertenecientes a los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, las entidades descentralizadas, autónomas, semi autónomas, Autoridad del Canal de Panamá, municipios, gobiernos locales, juntas comunales, las empresas de capital mixto, cooperativas, fundaciones, patronatos y organismos no gubernamentales (ONG) que hayan recibido o reciban fondos, aportes de capital o bienes del Estado.

El papel que desempeñó la Defensoría del Pueblo en la formulación de la Ley de Transparencia fue de gran importancia, fundamentado en la convicción de que el acceso de los ciudadanos a la información sobre los asuntos de la cosa pública es un mecanismo o garantía para su correcta administración.

Con la ley de transparencia se obtienen los siguientes logros:

- Se fortalecen los principios de buena administración.
- Se reafirma el principio de publicidad.
- Se introducen conceptos como lo son derecho de libertad y acceso a la información, principio de acceso público, rendición de cuentas, transparencia.
- Se hace obligatorio para cada institución adoptar un código de ética para los servidores públicos.

La Ley No.6 de transparencia en la gestión pública desarrolla importantes principios en la relación administración-ciudadano:

• **Principio de acceso público**

El principio de acceso público es definido en la Ley de Transparencia como el derecho que tiene toda persona para solicitar y recibir información veraz y oportuna que esté 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 lo 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.

• **Principio de rendición de cuentas**

La 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, plasma la definición a la cual se refiere este principio. Esta obligación de rendir cuentas también le corresponde a los cuerpos directivos colegiados de las instituciones públicas.

• **Principio de transparencia**

Se contempla el 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 libertad y acceso a la información

Este principio consagrado en la Ley de Transparencia, señala que toda persona tiene derecho a solicitar, sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o en conocimiento de las instituciones indicadas por la ley.

Las empresas privadas que suministren servicios públicos con carácter de exclusividad, están obligadas a proporcionar la información que les sea solicitada por los usuarios del servicio, respecto de éste.

La información a disposición de los ciudadanos se extiende a su información personal contenida en archivo, registros o expedientes que mantengan las instituciones del Estado, y a corregir o eliminar información que sea incorrecta, irrelevante, incompleta, o desfasada, a través de los mecanismos pertinentes.

La normativa establece que el acceso a la información es gratuito, siempre y cuando el mismo no requiera reproducción por parte del solicitante, de modo contrario, el recurrente tendrá que asumir los costos de lo requerido.

La información que requiera el peticionario debe ser suministrada en copia simple, o en su reproducción digital, sonora, fotográfica, cinematográfica o videográfica, según se peticione y sea técnicamente factible.

Para los efectos de prestar el servicio de acceso por medio de internet, las instituciones deberán prever una oficina de consulta que tenga los medios electrónicos indispensables para ofrecer un servicio de acceso de calidad. Esto se podrá lograr también por medio de kioscos de información que hayan previsto las distintas instituciones.

En caso de que la información solicitada sea requerida de manera certificada, el peticionario deberá cumplir, para los

efectos de las formalidades y de los costos, con las disposiciones legales que rigen la materia. Este principio tiene su base legal en el artículo 41 de la Constitución Política de Panamá, la cual establece el derecho de petición del cual goza todo ciudadano.

4.2 EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA Y SU PRINCIPAL FUNCIÓN ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La función primaria del Defensor del Pueblo de la República de Panamá ante las autoridades administrativas, se plasma en el artículo 4 de la Ley No.7 de 5 de febrero de 1997, por medio del cual se establece la institución en la República de Panamá. El texto del artículo señala que son funciones del Defensor del Pueblo:

1. Investigar los actos u omisiones de las autoridades y de los servidores públicos que impliquen violaciones a los derechos establecidos en el Título III de la Constitución Política de la República, los demás derechos constitucionales, así como los previstos en tratados, convenios y declaraciones internacionales, suscritos y ratificados por el Estado panameño.

2. 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.

3. Investigar y denunciar hechos, actos u omisiones de las empresas públicas, mixtas o privadas, personas naturales o jurídicas, que desarrollen un servicio público por concesión o autorización administrativa”.

De las citadas, es claramente sustraíble la principal función del Ombudsman ante las autoridades

administrativas. En este sentido, el Defensor podrá investigar y denunciar los hechos, actos u omisiones de las autoridades públicas, incluyendo al Órgano Ejecutivo, gobiernos locales, fuerza pública; así como de aquellas empresas que desarrollen un servicio público, siempre que todas estas situaciones involucren la efectiva o posible violación de los derechos fundamentales, contenidos en la normativa panameña.

Además de las importantes funciones que le competen al Ombudsman frente a actos administrativos, el legislador le otorgó otras funciones que pueden influir beneficiosamente en la actividad administrativa, así éste podrá incorporar legislación internacional al ordenamiento jurídico interno y promover ante la autoridad que sea competente la posible solución de las condiciones que no permitan a las personas el pleno goce de sus deberes.

Por otro lado el Defensor podrá diseñar y adoptar políticas de promoción y divulgación de los derechos humanos. Todas estas atribuciones del titular de la Defensoría son de gran influencia en el desarrollo de las actividades administrativas.

El Defensor del Pueblo culminará sus investigaciones con una recomendación que plasmará en un informe de las gestiones que ha impulsado ante las instituciones involucradas, las actuaciones de estas entidades, los hechos aportados por el peticionario, así como los elementos importantes que ha recabado en el transcurso de la investigación.

En este informe final el Defensor establecerá recomendaciones para la institución gubernamental, la que tendrá la obligación de responder en un término de 30 días, posteriores al recibo de esta resolución, si acepta la recomendación, y en caso contrario las razones.

4.3 CRITERIOS UTILIZADOS POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ EN LA EVALUACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las investigaciones de la Defensoría de Panamá, son el resultado de la competencia que por ley se le ha asignado para determinar si de los actos de la administración se desprenden violaciones a los derechos fundamentales de los recurrentes.

Las investigaciones de la Defensoría del Pueblo concluyen con la expedición de una resolución. Si bien es cierto las resoluciones no anulan los actos ni resoluciones de la administración pública, la Defensoría del Pueblo podrá sugerir en sus recomendaciones la modificación, rectificación o anulación de los mismos.

El artículo 33 de la Ley de la Defensoría del Pueblo establece que las recomendaciones que emita la Defensoría del Pueblo están dirigida a los órganos, instituciones o funcionarios de la administración pública cuando de las actuaciones administrativas se desprendan efectos perjudiciales o no acordes con la finalidad de la norma que los habilita.

Del precitado artículo podemos afirmar que los criterios sobre los que el Defensor del Pueblo emite recomendaciones, se fundamentan en el cumplimiento o no por parte de la administración, de la normativa constitucional en primer lugar, y de las leyes y demás convenios internacionales.

• La Constitución Política de la República de Panamá

Este primer criterio evaluado por el Ombudsman se fundamenta en que las autoridades de la República de

Panamá tienen como objetivo de su creación, la protección de la vida, honra y bienes de los nacionales donde quiera que se encuentran y de los extranjeros que estén bajo su dirección; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Partiendo de esta premisa, la que nos permite conocer las funciones para las que en un principio fueron creadas las autoridades administrativas, debemos señalar que es función del Ombudsman determinar si dentro de las actuaciones de la administración, ésta cumplió con los principios establecidos en el Título III de la Constitución Política de Panamá. Entre otros, los principios más importantes que se señalan son: el principio de la no-discriminación, el principio de igualdad ante la justicia, el debido proceso, el derecho de petición, el derecho al trabajo y el derecho a la salud.

• **Leyes administrativas**

Las demás leyes específicas referidas a las funciones de las autoridades, se encuentran enmarcadas en el Código Administrativo de la República de Panamá, y en la Ley 38 de julio de 2000, que dicta las normas del procedimiento administrativo en general. En estas leyes se establecen los principios que deberán ser rectores de la actuación administrativa así como de sus decisiones.

• **Leyes especiales**

Además de las establecidas específicamente para regular la actuación de las autoridades, existen leyes especiales como la No.6 que dicta las normas sobre transparencia en la gestión pública y que incorpora otros principios como la rendición de cuentas, principio de transparencia, el principio de acceso a la información pública, entre los más relevantes.

- **Convenios Internacionales que han sido ratificados por la República de Panamá**

Estos convenios ratificados por Panamá tienden a la protección de normas internacionales acordadas por los países y se refieren a la protección de los derechos humanos de las personas.

A diferencia del Ombudsman Nacional holandés, el Ombudsman panameño no basa su criterio en principios que no se encuentren taxativamente en la ley, entendiéndose que, por ser una autoridad, se encuentra limitada a hacer solo aquellos actos que la ley le indique.

CAPÍTULO 5

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN ENTRE EL OMBUDSMAN NACIONAL HOLANDÉS Y EL OMBUDSMAN PANAMEÑO

5.1 SIMILITUDES

Las principales funciones de los Ombudsmen ante los actos de la administración pública, van dirigidos a investigar y determinar si ésta ha actuado cumpliendo con los procedimientos establecidos en las normas nacionales e internacionales, y en cumplimiento de los principios de legalidad protegidos por la normativa.

En ambas legislaciones, los criterios de los Ombudsmen se basan primero, en verificar el cumplimiento por parte de las autoridades y servidores públicos del estado de derecho contemplado en la Constitución y en las leyes administrativas entre otras. El segundo criterio de los Ombudsmen holandés y panameño, se basa en determinar si la administración cumplió con esos principios rectores de las

acciones administrativas, a fin de obtener sus metas y el respeto de derechos fundamentales.

Además de los mecanismos internos que utiliza el Ombudsman, la introducción de legislación en la que se plasman principios de una buena administración, ejerció gran influencia para facilitar al Ombudsman llegar a una conclusión. En el caso holandés, este conjunto de normas se encuentra plasmado en la Ley General Administrativa Holandesa, la cual brinda los conceptos de los principios propios a una administración adecuada. En el caso de Panamá, éstos se encuentran consagrados en la reciente ley que dicta el procedimiento administrativo en general.

Como resultado de la investigación, ambos Ombudsmen establecen sus criterios en un informe o resolución final (este último en el caso de Panamá), en el que se exponen sus criterios bien razonados, y en donde se plasma además si la administración respetó o no los principios propios de una buena administración.

En ambos casos, los Ombudsmen están obligados a razonar sus criterios, tal y como se le exige a la administración al momento de emitir una orden o tomar una acción que pueda afectar de alguna manera a los ciudadanos.

Finalmente, aunque estos criterios tomados por los Ombudsmen señalen una conducta apropiada o no por parte de la administración, ello no implica que su recomendación sea legalmente vinculante.

5.2 DIVERGENCIAS ENTRE LOS CRITERIOS DESARROLLADOS POR LOS OMBUDSMEN EN LA EVALUACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Como parte del desarrollo y como mecanismo para expandir y plasmar el criterio del Ombudsman al evaluar las

actividades de la administración, el Ombudsman Nacional holandés ha desarrollado una lista de estándares única, en la que se plasman algunos principios que debe acoger la administración en el proceso de toma de decisiones. En esta guía o como bien se le conoce “check list”, se han establecido principios tales como la obligación de la administración de tratar adecuadamente al usuario, de responder sus peticiones sin retraso, entre otras. Estos principios, que no son normados en la Ley General Administrativa Holandesa, han sido un mecanismo para que el Ombudsman amplíe su criterio a otros aspectos tomados muy poco en cuenta por los gobiernos.

Un importante logro a favor de la democracia y protección de los derechos ciudadanos, y como un mecanismo adicional utilizado por el Defensor del Pueblo de la República de Panamá, es la recién adoptada Ley de Transparencia, por medio de la cual se dictan normas para la transparencia en la gestión pública. Este importante mecanismo, que a un escaso año ya ha adquirido gran fuerza en Panamá, no ha tenido por parte de la Administración Holandesa un igual desarrollo. En este sentido, la nación holandesa a diferencia de la panameña, no ha compilado tan importante principio en una normativa.

CAPÍTULO 6

EL ROL DE LAS OFICINAS DEL OMBUDSMAN EN LA PROMOCIÓN DE MECANISMOS PARA CONSOLIDAR LA DEMOCRACIA Y EL *BUEN* *GOBIERNO*

En los últimos años, las oficinas creadas para la protección de derechos humanos han ocupado un importante rol en la aplicación y creación de mecanismos que contribuyan a que los actos de la administración pública se desarrollen con respeto a los principios de legalidad y los

que devienen de éste, y que el respeto de los derechos de los ciudadanos sean los pilares para el fortalecimiento de un buen gobierno.

Los casos europeos, por su experiencia en materia de *buen gobierno*, son un buen ejemplo del esfuerzo que la institución del Ombudsman ha realizado para la compilación en un solo texto, de principios- herramientas que contribuirán a la edificación de un buen gobierno.

En tal sentido, el Ombudsman europeo ha sido precursor de un código de conducta para la administración. Este código ha sido utilizado por varias legislaciones de Ombudsmen para la creación de códigos similares.

Al enfocarnos en la experiencia de América Latina, países como Costa Rica, ya han realizados esfuerzos conjuntos con la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Europea, para el desarrollo de investigaciones, con el objetivo de establecer parámetros que resalten las metas que todo buen gobierno debe alcanzar.

Un proyecto recientemente desarrollado por esta alianza es el conocido Informe del Estado de la Nación, el cual fue desarrollado por el Programa de las Naciones Unidas, para el desarrollo de un buen gobierno. La Unión Europea, La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica y el Consejo Nacional de Rectores, desarrollaron cuatro áreas las cuales fueron identificadas como aspiraciones y se relacionan con el fortalecimiento de la democracia y el buen gobierno. Estas aspiraciones incluyen: “el ejercicio de los derechos ciudadanos, la rendición de cuentas de las instituciones públicas a la ciudadanía, los mecanismos de control político, y el fortalecimiento del derecho a la información”.

El informe se basa en la identificación de acontecimientos relevantes, muy en particular en las relaciones entre el Estado y la sociedad civil.

Estos esfuerzos que han incluido el ejercicio de los derechos ciudadanos, lograron que la consolidación de los partidos políticos se viera regulada por un marco legal que establece, entre otras cosas, “la obligación de iniciar el proceso de designación de candidatos a cargos de elección pública por medio de asambleas distritales, y de garantizar el 40% de representación a las mujeres en las asambleas distritales, cantonales y provinciales”. Fuera del ámbito electoral, el ejercicio de los derechos de los ciudadanos tiene que ver sobre todo con la recta aplicación de las leyes, y con el cumplimiento de los deberes de las instituciones públicas. En lo referente a la aplicación de las leyes, la Sala Constitucional siguió consolidándose como un importante instrumento para la protección de los derechos individuales.

Siempre en el ámbito judicial, fueron aprobados un nuevo Código Procesal Penal, la Ley de Justicia Penal Juvenil y la Ley de Notificaciones. Además, la Corte Suprema de Justicia continuó con el proceso de modernización emprendido a inicios de esta década.

El rol de la Defensoría de los Habitantes ha sido muy importante, pese a las limitaciones legales que también posee. Esta influencia que ejerce se vio representada con el incremento de denuncias que ha recibido en los últimos años y que se relacionan con el cumplimiento de los deberes de las instituciones públicas y tiene que ver tanto con el ejercicio de los derechos ciudadanos como con el rendimiento de cuentas de esas instituciones.

Entre los nuevos mecanismos para que se escuchen a los ciudadanos y que surgieron gracias a su intervención se encuentra la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, institución que realiza audiencias ante las solicitudes de aumento de tarifas; la Comisión Nacional de Defensa del Consumidor, que recibe denuncias sobre calidad y precio de los bienes y servicios adquiridos, y los Tribunales Ambientales Administrativos.

La discusión de los asuntos públicos y los mecanismos de rendición de cuentas, el derecho a la información sin embargo, no han tenido mucho éxito en esta nación vecina, por el contrario estos derechos se han visto disminuidos en forma transitoria por la aplicación del secreto de Estado.

Pese a que la ciudadanía expresa un descontento con relación al desempeño de las instituciones, y particularmente del gobierno y la Asamblea Legislativa por su incapacidad de alcanzar consensos básicos para tramitar las reformas que requiere el país; por el deterioro de la infraestructura y el alto gasto público, por la grave corrupción, el alto costo de la vida y el deterioro de los servicios públicos, una manifestación pública de ello puede constituirse en una peligrosa arma.

Aunque el derecho de respuesta, que por ley asiste a “los que se sientan afectados por informaciones inexactas o agraviantes”, fue fortalecido por la Sala Constitucional, al obligar a los medios a publicar las respuestas de los afectados con un despliegue similar al de la noticia original (medida que se consideró por parte de las principales empresas periodísticas del país como una medida de coerción inconveniente), la prensa sigue siendo aún un importante mecanismo de denuncia de los actos y omisiones de las autoridades e instituciones del gobierno.

Frente a esta lucha alentadora de Costa Rica, el desarrollo de este punto nos permite desarrollar el importante papel de la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, para la promoción y adopción de un texto que compile y haga obligatoria la adopción de principios de buen gobierno por parte de la administración pública.

En tal sentido, este importante esfuerzo inició en el año 2001, cuando fue requerida por la Institución la urgente y necesaria adopción de una ley que garantizara importantes

principios a favor de los derechos ciudadanos. Esta ley que al momento de su formulación ante el Poder Legislativo contó con la importante intervención de la Defensoría del Pueblo y de las organizaciones de la sociedad civil, llegó a su momento cumbre el 22 de enero de 2002 cuando fue publicada la Ley de Transparencia⁴⁸.

En palabras del actual Defensor del Pueblo, Licenciado Juan Antonio Tejada Espino, la transparencia en los actos de la administración permitirían a los medios de comunicación y ciudadanos en general, tener libre acceso a la información de cualquier agencia o dependencia estatal incluyendo los Poderes Ejecutivos, Legislativo y Judicial, entidades descentralizadas, autónomas y semi autónomas, la Autoridad del Canal de Panamá, municipios, gobiernos locales, compañías con capital mixto, cooperativas, fundaciones, organismos no gubernamentales los cuales reciban capitales o bienes del estado.

El acceso a la información pública garantizaría, como lo señalara el Defensor del Pueblo en un comunicado dirigido a la nación, una condición básica para combatir efectivamente la corrupción.

“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

⁴⁸ Ley No.6 de 22 de enero de 2002...“Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *Habeas Data* y otras disposiciones”.

ciudadanos y también para su divulgación a través de los distintos medios de comunicación social y de Internet”⁴⁹.

Como mecanismo de apoyo a la Ley de Transparencia, la Defensoría del Pueblo habilitó un programa accesible mediante internet, en donde publicó las planillas de sus funcionarios. El revolucionario proyecto tecnológico, conocido como “el nodo de transparencia” cuenta a la fecha con más 30 instituciones gubernamentales quienes publican sus planillas, la información financiera la institución y en algunos casos como el nuestro, los pagos hechos a proveedores desde 1997 y todas las compras en proceso, con el fin, entre otras cosas, de promover el interés ciudadano por el manejo de los haberes públicos y de incentivar el concepto de “auditor ciudadano”, como instrumento adicional y eficaz en la lucha contra la corrupción⁵⁰.

“La labor estratégica de la Defensoría del Pueblo incluyó la visita a diferentes noticieros y programas de opinión pública, tanto en la radio como en la televisión, instando a la Presidenta de la República a la sanción de la Ley de Transparencia”⁵¹.

“Desde la aprobación de la Ley de transparencia, el Defensor del Pueblo ha solicitado a los jefes de las carteras ministeriales y de las entidades estatales que aún no habían ingresado al Nodo, la información relativa a la contratación, planillas y emolumentos de los servidores públicos, a fin de materializar lo dispuesto en la ley 6. Igualmente se les informó que aquella información que estaba en las páginas

⁴⁹ Palabras introductorias del Defensor del Pueblo de la República de Panamá, Licenciado Juan A. Tejada Espino, en el ejemplar de la Ley de Transparencia editada por el Programa de Educación para la Vida en Democracia.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Rodríguez, Guido. *Instrumentos legales para la transparencia en la gestión pública, políticas de transparencia de la Defensoría del Pueblo*. Panamá, 2002.

de internet, sería colocada al alcance de los ciudadanos mediante el buscador amigable que utiliza el Nodo de la Defensoría. Se ingresó por esa vía la información de tres Ministerios. Hasta la fecha cuatro instituciones han respondido la carta del Defensor, en el sentido de que estarán suministrando la información solicitada. Una de ellas ya lo cumplió (Zona Libre de Colón). Las demás son el Ministerio de Educación, la Lotería Nacional de Beneficencia y el Instituto Autónomo Cooperativo⁵².

Hasta la fecha más de treinta instituciones, entre ellas dos de los tres órganos del Estado, hacen parte del Nodo de Transparencia de la Defensoría del Pueblo.

Este proyecto ha merecido el reconocimiento nacional e internacional, como un ejemplo sin igual, de acciones concretas en pro de la transparencia en el manejo de la cosa pública y por ende en la lucha contra la corrupción.

CAPÍTULO 7

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. CONCLUSIONES

- Los Estados en la búsqueda de mecanismos de control para las actividades de la administración han establecido principios que surgen del principio de legalidad, y que garantizan el respeto del orden jurídico y de los derechos ciudadanos por parte de la administración. Estos principios son conocidos como *principios de buen gobierno* o de *una adecuada administración* (caso de Holanda).
- Los principios de *buen gobierno* forman parte del criterio que utilizan los Ombudsmen al momento de evaluar si los

⁵² Idem.

actos de las autoridades o servidores públicos se desarrollaron de manera adecuada. Algunos de los principios de una buena administración se han consagrado en las leyes generales administrativas de los Estados, sin embargo, en otros casos se tratan de normas no escritas a las que se le ha dado fuerza por el mero uso o costumbre.

- En casos específicos como el de Holanda, los principios no conceptuados en la normativa administrativa han sido plasmados en una lista de estándares, o como se le conoce “check list”, en la cual se establecen otros criterios utilizados por el Ombudsman holandés. Esta guía es titulada “estándares para evaluar la conducta de la administración pública”, e incluye el respeto a los derechos humanos, la celeridad en un trámite, la disposición de la información, la exactitud de la información, tratamiento adecuado y confidencial. La ventaja de esta guía, es que permite esclarecer cada vez más el campo de acción en el que puede actuar el Ombudsman.
- Los antecedentes muestran que el primer logro en conceptuar el *buen gobierno* se dio en Europa, específicamente por el Ombudsman europeo, quien estableció en un código los principios obligatorios con los que una buena administración debe actuar.
- El concepto de *buena administración* ha sido también desarrollado por el Ombudsman Nacional holandés, quien en orden de evaluar los actos de la administración ha desarrollado el criterio de una adecuada administración bajo la Ley del Ombudsman Nacional (sección 26).
- Por otro lado, y en relación con la situación en la República de Panamá, los *principios de buen gobierno* son enunciados por primera vez en 1994, con la creación

de la Ley de Carrera Administrativa, la cual produjo en 1999 la creación de un Código de Ética para los servidores públicos. La aplicación de esta ley se ve reforzada con la Ley 38 de 31 de julio de 2000, por medio de la cual se dictan normas de procedimiento administrativo en general. Pese a que este código fue un importante inicio para la obligatoriedad en el cumplimiento de principios de buena administración, no fue hasta la promulgación en enero de 2002 de la Ley de Transparencia, por medio de la cual se dictan normas de transparencia en la gestión pública, que los principios propios de un buen gobierno son claramente conceptuados.

- La nueva Ley de Transparencia, No.6 de 22 de enero de 2002, introduce innovadores conceptos de principios, como los son derecho de libertad de información, principio de acceso público, principio de publicidad, rendición de cuentas y transparencia. En adición a estos principios se da la posibilidad al ciudadano de exigir el cumplimiento de los mismos con la acción del Habeas Data.
- Los demás criterios utilizados por el Defensor del Pueblo de Panamá están taxativamente señalados en la Ley No.7 de 5 de febrero de 1997, por medio de la cual se crea la Institución, y que señala entre otros, el deber de las instituciones del gobierno y aquellas que desarrollan función pública por concesión del gobierno, de cumplir con las normas establecidas en el título III de la Constitución Política, demás leyes y convenios internacionales ratificados por Panamá.
- Entre los demás principios considerados por el Ombudsman panameño al momento de evaluar la actuación de la administración enumeramos: la gratuidad de sus actuaciones, la orientación legal, igualdad, libre

acceso a la justicia, independencia de poderes, protección de los derechos humanos, recopilación y balance de los aspectos relevantes para establecer una recomendación, substanciación y razonamiento de sus conclusiones.

- Las entidades gubernamentales y aquellas que brindan un servicio público tienen la responsabilidad de responder a los requerimientos de los ciudadanos con respeto a los principios de igualdad, justicia, equidad y responsabilidad. Éstas están, compelidas a utilizar estos principios como un medio de autorregulación para lograr una buena administración y el respeto a los particulares.

7.2 RECOMENDACIONES

- Las funciones de las oficinas de derechos humanos deben hacer especial énfasis en que sus recomendaciones vayan ligadas a exigir de toda autoridad y administración pública el cumplimiento de los *principios de buena administración*, necesarios para toda democracia.
- Es necesario que las oficinas del Ombudsman tengan claramente establecidos los criterios sobre los cuales se evalúan los actos de la administración pública, y que estos criterios no sólo sean entendibles para las autoridades sino también para los usuarios. La claridad con la que se establezcan estos estándares de evaluación permitirá un trabajo mucho más rápido para el Ombudsman al momento de su evaluación. El desarrollo de estos estándares aseguraría la protección imparcial por parte del Ombudsman de los derechos individuales lacerados por la burocracia del sistema público.
- La iniciativa del Ombudsman europeo que consiste en la creación de un código único en donde se establecen los principios que deben regir la actuación de las autoridades administrativas, y que les permitirá a las autoridades

conocer el criterio que utiliza esta institución al momento de evaluar una decisión, nos parece una recomendación necesaria y muy útil.

BIBLIOGRAFÍA

Administrative Law Review Spring 2002, Special Feature: OMBUDS STANDARDS, Copyright © 2002 American Bar Association.

C. Harlow, "European Administrative Law and the Global Challenge", European University Institute, Working Paper RSC No 98/23: <http://www.iue.it/PUB/Wpapers/RSONline.html>

Council Decision of February 7, 1994 approving the Decision of the European Parliament on the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties (94/114), O.J. 1994 L 54/25.

European Law Review, 2000, Article, THE EUROPEAN OMBUDSMAN: A NOVEL SOURCE OF SOFT LAW IN THE EUROPEAN UNION, Peter Gjerloeff Bonnor.

European Law Review, 1995, Article BEST INTENTIONS BUT EMPTYWORDS: THE EUROPEAN OMBUDSMAN Konstantinos D. Magliveras.

Florida Journal of International Law Spring, 2001, Article Good Governance: THE OLD, THE NEW, THE PRINCIPLE, AND THE ELEMENTS Francis N. Botchway.

Fordham Urban Law Journal June, 2002, Article: JUDICIARY OMBUDSMAN SOLVING PROBLEMS IN THE COURTS, Michele Bertran.

Graig Paul and Burca Grainne. EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS. Oxford University Press. Second Edition. 1998. Page 357,358.

H. and Bok, A.J. ADMINISTRATIVE LAW IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE, _reader. The Principle of Legitimate Expectations in Dutch Constitutional and

Administrative Law. The Gio ten Berge and Rob Widdershoven.

Harvard Human Rights Journal, Spring, 2000 BUILDING DEMOCRATIC INSTITUTIONS: THE ROLE OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS IN GOOD GOVERNANCE AND HUMAN RIGHTS PROTECTION, Linda C. Reif.

K. Larsen, in W. E. von Eyben (ed.), "Jurdisk Grundbog, Forvaltningen 4" (DJOF 1989).

M. Langbroek, Philip. General Principles of Proper Administration in Dutch Administrative Law.

Marten Oosting, Rights of Refugees and Asylum-Seekers, 3 INT'L OMBUDSMAN Y.B. 114 (1999).

P. Doc.A3-0356/93, O.J. 1993 C 329/132; Agence Europe Documents, no. 1857, November 4, 1993. For the deliberations, see Debates of the EP, O.J. 1993 Annex no. 3-438, pp. 105-111.

Reif, Linda. The Ombudsman Concept (1995) (describing the historical development of the public sector Ombudsman).

See Ngaire Woods, Good Governance in International Organizations, 5 GLOBAL GOVERNANCE 39 (1999).

THE NATIONAL OMBUDSMAN OF THE NETHERLANDS, ANNUAL REPORT 1998: SUMMARY 12 (1999) [hereinafter NETHERLANDS ANNUAL REPORT].

WORLD BANK, THE STATE IN A CHANGING WORLD, WORLD DEVELOPMENT REPORT (1997).

CODIGOS

CÓDIGO ADMINISTRATIVO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, con un compendio de legislaciones. Edición actualizada. Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. 1996.

CODIGO DE ÉTICA DEL SERVIDOR PÚBLICO. Dirección General de Carrera Administrativa. Presidencia de la República de Panamá, 1999.

CÓDIGO JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. Mizrachi y Pujol Editorial. Edición de marzo de 2000.

CÓDIGO EUROPEO DE BUENA CONDUCTA ADMINISTRATIVA. Oficina de Relaciones Públicas Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo. 2001

LEYES

LEY N° 7 DE 5 DE FEBRERO DE 1997. Por medio de la cual se establece la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá.

LEY N°38 DE 31 DE JULIO DE 2000. Por la cual se aprueba el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración y regula el procedimiento administrativo en general.

LEY N°6 DE 22 DE ENERO DE 2002. Por la cual se establecen normas de transparencia en la gestión pública y establece la acción del Habeas Data.

LEY GENERAL DE LOS ACTOS DEL OMBUDSMAN NACIONAL HOLANDES.

SITIOS DE INTERNET

1. www.unhchr.ch/development/governance/html
2. [http:// magnet.undp.org/policy/default.html](http://magnet.undp.org/policy/default.html): U.N. Development Programme, Governance for Sustainable Human Development, (UNDP Policy Document) (1997) (visited Nov. 17, 1999).
3. <http://magnet.undp.org/Docs/!UN98-21.PDF/Recon.htm>: U.N. Development Programme, Reconceptualising Governance, U.N. Discussion Paper, (visited Feb. 22, 1999).
4. [http:// www.state.nj.us/health/senior/sa_ombd.htm](http://www.state.nj.us/health/senior/sa_ombd.htm)
5. <http://www.ombuds-toa.org>
6. <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/article4-1.html>
7. http://www.ombudsman.nl/jaarverslag_uk/legislation98.html
8. <http://www.mallenbaker.net/csr/nl/8.html>
9. www.respondanet.com/English/newsletters/pdf/15_en.pdf
10. http://www.nobribes.org/Documents/SahrKpundeh_IntrnExper%20paper_97_En.doc
11. <http://isuisse.ifrance.com/emmaf/base/dutchforpol99.html>
12. www.worldlib.org/comgress/Budapest/book.pdf

ANEXO



Anexo I

Legislación Ombudsman Costa Rica

**Ley de la Defensoría de los
Habitantes de Costa Rica
Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992**

Tabla de contenidos

	Artículos
Presentación	
Título I: Disposiciones Generales	1 - 2
Título II: Organización	
Capítulo 1: Elección	3 - 5
Capítulo 2: Cesación	6 - 8
Capítulo 3: Incompatibilidades	9
Capítulo 4: Defensor Adjunto y Especiales	10 - 11
Título III: Funcionamiento	
Capítulo 1: Competencia	12 - 14
Capítulo 2: Procedimiento	15 - 23
Capítulo 3. Obligaciones de los Órganos Públicos y Sanciones	24 - 28

Título IV: Disposiciones Finales 29 - 33

Título VI: Disposiciones Transitorias

Presentación

La aprobación de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 que creó la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica fue el resultado de un largo proceso de discusión legislativa que se inició el 5 de noviembre de 1985 con la presentación del proyecto por iniciativa del Poder Ejecutivo.

Con la creación de la institución se estableció una garantía para la protección de los derechos e intereses de los habitantes y el adecuado funcionamiento del sector público. Además, se reconoció la necesidad de complementar estas funciones de control con el desarrollo de actividades basadas en la divulgación y promoción de los derechos fundamentales.

Con el marco normativo que la rige, la Defensoría de los Habitantes se convirtió en la primera expresión de una forma de control que no se fundamenta en el poder sancionatorio sino en el ejercicio de una magistratura de influencia, entendida ésta como una posición social y jurídicamente legitimada que le otorga peso a sus recomendaciones. La experiencia acumulada por la institución permite confirmar las ventajas que representa un mecanismo de esta naturaleza en términos de oportunidad, agilidad e informalidad.

Una Defensoría eficiente debe caracterizarse por su capacidad para reconocer el momento histórico y responder a sus exigencias. Como estrategia para lograr este cometido, la Defensoría de los Habitantes de la República debe estimular la participación democrática y activa de los habitantes en el proceso de protección y promoción de sus derechos e intereses. Resulta necesario que la sociedad

reivindique su papel como elemento integrador del Estado y que, en ese tanto, esté preparada para asumir la responsabilidad que le corresponde en la solución de los problemas que le afectan. Es desde esa perspectiva, que el trabajo conjunto con los habitantes será siempre piedra angular de la gestión institucional.

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo único. Naturaleza Jurídica

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*.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994, publicada en "La Gaceta"# 155 del 17 de agosto de 1994)

Artículo 2.- Independencia

La Defensoría de los Habitantes de la República está adscrita al Poder Legislativo y desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio. La Asamblea Legislativa evaluará, anualmente, el funcionamiento de la Institución, mediante el informe presentado por el Defensor, el cual se conocerá y discutirá en el capítulo que se establezca en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994, publicada en "La Gaceta" # 155 del 17 de agosto de 1994)

TÍTULO SEGUNDO ORGANIZACIÓN

Capítulo I. Elección

Artículo 3.- Designación

La Asamblea Legislativa nombrará al Defensor de los Habitantes de la República, por un período de cuatro años, mediante mayoría absoluta de los diputados presentes. El Defensor podrá ser reelegido únicamente por un nuevo período.

Artículo 4.- Requisitos

Podrá ser nombrado Defensor de los Habitantes de la República, el costarricense que se encuentre en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos; que sea mayor de treinta años, con solvencia moral y profesional de prestigio reconocidos. La Asamblea Legislativa designará una Comisión Especial, que analizará los atestados de las personas que opten por el puesto de Defensor de los Habitantes de la República, de conformidad con lo que prescriba el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

Artículo 5.- Juramentación

El Defensor de los Habitantes de la República debe rendir el juramento previsto en el artículo 194 de la Constitución Política, ante el Plenario de la Asamblea.

Capítulo II. Cesación

Artículo 6.- Causas de cesación

El Defensor de los Habitantes de la República cesará en sus funciones, por cualquiera de las siguientes causales:

- a) Renuncia a su cargo.
- b) Muerte o incapacidad sobreviniente.
- c) Negligencia notoria o por violaciones graves al ordenamiento jurídico en el cumplimiento de los deberes de su cargo.
- ch) Incurrimiento en cualquiera de las incompatibilidades previstas en esta ley.
- d) Haber sido condenado, en sentencia firme, por delito doloso.

Artículo 7.- Vacante

- 1.- La Asamblea Legislativa debe declarar vacante el cargo de Defensor de los Habitantes de la República, cuando se presente una de las causales previstas en los incisos a), b), ch), y d) del artículo anterior.
- 2.- En el caso del inciso c) del artículo anterior, el Presidente nombrará una Comisión que le dará audiencia al Defensor de los Habitantes de la República e informará a la Asamblea Legislativa, el resultado de la investigación, en el término de quince días hábiles.

Artículo 8.- Oportunidad del nombramiento.

El nombramiento del Defensor de los Habitantes de la República debe hacerse dentro del mes anterior al vencimiento de su período o a partir de la vacante del cargo.

Capítulo III. Incompatibilidades

Artículo 9.- Incompatibilidades y prohibiciones

- 1.- El cargo de Defensor de los Habitantes de la República es incompatible con cualquier otro cargo, público o privado, que no sea la docencia o la investigación universitarias.
- 2.- El Defensor de los Habitantes de la República debe renunciar a todo cargo incompatible con su función, dentro del término de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de su juramentación.
- 3.- Ningún funcionario de la Defensoría de los Habitantes de la República, podrá participar en actividades político-partidistas.
- 4.- El Defensor de los Habitantes de la República no podrá ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, los de su cónyuge, hermanos, ascendientes y descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, excepto que haya impedimento por la existencia de un interés directo o indirecto de la propia Defensoría de los Habitantes de la República.

La prohibición del inciso 4) de este artículo se extiende solamente a los servidores profesionales que ocupen plazas de profesional en la Defensoría de los Habitantes. A estos funcionarios se les compensará económicamente, de manera porcentual sobre su salario base. Los porcentajes que se pagarán para compensar la prohibición son: un sesenta y cinco por ciento (65%) para los licenciados, un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados universitarios y un treinta por ciento (30%) para los bachilleres universitarios.

La violación de las incompatibilidades y prohibiciones anteriores por parte de los servidores mencionados en este artículo, constituirá una falta grave del servidor y dará lugar a su destitución por justa causa.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7741 de 19 de diciembre de 1997, publicada en La Gaceta N° 12 del 19 de enero de 1998)

Capítulo IV. Defensor Adjunto y Especiales

Artículo 10.- Designación y requisitos

- 1.- La Asamblea Legislativa nombrará al Defensor Adjunto, de una lista de tres candidatos propuestos por el Defensor de los Habitantes, a más tardar un mes después del nombramiento de éste. El Defensor Adjunto debe reunir los mismos requisitos exigidos para el titular. Asimismo, estará sujeto a lo dispuesto para el Defensor de los Habitantes de la República en los artículos 2, 4, 6 y 9 de la presente ley.
- 2.- Este funcionario será colaborador directo del Defensor de los Habitantes de la República; cumplirá las funciones que éste le asigne y lo sustituirá en sus ausencias temporales.

Artículo 11.- Organos especiales

La Defensoría de los Habitantes de la República contará con los órganos especiales que determine el Reglamento. Los nombramientos y remociones corresponden al Defensor de los Habitantes de la República.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7935 de 15 de noviembre de 1999)

TÍTULO TERCERO FUNCIONAMIENTO

Capítulo I. Competencia

Artículo 12.- Ambito de competencia y obligación de comparecer

- 1.- Sin perjuicio de las potestades constitucionales y legales de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, la Defensoría de los Habitantes de la República puede iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público. Sin embargo, no puede intervenir, en forma alguna, respecto de las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.
- 2.- 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 documentación y la información necesarias para el cumplimiento de sus funciones, las cuales les serán suministradas sin costo alguno.
- 3.- Los funcionarios públicos, citados por la Defensoría de los Habitantes de la República deben comparecer personalmente, el día y la hora señalados; si no se presentaren podrán ser obligados a comparecer por medio de la Fuerza Pública, salvo en los casos de legítimo impedimento. Se exceptúan los funcionarios que gozan de inmunidad.
- 4.- Cuando la Defensoría de los Habitantes de la República conozca, por cualquier medio, una irregularidad de tipo administrativo que se atribuya a algún órgano del Poder Judicial o a sus servidores, se la comunicará a la Corte Suprema de Justicia o a la Inspección Judicial.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

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.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 14.- Naturaleza de la intervención

- 1.- La intervención de la Defensoría de los Habitantes de la República no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público, sino que sus competencias son, para todos los efectos, de control de legalidad.
- 2.- Si en el ejercicio de sus funciones, la Defensoría de los Habitantes de la República llega a tener conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de una acción, debe recomendar y prevenir al órgano respectivo, la rectificación correspondiente, bajo los apercibimientos de ley. Pero si considera que el hecho puede constituir delito, debe denunciarlo ante el Ministerio Público.
- 3.- 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, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo segundo de este artículo.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 15.- 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, debe comparecer ante la Asamblea Legislativa, para defender oralmente su informe.

Capítulo II. Procedimiento

Artículo 16.- Acceso

Toda persona física o jurídica interesada, sin excepción alguna, puede dirigirse a la Defensoría de los Habitantes de la República.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 17.- Interposición de reclamo o queja

1.- La intervención ante la Defensoría de los Habitantes de la República se solicitará sin costo alguno y sin formalidades especiales, de modo verbal o escrito. Sin embargo, el reclamante debe indicar su nombre, sus calidades y su domicilio exactos.

2.- La intervención de la Defensoría de los Habitantes de la República debe darse dentro del plazo de un año, contado a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento de los hechos. No obstante, tendrá amplia discrecionalidad para aceptar reclamos o quejas aun fuera de ese plazo si, a su juicio, considera necesaria su intervención.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 18.- Acto inicial

La Defensoría de los Habitantes de la República registrará las quejas que se le formulen y acusará recibo de ellas. En caso de rechazo, este se hará por acto motivado y se orientará al quejoso sobre las vías oportunas para reclamar sus derechos, si lo considera necesario.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 19.- No interrupción de plazos

- 1.- La interposición de quejas ante la Defensoría de los Habitantes de la República no interrumpe ni suspende los plazos administrativos ni los judiciales.
- 2.- La Defensoría de los Habitantes de la República no podrá conocer las quejas sobre las cuales esté pendiente una resolución judicial. Suspende su actuación, si el interesado interpone, ante los Tribunales de Justicia, una demanda o un recurso respecto del mismo objeto de la queja, lo cual no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas.
- 3.- Serán materia de la actuación de la Defensoría de los Habitantes de la República, las actuaciones del Organismo de Investigación Judicial, en cuanto a los derechos humanos de los ciudadanos. En estos casos, la Defensoría de los Habitantes de la República se limitará a informar sobre sus investigaciones y conclusiones a la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá lo correspondiente.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 20.- Trámite de la investigación

Admitida la queja, la Defensoría de los Habitantes de la República iniciará la investigación que juzgue conveniente, la cual deberá ser sumaria e informal. En todo caso, notificará el acto que la admite a la dependencia administrativa correspondiente, para que su jefe y el funcionario denunciado, obligatoriamente, remitan el informe respectivo en un plazo perentorio de cinco días hábiles. El funcionario podrá apersonarse ante la Defensoría de los Habitantes de la República, para ofrecer las pruebas de descargo que estime convenientes y formular el alegato

procedente; de todo quedará constancia en un expediente levantado al efecto.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 21.- Términos y plazos

La Defensoría de los Habitantes de la República decidirá, definitivamente, los asuntos sometidos a su conocimiento, dentro del término de dos meses contados a partir de la interposición de la queja o solicitud. 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.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 22.- Recurso contra las decisiones de la Defensoría de los Habitantes de la República

Contra las decisiones, las actuaciones y los informes de la Defensoría de los Habitantes de la República, solo procederá el recurso de reconsideración, dentro de los ocho días hábiles posteriores a partir de la notificación.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 23.- Notificaciones

La Defensoría de los Habitantes de la República notificará al interesado, al funcionario, a la autoridad o dependencia administrativa correspondientes, el resultado de sus investigaciones y las decisiones adoptadas dentro de su

competencia. La respectiva notificación se realizará mediante un funcionario competente, quien tendrá el cargo de notificador, para todos los efectos, y deberá llevar un libro de registro en el que se dejará constancia de todas las diligencias realizadas.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Capítulo III. Obligaciones de los órganos públicos y sanciones

Artículo 24.- Colaboración preferente

- 1.- Los órganos públicos están obligados a colaborar, de manera preferente, con la Defensoría de los Habitantes de la República, en sus investigaciones y, en general, a brindarle todas las facilidades para el cabal desempeño de sus funciones.
- 2.- De conformidad con el ordenamiento jurídico, a la Defensoría de los Habitantes de la República no podrá denegársele acceso a ningún expediente, documentación ni información administrativa, salvo a los secretos de Estado y a los documentos que tiene el carácter de confidenciales, de conformidad con la ley.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 25.- Inviolabilidad de comunicaciones

No pueden ser objeto de censura o de interferencia, la correspondencia y las comunicaciones dirigidas a la Defensoría de los Habitantes de la República, especialmente las conversaciones telefónicas hechas desde centros de detención, de internamiento o de custodia.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

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.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

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.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 28.- Infracción a la relación de servicio

La violación de los derechos constitucionales, configure o no un delito, constituirá también una infracción a los deberes de la relación de servicio del funcionario que en ella incurre. En ese caso, la Defensoría recomendará las acciones correspondientes.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

**TÍTULO CUARTO
DISPOSICIONES FINALES**

Capítulo único

Artículo 29.- Financiamiento

El financiamiento de la Defensoría de los Habitantes de la República se incluirá en el Presupuesto del Poder Legislativo.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 30.- Exoneraciones

La Defensoría de los Habitantes de la República no está obligada a suplir especies fiscales y gozará de franquicia postal, radiográfica y telegráfica, cuando así lo justifique el ejercicio de sus funciones.

(NOTA: Así reformado este artículo por la Ley N° 7423 de 18 de julio de 1994)

Artículo 31.- Reglamento de la presente ley

El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley, dentro del término de los tres meses siguientes al nombramiento del Primer Defensor de los Habitantes de la República.

Artículo 32.- Derogatoria de disposiciones legales

Esta Ley deroga cualquier otra ley general o especial que se le oponga.

Artículo 33.- Vigencia de la Ley

Rige tres meses después de su publicación.

TÍTULO QUINTO DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Capítulo único

Transitorio I.- Personal del Poder Ejecutivo

El personal del Poder Ejecutivo actualmente dedicado a la protección de los derechos de los habitantes contra violaciones provocadas por la actividad administrativa del sector público, pueden pasar, con todos los derechos adquiridos, al servicio de la Defensoría de los Habitantes de la República, a partir del 1º de mayo de 1994.

Transitorio II.- Nombramiento

El nombramiento del Defensor de los Habitantes de la República se realizará dentro del plazo de los cuarenta y cinco días hábiles posteriores a la publicación de la presente Ley.

Transitorio III.- Providencias para su funcionamiento

A partir de la vigencia de esta Ley, la Asamblea Legislativa tomará las providencias del caso para el buen funcionamiento del organismo que se crea.

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Asamblea Legislativa.— San José, a los cinco días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y dos. —Roberto Tovar Faja, Presidente. —Alfredo Cruz Alvarez, Primer Secretario. —Rafael Sanabria Solano, Segundo Secretario.

Presidencia de la República.— San José, a los diecisiete días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Ejecútese y publíquese

Rafael Angel Calderón Fournier.— La Ministra de Justicia y Gracia, Elizabeth Odio Benito

Ley N° 7426

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE
COSTA RICA

DECRETA:

REFORMA DE LA LEY DEL DEFENSOR DE LOS
HABITANTES DE LA REPUBLICA

ARTICULO 1. Modificación de título

Se modifica el título de la Ley del Defensor de los Habitantes, N° 7319 que, en adelante, será "Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República".

ARTICULO 2. Reforma del artículo 1.

Anexo II

Legislación Ombudsman Guatemala

Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

Decreto 54-86 del Congreso de la República de Guatemala

Considerando: Que la Constitución Política de la República afirma y reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; a la vez que, Guatemala como Nación jurídicamente organizada, se fundamenta en los ideales de que todo poder en el estado, procede del derecho y se ejerce conforme a éste; manifestándose el principio supremo de respeto a los Derechos del Hombre.

Considerando: Que es obligación del Estado y de las autoridades, mantener a los habitantes de la nación, en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza; y que dicha Ley Fundamental de la República ha previsto instrumentos y mecanismos de supervisión y control que es necesario desarrollar a través de legislación específica con el propósito de hacer efectivo el ejercicio de dichos derechos.

Considerando: Que se hace necesario reafirmar en Guatemala el absoluto respeto de los Derechos Humanos, y

que acorde a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, se debe regular el funcionamiento de la Comisión de Derechos Humanos y el del Procurador de los Derechos Humanos, a efecto de que ambos puedan cumplir una función efectivamente protectora de los mencionados derechos.

Por tanto, en el uso de las facultades que le confieren los Artículos 157 y 171 inciso a), y con fundamento en lo dispuesto en los Artículos 273, 274 y 275 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Decreta, la siguiente:

**LEY DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y DEL
PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS**
TÍTULO I
DE LA COMISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo I

Naturaleza e integración

Artículo 1. Concepto y fines. La Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, en adelante denominada la Comisión, es un órgano pluralista que tiene la función de promover el estudio y actualización de la legislación sobre derechos humanos en el país, conociendo con especialidad, leyes, convenios, tratados, disposiciones y recomendaciones para la defensa, divulgación, promoción y vigencia de los derechos fundamentales inherentes a la persona, su dignidad, integridad física psíquica y el mejoramiento de la calidad de vida, así como el logro del bien común y la convivencia pacífica en Guatemala.

Artículo 2. Integración. La Comisión se integra con un Diputado para cada uno de los partidos políticos representados en el Congreso de la República, en el correspondiente período para el cual fueron electos.

Artículo 3. Elección. El Congreso de la República dentro del término de los quince días siguientes al quince de enero de cada año, elegirá y dará posesión a la Comisión. La elección de los miembros integrantes de la misma, se hará a propuesta de los Diputados de los respectivos Partidos Políticos.

Capítulo II

Atribuciones de la Comisión

Artículo 4. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987) Atribuciones: Son atribuciones de la Comisión:

- a. Proponer, al Pleno del Congreso, dentro del plazo de los sesenta días siguientes a la instalación de la Comisión, una terna de candidatos para el cargo de Procurador de los Derechos Humanos. Si por cualquier motivo quedare vacante dicho cargo, el plazo para hacer las propuestas del sustituto no deberá exceder de 10 días.
- b. Realizar estudios de la legislación vigente, con el objeto de proponer iniciativas de ley al Pleno del Congreso, tendientes a adecuar la existencia a los preceptos constitucionales, relativos a los derechos humanos y a los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.
- c. Preparar un plan anual de trabajo que incluya estudios, seminarios, investigaciones técnico científicas sobre derechos humanos, así como participar en eventos nacionales e internacionales sobre tal material, en representación del Congreso; la Comisión podrá hacer observaciones por separado sobre el informe o informes del Procurador.
- d. Dictaminar sobre tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, trasladando al Pleno del

- Congreso de la República y al Procurador los asuntos procedentes.
- e. Ser el medio de relación del Procurador de los Derechos Humanos, con el Pleno del Congreso, trasladando informes y gestiones que dicho funcionario formule ante el Congreso; la Comisión podrá hacer observaciones por separado sobre el informe o informes del Procurador.
 - f. Formular recomendaciones a los Organismos del Estado para que adopten medidas a favor de los derechos humanos y solicitarles los informes respectivos.
 - g. Mantener comunicación constante con los Organismos Nacionales e Internacionales de Defensa de los Derechos Humanos para consulta e intercambio de información.
 - h. Plantear al Pleno del Congreso la cesación en sus funciones del Procurador de los Derechos Humanos, cuando existieren las causas que específicamente contempla la Constitución Política de la República y la Ley.
 - i. Recibir y trasladar al Procurador de los Derechos Humanos, las comunicaciones y quejas provenientes del exterior del país que dirijan personas o instituciones al Congreso de la República, denunciando violaciones de los Derechos Humanos en Guatemala.
 - j. Examinar las comunicaciones y quejas provenientes del exterior del país que dirijan personas o instituciones al Congreso de la República, denunciando violaciones de los derechos humanos en Guatemala.

Artículo 5. Presupuesto. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987.) La Comisión, dadas las funciones extraordinarias que le atribuye esta ley, contará con una

partida específica para cumplir con sus atribuciones, la que figurará en el Presupuesto de Gastos del Organismo Legislativo.

Artículo 6. Renuncia de la Comisión. En caso de renuncia justificada o ausencia definitiva de alguno de los miembros de la Comisión, el Congreso nombrará el sustituto, el que debe pertenecer al mismo Partido Político del sustituido.

Artículo 7. Renuncia al Partido Político. Si un miembro de la Comisión renunciara al Partido Político a que perteneciere al momento de hacerse la designación, se hará una nueva para que el Partido Político no deje de estar representado en la Comisión.

TÍTULO II EL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo I

Concepto, calidades y elección

Artículo 8. Definición. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87, del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). El Procurador de los Derechos Humanos en adelante denominado: El Procurador, es un Comisionado del Congreso de la República para la Defensa de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados y convenciones Internacionales aceptados y ratificados por Guatemala. El Procurador para el cumplimiento de las atribuciones que la Constitución Política de la República de Guatemala y esta ley establecen, no está supeditado a organismo institución o funcionario alguno, y actuará con absoluta independencia.

Artículo 9. Calidades. El Procurador deberá reunir las mismas calidades que se requiere para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los Diputados al Congreso. El cargo de Procurador, es incompatible con el desempeño de otros cargos públicos; de cargos directivos de partidos políticos de organizaciones sindicales, patronales o de trabajadores, con la calidad de ministro de cualquier religión o culto y con el ejercicio de la profesión.

Artículo 10. Elección. El Procurador será electo para un período improrrogable de cinco años, por el Pleno del Congreso, por dos tercios del total de votos, en sesión especialmente convocada para el efecto, dentro del plazo de treinta días a contar de la fecha de haber recibido la Junta Directiva del Congreso, la terna de candidatos propuestos por la Comisión.

Artículo 11. Procuradores adjuntos. El Procurador para el cumplimiento de sus funciones tendrá dos Procuradores Adjuntos quienes además le sustituirán por orden de nombramiento, en caso de impedimento o de ausencia temporal y ocuparán el cargo en caso que quedare vacante, mientras se elige al nuevo titular. Deberán reunir las mismas calidades requeridas para el cargo de Procurador y serán designados directamente por éste.

Artículo 12. Causas de Revocatoria y Cesación. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). El Congreso de la República con el voto de las dos terceras partes del total de Diputados, hará cesar en sus funciones al Procurador y declarará vacante el cargo por cualquiera de las siguientes causas:

- a. Incumplimiento manifiesto de las obligaciones que le atribuye la Constitución y esta Ley.

- b. Participación material o intelectual comprobada, en actividades de política partidista.
- c. Por renuncia.
- d. Por muerte o incapacidad sobreviniente.
- e. Ausencia inmotivada del territorio nacional por más de treinta (30) días consecutivos.
- f. Por incurrir en incompatibilidad conforme lo previsto por esta ley.
- g. Por haber sido condenado en sentencia firme por delito doloso.

Capítulo II

Atribuciones del Procurador

Artículo 13. Atribuciones. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). Son atribuciones esenciales del Procurador.

- 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 toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los Derechos Humanos;
- d. Recomendar privada o públicamente a los funcionarios, la modificación de un comportamiento administrativo objetado;
- e. Emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos institucionales;

- f. Promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente; y
- g. Las otras funciones y atribuciones que le asigne esta ley.

Artículo 14. Otras Atribuciones. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). Corresponde también al Procurador:

- a. Promover y coordinar con las dependencias responsables, para que en los programas de estudio en los establecimientos de enseñanza, oficiales y privados, se incluya la materia específica de los Derechos Humanos, que deberá ser impartida en los horarios regulares y a todos los niveles educativos;
- b. Desarrollar un programa permanente de actividades para que examinen aspectos fundamentales de los Derechos Humanos, se realicen informes, compilaciones, estudios, investigaciones jurídico-doctrinales, publicaciones, campañas divulgativas y cualesquiera otras actividades de promoción, con el propósito de hacer conciencia en los diversos sectores de la población sobre la importancia de estos derechos;
- c. Establecer y mantener comunicación con las diferentes organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, nacionales o extranjeras, encargadas de la defensa y promoción de los Derechos Humanos;
- d. Divulgar en el mes de enero de cada año, por los medios de comunicación social, el informe anual y los informes extraordinarios a que se refiere esta ley;
- e. Participar en eventos internacionales en materia de Derechos Humanos;
- f. Recibir, analizar e investigar toda denuncia de violación de los Derechos Humanos, que presenten en forma oral o escrita cualquier grupo, persona individual o jurídica;

- g. Iniciar de oficio las investigaciones que considere necesarias en los casos que tenga conocimiento sobre violaciones de los Derechos Humanos;
- h. Investigar en cualquier local o instalación, sobre indicios racionales que constituyan violación sobre cualesquiera de los Derechos Humanos, previa orden de juez competente. La inspección no requiere la notificación previa a los funcionarios encargados de quien, directa o indirectamente dependen los locales e instalaciones;
- i. Exigir de particulares, funcionarios y empleados públicos de cualquier jerarquía al presentarse a los locales o instalaciones referidos en el literal anterior, la exhibición inmediata de toda clase de libros, documentos, expedientes, archivos, incluso los almacenados en computadora, para lo cual se acompañará de los técnicos necesarios; queda a salvo, lo preceptuado por los artículos 24 y 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
- j. Emitir resolución de censura pública en contra de los responsables materiales y/o intelectuales de la violación de los Derechos Humanos, cuando el resultado de la investigación arribe a esa conclusión;
- k. Organizar la Procuraduría de los Derechos Humanos y nombrar, amonestar y remover al personal de la misma, de conformidad con el reglamento respectivo; y
- l. Elaborar el proyecto de presupuesto anual de la Procuraduría y remitirlo a la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, para que sea incluido en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado.

Artículo 15. Informes. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16

de junio de 1987). El Procurador deberá presentar al Congreso de la República durante la segunda quincena del mes de enero de cada año, por conducto de la Comisión respectiva, informe circunstanciado de sus actividades y de la situación de los Derechos Humanos, durante el año anterior.

Artículo 16. Actuación especial. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). El Procurador, de oficio o a instancia de parte, actuará para que, durante el régimen de excepción se mantengan garantizados los derechos fundamentales cuya vigencia no hubiese sido expresamente restringida.

Artículo 17. Horario (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). Para la eficacia y cumplimiento de las funciones del Procurador, todos los días y horas son hábiles.

Capítulo III Organización

Artículo 18. Organización. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el diario de Centro América el 16 de junio de 1987). Para el cumplimiento de lo que establecen las atribuciones esenciales y las de esta ley, especialmente lo que regula el artículo 14, literal k), el Procurador en el Reglamento deberá contemplar por lo menos los departamentos de Procuración de los Derechos Humanos y de Promoción y de Educación de los mismos. Para el efecto deberá contar con los profesionales idóneos para los cargos de jefes de Departamento o Sección y auxiliares departamentales, así como el personal calificado para los demás puestos administrativos.

Artículo 19. Exoneraciones. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987.) La Procuraduría gozará de todas las franquicias y exoneraciones fiscales que las leyes otorgan a los Organismos del Estado y otras Instituciones.

Capítulo IV

La competencia (Título reformado por el decreto No. 32-87 del Congreso de la República)

Artículo 20. Competencia. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). El Procurador y los adjuntos tienen competencia para intervenir en casos de reclamo o queja sobre violaciones de Derechos Humanos en todo el territorio nacional.

Artículo 21. Derechos tutelados. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). El Procurador protegerá los derechos individuales, sociales, cívicos y políticos, comprendidos en el título II de la Constitución Política de la República de manera fundamental la vida, la libertad, la justicia, la paz, la dignidad y la igualdad de la persona humana, así como los definidos en tratados o convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

Artículo 22. Autoridad (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el diario de Centro América el 16 de junio de 1987). Para poder ejercer su autoridad, el Procurador y los adjuntos podrán prevenir y solicitar a quien corresponda, la suspensión y hasta la destitución de los

servidores públicos o funcionarios que con su actuación material, decisión, acuerdos, resolución o providencia menoscabare, denegare, obstaculizare o de cualquier forma lesionare el disfrute o ejercicio de los derechos, libertades o garantías a que se refiere el artículo que precede sin perjuicio de iniciar las acciones legales pertinentes.

Artículo 23. Acción. El Procurador podrá iniciar proceso en contra de cualquier persona, funcionario, empleado público, instituciones públicas o privadas, que violenten o atenten contra los derechos humanos.

Artículo 24. Debida colaboración. El Procurador, para el desempeño de sus funciones, podrá solicitar el auxilio y colaboración de los funcionarios, autoridades, o instituciones quienes están obligados a brindarla en forma pronta y efectiva y los tribunales deberán darle prioridad a estas diligencias.

Artículo 25. Información obligatoria. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). Toda persona, servidor o funcionario está obligado a informar acerca de su gestión administrativa o comportamiento cuando se considere lesivo a los Derechos Humanos a requerimiento del Procurador, sus adjuntos o auxiliares departamentales. De no hacerlo así, el Procurador se valdrá de los preceptos constitucionales y legales para exigir tal información.

Capítulo V

Procedimiento

Artículo 26. Solicitudes. Las solicitudes de investigación o denuncias sobre violaciones a los Derechos Humanos, podrán presentarse al Procurador, procuradores adjuntos o auxiliares de la Institución, por escrito en papel simple, o

verbalmente, por cualquier persona individual, agrupada o jurídica, sin sujeción a formalidades de ninguna naturaleza y sin costo alguno.

Artículo 27. Acto inicial. Inmediatamente que se reciba la solicitud, el Procurador de los Derechos Humanos ordenará la apertura del expediente, y la realización de las acciones que considere necesarias. En caso de delito, falta, acción u omisión que sea competencia de un tribunal de cualquier fuero u órgano administrativo, de inmediato, el Procurador hará la denuncia o solicitud y remitirá lo actuado a la autoridad correspondiente para su conocimiento y resolución.

Artículo 28. Solicitud de Informe. En la misma resolución que abra el expediente el Procurador ordenará a la autoridad jerárquica superior de la institución del funcionario, o a la que corresponda, las explicaciones del caso. El informe circunstanciado deberá remitirlo el obligado dentro del plazo de cinco días. Si el informe no se rindiere se tendrá por ciertas las afirmaciones del solicitante.

Artículo 29. Resoluciones. Dentro del término de ocho días, contados a partir de la fecha en que se haya presentado la solicitud de investigación o denuncia de violación el Procurador dictará resolución, haciendo constar cualesquiera de las siguientes situaciones:

- a. Que no existen razones suficientes para presumir la violación de los Derechos Humanos, en cuyo caso, ordenará el archivo del expediente.
- b. Que existen razones suficientes para presumir la violación de los Derechos Humanos, señalando que no excederá de treinta (30) días para continuar y finalizar su investigación o las acciones correctivas o preventivas que estime conveniente.
- c. Que ha comprobado la violación de los Derechos Humanos y, por lo tanto, procederá de conformidad con lo estipulado por esta ley.

Artículo 30. Responsabilidad. Establecida la responsabilidad de cualquier persona individual, agrupada o jurídica, pública o privada, en la violación de los Derechos Humanos, el Procurador procederá así:

- a. Ordenar la inmediata cesación de la violación y la restitución de los Derechos Humanos conculcados.
- b. Según la gravedad de la violación promoverá el procedimiento disciplinario, inclusive la destitución del funcionario o empleado respectivo y cualquier otro procedimiento punitivo.
- c. Si de la investigación no establece que existe la comisión de delito o falta, formulará de inmediato la denuncia o querrela ante el órgano jurisdiccional competente.
- d. En caso de que la violación de los Derechos Humanos provenga de un particular, éste quedará sujeto a las sanciones que para el efecto correspondan.

Artículo 31. Notificaciones. Lo resuelto se notificará a los interesados, al responsable, y al funcionario, autoridad o dependencia administrativa correspondiente.

Artículo 32. No interrupción de plazos y abstenciones. La interposición de quejas ante el Procurador, no interrumpe, ni suspende los plazos administrativos ni judiciales. El Procurador no podrá entrar al examen de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial. Suspende su actuación si el interesado interpusiere, respecto del mismo objeto de la queja, demanda o recurso ante los Tribunales de Justicia. Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas.

Capítulo VI

Disposiciones finales y transitorias

Artículo 33. Reglamento (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). El Procurador elaborará el reglamento para la organización y funcionamiento de la Procuraduría, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de su toma de posesión del cargo.

Artículo 34. Primera Elección. Para la primera elección del Procurador, no se hará aplicación del Artículo 10 de esta ley en cuanto al plazo fijado en el mismo, sino deberá elegirse dentro de los ocho días después de haberse recibido por la Junta Directiva del Congreso las propuestas de la Comisión.

Artículo 35. Auxiliares Interinos. Mientras se designan a los auxiliares en cada uno de los departamentos de la República, el Procurador podrá, a través de resolución, nombrar en forma temporal a los abogados que desempeñan las mismas funciones en la delegación departamental del Ministerio Público.

Artículo 36. Enseñanza de los Derechos Humanos. A partir de la vigencia de esta ley, el Procurador deberá coordinar con las dependencias responsables para que en los programas de estudio en los establecimientos de enseñanza oficiales y privados, se incluya una materia específica sobre Derechos Humanos que deberá ser impartida en los horarios regulares.

Artículo 37. Inciso de funciones. El Procurador iniciará sus funciones a los sesenta (60) días después de su toma de posesión y dentro de dicho plazo procederá a la organización administrativa de la Institución.

Artículo 38. Presupuesto para el presente año. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro

América el 16 de junio de 1987). El Ministerio de Finanzas Públicas, hará las transferencias de partidas presupuestarias correspondientes para cubrir los gastos respectivos de la Procuraduría para el presente ejercicio fiscal.

Artículo 39. Casos no previstos. (Reformado como aparece en el texto, por el Decreto Número 32-87 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 16 de junio de 1987). La Comisión y el Procurador de los Derechos Humanos, observará para los casos no previstos en esta Ley, lo que preceptúa la Constitución Política de la República, otras leyes, los tratados y convenciones aceptadas y ratificadas por Guatemala.

Artículo 40. Vigencia. La presente ley entrará en vigencia quince (15) días después de su publicación en el Diario Oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PUBLICACION Y CUMPLIMIENTO.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A UNO DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS.

Anexo III

Legislación Ombudsman Honduras

Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras¹

EL CONGRESO NACIONAL,

Considerando: Que Honduras es un Estado de Derecho, constituido como República Libre, Soberana e Independiente, para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social;

Considerando: Que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado y que todos tenemos la obligación de respetarla y protegerla;

Considerando: Que la Constitución de la República consagra los derechos y libertades fundamentales que el Estado reconoce y está en la obligación de garantizar y respetar;

Considerando: Que la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados internacionales sobre la materia

¹ Publicado originalmente en el Diario Oficial “La Gaceta”, Número 27.811, martes 21 de noviembre de 1995 (traducción libre y no oficial).

han sido ratificados por nuestro gobierno y forman parte de nuestra legislación interna;

Considerando: Que el Despacho del Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos fue creado por el Decreto Ejecutivo 26-92, del 8 de junio de 1992, y reformado por Decreto No. 51-92, del 8 de septiembre del mismo año, para velar por el respeto de los derechos humanos;

Considerando: Que mediante Decreto No. 191-94, de fecha 15 de diciembre de 1994, ratificado constitucionalmente por Decreto No. 2-95, de fecha 7 de febrero de 1995, se le da el rango constitucional al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos;

Considerando: Que la presente Ley debe comprender la organización, atribuciones y prerrogativas del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos;

por tanto,

decreta:

La siguiente:

**LEY ORGÁNICA DEL COMISIONADO NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**TÍTULO I
NATURALEZA Y DOMICILIO**

Capítulo I

Naturaleza de la institución

Artículo 1. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos es una institución nacional, establecida para garantizar la vigencia de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución de la República y los Tratados y Convenios Internacionales Ratificados por Honduras.

Artículo 2. La persona titular de la institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, será elegida por el Congreso Nacional para garantizar las acciones y medidas de las autoridades, con el propósito de lograr el efectivo cumplimiento de las leyes y disposiciones que garanticen los derechos humanos.

Capítulo II

Sede y domicilio

Artículo 3. La institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos tiene como sede y domicilio la Capital de la República, pudiendo establecer oficinas y nombrar representantes en cualquier lugar del territorio nacional, en donde fuese necesario.

TÍTULO II
ELECCIÓN, ATRIBUCIONES, PRERROGATIVAS,
INCOMPATIBILIDADES Y CESE

Capítulo I
Elección

Artículo 4. La persona titular para Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, será elegida por el Congreso Nacional por un período de seis (6) años por mayoría de votos, pudiendo ser reelegido.

Artículo 5. Para ser elegido titular como Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, deberá reunir los requisitos siguientes:

- a. Ser hondureño por nacimiento;
- b. Estar en el pleno goce de sus derechos ciudadanos;
- c. Ser mayor de 30 años;
- ch. Ser profesional de las ciencias jurídicas y sociales o profesional universitario versado en derechos humanos; y,
- d. Ser de reconocida honorabilidad.

Capítulo II
Facultades

Artículo 6. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos podrá dirigirse directamente a cualquier servidor de la administración pública, organismos o instituciones de cualquier naturaleza y sus titulares tendrán la obligación de contestar las peticiones y requerimientos que se le formulen.

Artículo 7. En el cumplimiento de sus funciones el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos tiene libre

acceso a todas las dependencias civiles y militares y centros de detención, reclusión o internamiento sin que pueda oponérsele objeción alguna.

Artículo 8. La persona titular del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en el ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias, gozará de independencia funcional, administrativa y técnica. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos emitirá el reglamento de esta Ley y el mismo debe ser aprobado mediante acuerdo del Poder Ejecutivo a través del Secretario de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia.

Capítulo III

Atribuciones y prerrogativas

Artículo 9. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, tiene las atribuciones siguientes:

1. Velar por el cumplimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República y la presente Ley, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Tratados y Convenios Ratificados por Honduras;
2. Prestar atención inmediata y dar seguimiento a cualquier denuncia sobre violación a los derechos humanos;
3. Solicitar a cualquier autoridad, poder, organismo o institución, información concreta acerca de violaciones de los derechos humanos;
4. Velar porque los actos y resoluciones de la administración pública sean acordes con el contenido de los tratados, convenios y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Honduras;
5. Presentar ante las autoridades nacionales que fuere necesario, las observaciones, recomendaciones y

- sugerencias que estimen del caso para el cumplimiento del ordenamiento jurídico;
6. Conocer, a petición de parte, los casos de violencia que perjudiquen la integridad moral, psíquica y física de los cónyuges, descendientes y demás miembros de la familia y evidencien infracción a la norma penal, denunciándolos ante la autoridad competente;
 7. Elaborar y desarrollar programas de prevención y difusión en materia de derechos humanos, en los ámbitos político, jurídico, económico, educativo y cultural;
 8. Coordinar cuando sea necesario, con las instancias y organismos nacionales e internacionales, y con la colaboración de organismos no gubernamentales, las medidas relacionadas con la protección de los derechos humanos, en su más amplio concepto, incluyendo la seguridad alimentaria de las clases desposeídas y de los niños desprotegidos, así como el respeto a la dignidad e imagen de la persona humana;
 9. Elaborar el Presupuesto anual de la institución y remitirlo al Congreso Nacional para su aprobación, por intermedio de la Secretaría de Estado en los Despachos de Hacienda y Crédito Público;
 10. Crear oficinas regionales y nombrar su personal;
 11. Informar anualmente al Congreso Nacional sobre el desempeño de sus funciones; y,
 12. Organizar seminarios de carácter nacional e internacional para crear una mística nacional de protección a los derechos humanos.

Artículo 10. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos desempeñará sus funciones con plena autonomía en la defensa de los derechos fundamentales y fortalecimiento del Estado de Derecho, y gozará de las prerrogativas siguientes:

1. El Titular del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos gozará de inmunidad, con el mismo rango que los demás funcionarios de la Administración Pública que gozan de este derecho; y,
2. Las mismas prerrogativas serán aplicables a los delegados adjuntos del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en el estricto cumplimiento de sus funciones.

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos no podrá desempeñar otros cargos públicos o privados, excepto en la docencia o la investigación, siempre que no sean incompatibles con su horario de trabajo que no debe ser inferior a ocho (8) horas diarias.

Artículo 11. La persona titular del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, cesará en sus funciones por cualquiera de las causas siguientes :

- a. Renuncia.
- b. Haber cumplido el tiempo para el cual fue elegido.
- c. Negligencia notoria en el cumplimiento de sus obligaciones debidamente comprobada.
- d. Incapacidad sobreviniente definitiva o muerte.

Artículo 12. En caso de muerte, cesación o incapacidad temporal o definitiva de la persona titular del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos y en tanto el Congreso Nacional no proceda a su elección, desempeñarán sus funciones interinamente, por su orden, los (as) Delegados (as) Adjuntos (as) del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

TÍTULO III
DELEGADOS (AS) ADJUNTOS (AS)
DEL COMISIONADO NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS

Capítulo I

Delegados (as) adjuntos (as)

Artículo 13. La persona titular del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos estará auxiliada por dos Delegados (as) Adjuntos (as), primero (a) y segundo (a), en quienes podrá delegar sus funciones y quienes lo sustituirán por su orden en el ejercicio de las mismas.

Artículo 14. El titular del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos nombrará y separará a sus Delegados (as) Adjuntos (as), en la forma que determinen sus reglamentos.

Artículo 15. Para ser designado (a) Delegado (a) Adjunto (a), es necesario llenar los requisitos que se exigen al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

TÍTULO IV
DEL PROCEDIMIENTO

Capítulo I

Iniciación y contenido de la investigación

Artículo 16. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos podrá iniciar de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de hechos que impliquen ejercicio ilegítimo, arbitrario, abusivo, defectuoso, negligente o discriminatorio de parte de la administración pública y entidades privadas que presten servicios públicos, del mismo modo en lo referente a violaciones de los Derechos Humanos, en su más amplio concepto.

Artículo 17. La actividad del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos no se verá interrumpida en ningún caso ni aún en estado de excepción o de sitio, ni tampoco el derecho de los ciudadanos a concurrir a él en busca de su protección.

Artículo 18. Interposición de quejas ante el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos no interrumpe ni suspende los términos administrativos y judiciales establecidos en las leyes.

Capítulo II

Ámbito de competencia

Artículo 19. Las atribuciones del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos para la protección de los mismos, se extiende a las actividades de los funcionarios públicos sean civiles o militares.

Artículo 20. La persona titular del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos y sus delegados (as) adjuntos (as) o representantes podrá inspeccionar las oficinas públicas y requerir de ellas la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, las cuales le serán suministradas de inmediato y sin costo alguno.

Artículo 21. Cuando en el ejercicio de sus atribuciones el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos tenga conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de alguna acción que ocurra en el ámbito nacional, deberá recomendar y prevenir a la autoridad respectiva la rectificación inmediata. Si considera que el hecho constituye delito, debe denunciarlo ante la autoridad competente.

Artículo 22. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos utilizará los medios propios y gozará de absoluta independencia para determinar qué personas necesiten de su protección.

Capítulo III

Tramitación de quejas

Artículo 23. Podrán presentar quejas al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos todas las personas naturales que se sientan afectadas por actos administrativos arbitrarios, violaciones a los derechos humanos u otros actos ilegales. Las quejas podrán ser presentadas por escrito o en forma verbal y por cualquier medio de comunicación.

No será impedimento para presentar una queja o denuncia ante el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, la nacionalidad, edad, sexo, residencia o estar interno en un centro penitenciario o de reclusión. El internamiento en establecimiento psiquiátrico tampoco restringe el derecho de presentar queja ante el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. En este último caso lo harán sus familiares o responsables de su internamiento, a cualquier otra persona que tenga interés.

Artículo 24. Toda queja presentada al Comisionado Nacional, sus Delegados (as) Adjuntos (as) o representantes, deberá efectuarse en el plazo máximo de un año a partir de la fecha en que el denunciante tuviere conocimiento de los hechos que motivan la queja, no requiriendo ninguna formalidad.

Artículo 25. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, sus Delegados (as) Adjuntos (as) o sus representantes registrarán y acusarán recibo de las quejas que se les presenten, las tramitarán o rechazarán. En este último caso lo hará por escrito motivado, informando al interesado las acciones que pueda ejercitar.

Artículo 26. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo

suspenderá si iniciada su actuación, se interpusiere por persona interesada, demanda o recurso ante los tribunales.

Artículo 27. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos rechazará de plano aquellas quejas en las que se advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, así como aquellas otras cuya tramitación pudiere causar perjuicio al legítimo derecho de terceras personas.

Artículo 28. Admitida la queja el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos promoverá la oportuna investigación sumaria e informal, para el esclarecimiento de los supuestos de la misma. En todo caso dará cuenta del contenido sustancial de la queja al organismo o a la dependencia denunciada para que dentro del plazo de diez días hábiles, informe sobre los hechos. Este plazo será ampliado cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen a juicio del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos o de sus Delegados (as) Adjuntos (as).

Artículo 29. La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables en el envío del informe solicitado podrá ser considerada, por el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos como entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato y calificándola así en su informe anual o especial que formule ante la autoridad competente, para que se deduzcan las responsabilidades legales a que hubiere lugar.

Capítulo IV

Obligaciones de la colaboración de los organismos e instituciones

Artículo 30. Todos los Poderes Públicos y demás instituciones están obligados a auxiliar con carácter preferente y urgente al Comisionado Nacional de los

Derechos Humanos, Delegados (as) Adjuntos (as) o a sus representantes en sus investigaciones o inspecciones.

Artículo 31. En la fase de comprobación e investigación de una queja o en expediente iniciado de oficio, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, sus Delegados (as) Adjuntos (as) o la persona a quien él delegue, podrán personarse en cualquier centro de la Administración Pública, sea civil o militar, para comprobar cuantos datos fueren necesarios, hacer las entrevistas personales pertinentes o proceder al estudio de los expedientes o documentación necesaria. A estos efectos, no podrá negárseles el acceso a ningún expediente o documento administrativo que se encuentre relacionado con la actividad o servicio objeto de la investigación.

Artículo 32. Cuando la queja que se deba investigar se refiera a la conducta de los funcionarios públicos, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos dará cuenta de la misma al denunciado y a su inmediato superior u organismo de quien aquel dependiera.

Artículo 33. El denunciado contestará por escrito con la aportación de los documentos y testimonios que considere oportunos para desvirtuar los cargos que se le imputan, dentro de un plazo no mayor de diez días hábiles.

Artículo 34. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, sus Delegados (as) Adjuntos (as) o a quien delegue, comprobarán la veracidad de los cargos y propondrán al funcionario denunciado una entrevista ampliatoria de datos. Los funcionarios que se negasen a ello podrán ser requeridos por aquél para que manifiesten por escrito las razones que justifiquen tal decisión.

Artículo 35. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos podrá solicitar a los poderes públicos y demás autoridades civiles y militares todos los documentos que

consideren necesarios para el desarrollo de su función, incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos o reservados de acuerdo con la ley. Dispondrá de medidas especiales de protección en relación a los documentos clasificados como reservados.

Artículo 36. Las investigaciones que realice el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, así como los trámites procesales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos.

Artículo 37. La correspondencia y las comunicaciones dirigidas al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, no pueden ser objeto de ninguna clase de censura ni de interferencia.

Capítulo V

Responsabilidades de las autoridades y funcionarios

Artículo 38. Cuando la queja ponga en evidencia abuso de poder, arbitrariedad, error de derecho, negligencia u omisión de un funcionario público, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos se dirigirá de inmediato al superior de dicho funcionario comunicándole sus recomendaciones al respecto, para que se dicten las medidas correctivas que el caso amerite.

Artículo 39. El funcionario que obstaculice la investigación del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos mediante negativa o negligencia en el envío de los informes que éste solicite o en facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación, incurrirá en el delito de desobediencia. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos dará traslado de los antecedentes precisos al Ministerio Público, para el ejercicio de las acciones pertinentes.

Artículo 40. Cuando el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos, deberá ponerlo de inmediato en conocimiento del Fiscal General de la República.

Artículo 41. El Fiscal General de la República informará periódicamente al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos o cuando este lo solicite, del estado en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia.

TÍTULO V DE LAS RECOMENDACIONES E INFORMES

Capítulo I Recomendaciones

Artículo 42. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos no es competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración, pero podrá sugerir se modifiquen los criterios que lo generaron. Tampoco podrá modificar las sentencias judiciales, pero velará por el libre acceso de las personas ante los órganos jurisdiccionales y para que éstos actúen con la debida diligencia y celeridad procesal.

Artículo 43. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos basado en el resultado de las investigaciones podrá formular a las autoridades y funcionarios públicos, las recomendaciones y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Las autoridades y funcionarios tendrán la obligación de contestar por escrito dentro del término de un mes calendario.

Artículo 44. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, informará al interesado del resultado de sus

investigaciones, así como de la respuesta que hubieren dado las autoridades o funcionarios implicados salvo el caso que éstos fueren considerados reservados o secretos.

Capítulo II

Informes

Artículo 45. Los informes sobre el estado general de los derechos humanos presentados al Congreso Nacional, se harán públicos. También se publicarán los informes sobre situaciones especiales de interés general. Los referidos a casos individuales se publicarán cuando las autoridades no hayan tomado en consideración las recomendaciones formuladas, siempre salvaguardando los intereses a la protección de los derechos humanos.

TÍTULO VI

RECURSOS HUMANOS, FINANCIEROS Y COOPERACIÓN ECONÓMICA

Capítulo I

Recursos Humanos

Artículo 46. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos nombrará libremente a los Delegados (as) Adjuntos (as), asesores (as), personal técnico necesario y demás recursos humanos que requiera la institución de acuerdo al reglamento y dentro de los límites presupuestarios.

Artículo 47. El personal del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos gozará de los derechos y garantías laborales establecidas en las leyes de la República y en el reglamento interno respectivo.

Artículo 48. El Personal del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos estará sujeto a las condiciones,

obligaciones y beneficios que establece el Instituto Hondureño de Seguridad Social y el Instituto de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados Públicos.

Capítulo II

Recursos financieros y cooperación económica

Artículo 49. El patrimonio de la institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos estará constituido por los recursos y bienes siguientes:

- a. Las asignaciones presupuestarias consignadas en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la República;
- b. Los recursos que provengan de los empréstitos que se contraten o de los Convenios de Cooperación financiera nacional e internacional;
- c. Las herencias, legados y donaciones que se le concedan; y,
- ch. Las ayudas que proporcionen los organismos internacionales y países amigos.

Artículo 50. Los recursos financieros de la institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos pueden ser depositados en cualquier institución del sistema financiero nacional.

Estos recursos serán utilizados para financiar las actividades administrativas, técnicas y de promoción en la protección, difusión y educación en derechos humanos y de los proyectos que hubiere aprobado oportunamente.

Artículo 51. La Institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos tendrá un presupuesto anual independiente para su funcionamiento, el cual será incorporado al presupuesto general de ingresos y egresos de la República.

La elaboración, administración y ejecución del presupuesto son de responsabilidad del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, quien deberá presentar un informe sobre su ejecución al Congreso Nacional y a las instancias establecidas por la ley.

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos fijará las remuneraciones del personal de la institución.

Artículo 52. La institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos podrá suscribir acuerdos de cooperación económica con instituciones nacionales y extranjeras, informando la suscripción de las mismas, siguiendo los procedimientos legales establecidos en la Secretaría de Relaciones Exteriores y posterior aprobación del Congreso Nacional.

TÍTULO VII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

Capítulo Único

Artículo 53. Mientras entra en vigencia la presente Ley y sea elegido el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos por el Congreso Nacional, continuará en el desempeño de su cargo el Comisionado nombrado por el Poder Ejecutivo.

Artículo 54. TRANSITORIO. Al personal del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos que al entrar en vigencia esta Ley esté siendo pagado con fondos internacionales, se le computará el tiempo transcurrido desde el inicio de su relación laboral.

Artículo 55. En los casos no previstos en la presente Ley, se observará lo que preceptúa la Constitución de la República y las leyes.

Artículo 56. Quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

Artículo 57.

El presente Decreto entrará en vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta.

Dado en la ciudad de Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, en el Salón de Sesiones del Congreso Nacional, a los veinticuatro días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

CARLOS ROBERTO FLORES FACUSSE

Presidente

ROBERTO MICHELETTI BAIN

Secretario

SALOMON SORTO DEL CID

Secretario

Al Poder Ejecutivo

Por Tanto: Ejecútese,

Tegucigalpa M.D.C., 10 de noviembre de 1995

CARLOS ROBERTO REINA IDIAQUEZ

Presidente Constitucional de la República

EFRAIN MONCADA SILVA

**El Secretario de Estado en los Despachos de
Gobernación y Justicia.**

Anexo IV Legislación Ombudsman Nicaragua

Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua

Ley No. 212 de 8 de enero de 1996

**Publicada en La Gaceta No. 7 de 10 de enero de
1996**

El presidente de la República de Nicaragua hace saber al
pueblo nicaragüense que: LA ASAMBLEA NACIONAL
DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA

Considerando:

I

Que son principios sobre los que se fundamenta la nación nicaragüense: La libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político, social y étnico consignado en el Artículo 5 de la Constitución Política y la promoción, reconocimiento, respeto y protección de los derechos inherentes a la persona humana consignados en los instrumentos internacionales de derechos humanos comprendidos en el Artículo 46 de la Constitución Política.

II

Que como medio de hacer efectiva la promoción y defensa de los derechos humanos, la Ley 192 “Reforma Parcial a la Constitución Política” reformó el Artículo 138 atribuyéndole a la Asamblea Nacional el nombramiento del Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

III

Que la construcción del Estado de Derecho nicaragüense exige como presupuestos básicos la promoción, defensa y tutela de los derechos humanos y por tanto, la creación y el fortalecimiento de instituciones de vigilancia y control de la actividad del Estado, como es la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos que, de la mano de la Sociedad Civil, promuevan la defensa y vigencia de los derechos y libertades inherentes a la naturaleza y dignidad de la persona humana.

IV

Que el reconocimiento de los derechos y libertades de la persona, el respeto, promoción y tutela real y efectiva de los mismos y del principio de la seguridad jurídica en las relaciones entre el Estado y los individuos y de éstos entre sí debe ser fin primordial y razón de ser del Estado Democrático y Social de Derecho y del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

En uso de sus facultades;

Ha Dictado

La siguiente:

LEY DE LA PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

TÍTULO I

Capítulo Único Creación de la Institución

Artículo 1.-

Créase la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos como organismo independiente, con personalidad jurídica propia y autonomía funcional y administrativa.

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos estará a cargo de un Procurador y Subprocurador electo por la Asamblea Nacional en la forma establecida en la Constitución Política y en la presente Ley.

TÍTULO II DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo I Objeto de la Ley

Artículo 2.-

La presente Ley tiene por objeto la regulación de las funciones, carácter, objetivos, ámbito de competencia y atribuciones del Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos, quien en adelante se denominarán el Procurador y el Subprocurador.

El Procurador y el Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos, en su actividad, son independientes, no estarán supeditados a ninguna autoridad y actuarán sometidos únicamente a la Constitución y a las leyes.

Capítulo II **Naturaleza y carácter**

Artículo 3.-

El Procurador es un Comisionado de la Asamblea Nacional electo por ésta para la promoción, defensa y tutela de las garantías constitucionales de los ciudadanos y sus derechos humanos, a cuyos efectos podrá vigilar y controlar la actividad de la administración pública, dando cuenta a la Asamblea Nacional. Ejercerá las funciones que le encomienda la Constitución Política y la presente Ley.

Capítulo III **Objetivos fundamentales**

Artículo 4.-

La Procuraduría debe contribuir, con las instituciones y la sociedad civil, a garantizar dentro de un Estado de Derecho, la seguridad de las personas y los derechos humanos incorporados en el Artículo 46 de la Constitución Política.

El fin fundamental de la Procuraduría será coadyuvar para lograr una sociedad más libre y más justa, que posibilite el desarrollo de mejores valores morales y políticos, por lo que deberá auspiciar la educación, la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos en su sentido más amplio; para ello debe promover la participación de todos los sectores sociales.

Artículo 5.-

El Procurador debe promover, defender y tutelar los derechos comprendidos en el Título IV de la Constitución Política de la República, velando por su cumplimiento de parte de los órganos de la administración pública; para tales efectos podrá supervisar sus actuaciones, a fin de que no se

vulneren los derechos humanos por acciones u omisiones, informando públicamente.

Capítulo IV

Ámbito material de competencia territorial y sede

Artículo 6.-

Para los efectos del artículo anterior se consideran como derechos tutelados los comprendidos en el Título IV de la Constitución y los consignados en los Artículos 46 y 71 del mismo cuerpo de Ley y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos que en el futuro sean ratificados por el Estado nicaragüense.

Artículo 7.-

El Procurador para el ejercicio de sus funciones y atribuciones tendrá competencia en todo el territorio nacional, sin detrimento de lo establecido en el Artículo 28 de la Constitución Política. Su sede central estará ubicada en la ciudad de Managua, pudiendo establecer sedes permanentes o provisionales en cualquier parte de la República.

TÍTULO III

DEL PROCURADOR Y SUBPROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo I

Del nombramiento

Artículo 8.-

El Procurador y el Subprocurador serán electos por la Asamblea Nacional, de listas propuestas por los Diputados en consultas con las asociaciones civiles pertinentes. Los

candidatos propuestos serán electos con el voto favorable del sesenta por ciento de los Diputados de la Asamblea Nacional.

Artículo 9.-

El Procurador y el Subprocurador serán elegidos por la Asamblea Nacional por un período de cinco años. Tomarán posesión de sus cargos el día de su elección ante la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, previa promesa de ley.

**Capítulo II
De las condiciones**

Artículo 10.-

El Procurador, Subprocurador y los Procuradores Especiales deber reunir las siguientes calidades:

- 1) Ser nacional de Nicaragua y no haber renunciado a la nacionalidad nicaragüense, salvo que la hubiere recuperado cinco años antes a su elección.
- 2) Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos y ser de reconocida solvencia moral y profesional, no poseer antecedentes penales ni haber estado involucrado en acciones violatorias a los Derechos Humanos.
- 3) Haber cumplido veinticinco años de edad y no ser mayor de setenta y cinco, al día de su elección.
- 4) Tener reconocida trayectoria y vocación en la defensa y promoción de los Derechos Humanos y amplios conocimientos en la materia.-

Capítulo III
De la suspensión, cesación y sustitución

Artículo 11.-

El Procurador y Subprocurador cesarán por algunas de las siguientes causas:

- 1) Por renuncia.
- 2) Por expiración del plazo de su nombramiento.
- 3) Por muerte o por incapacidad sobrevenida.
- 4) Por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo.
- 5) Por haber sido condenado, mediante sentencia firme.

La vacante en el cargo se declarará por la Junta Directiva de la Asamblea Nacional en los casos de renuncia, expiración del período y muerte. En los demás casos se decidirá por el setenta por ciento de los Diputados, mediante debate y previa audiencia del Procurador o Subprocurador.

Vacante el cargo, se iniciará el procedimiento para el nombramiento de nuevo Procurador o Subprocurador en un plazo no mayor de treinta días.

En los casos de muerte, cese o incapacidad temporal o definitiva del Procurador y en tanto no proceda la Asamblea Nacional a una nueva elección, desempeñará sus funciones interinamente el Subprocurador.

Artículo 12.-

En caso de proceso penal, la Asamblea Nacional declarará la suspensión en el ejercicio del cargo del Procurador o el Subprocurador, hasta tanto no se dicte sentencia firme.

Artículo 13.-

El Procurador y el Subprocurador cesarán en sus cargos cuando la Asamblea Nacional lo declare incurso en alguna de las causales establecidas en la Ley No.190 “Ley sobre destitución del Contralor General de la República y Magistrados de la Corte General de la República y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral”, con arreglo al procedimiento establecido en dicha Ley.

Artículo 14.-

El Subprocurador sustituirá al Procurador en casos de ausencia temporal.

Capítulo IV

Prerrogativas, incompatibilidades e inhibiciones

Artículo 15.-

El Procurador y Subprocurador serán inamovibles durante el período para el cual fueron electos y gozarán de las mismas prerrogativas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 16.-

Los cargos de Procurador, Subprocurador y Procuradores Especiales son incompatibles:

- 1) Con el ejercicio de otro cargo público de elección directa o indirecta. Esta prohibición no comprende el ejercicio de la medicina y la enseñanza.
- 2) Con el desempeño de funciones en directivas nacionales, departamentales o municipales de partidos políticos y el ejercicio de actividades de propaganda política. La participación notoria dentro de un partido político, si lo fueren, deberán cesar en sus funciones partidarias al ser electos.

- 3) Con la condición de militar o policía en servicio activo o, no siéndolo, si lo fueren, deberán cesar en sus funciones al ser electos.
- 4) Con la calidad de ministro de cualquier culto religioso. Si lo fueren, deberán cesar en sus funciones al ser electos.

Artículo 17.-

No podrán ser electos Procurador y Subprocurador los que tengan vínculos de parentescos entre sí, con el Presidente de la República y con los Diputados proponentes en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

**Capítulo V
De las atribuciones**

Artículo 18.-

Son atribuciones del Procurador:

- 1) Promover en la ciudadanía el estudio y la educación de la Constitución Política y los Derechos Humanos.
- 2) Orientar e instruir a las personas en el territorio nacional sobre el ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, libertades y garantías ante los agentes de la administración pública.
- 3) Promover el respeto de los derechos humanos y desarrollar programas participativos de promoción y educación para toda la sociedad.
- 4) Fiscalizar el apego de la administración pública y sus funcionarios en el respeto de los derechos humanos.
- 5) Investigar actuaciones de la administración pública de oficio o por denuncia, para esclarecer los actos u omisiones que vulneren los derechos humanos y remitir a los que resultaren presuntos culpables al organismo correspondiente para su debida sanción.

- 6) Solicitar la suspensión y la destitución de las autoridades, funcionarios y empleados públicos que con su actuación lesionen o pongan en peligro los derechos humanos, sin perjuicio de iniciar las acciones de responsabilidad civil o penal.
- 7) Establecer conclusiones y hacer recomendaciones en las investigaciones que realice, emitiendo censura pública ante los responsables de actos contrarios a los derechos humanos.
- 8) Practicar inspecciones en los locales de la administración pública que sean de su interés y requerir de los funcionarios información sin que pueda oponérsele reserva alguna.
- 9) Conocer los informes que el Estado envía al Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos.
- 10) Procurar la conciliación entre las personas cuyos derechos han sido violados o puestos en peligro con los presuntos responsables de la administración pública.
- 11) Vigilar la situación de las personas privadas de libertad en la Policía Nacional y en el Sistema Penitenciario Nacional.
- 12) Proponer reformas ante los órganos administrativos, tendientes a promover la tutela de los derechos humanos y recomendar la rectificación de acciones ilegales o arbitrarias.
- 13) Rendir informe anual a la Asamblea Nacional e informe especial cuando así lo crea necesario el Procurador o la Asamblea Nacional.
- 14) Proponer la suscripción y ratificación de tratados y convenios sobre derechos humanos.

- 15) Organizar su propia estructura y dictar el Reglamento interno necesario que regule el funcionamiento de su actividad administrativa.
- 16) Estimular la labor que en pro de los derechos humanos efectúen los organismos gubernamentales y no gubernamentales, así como los medios de comunicación social.
- 17) Nombrar al Procurador de la Niñez y Adolescencia, y a la Procuradora de la Mujer, y de los Pueblos Indígenas y Comunidades Etnicas y otros Procuradores especiales que estime pertinente, implementando métodos participativos para la postulación de candidaturas.
- 18) Proponer y tramitar denuncias de parte de la población de violaciones a sus derechos humanos.
- 19) Las demás que le confiera la Ley.

Artículo 19.-

El Procurador está facultado para promover que los miembros del Ejército de Nicaragua y la Policía Nacional coadyuven al respeto de los derechos humanos.

Artículo 20.-

Las atribuciones se extienden a los actos y resoluciones de cualquier funcionario o persona que preste servicios en la administración pública, sin excepciones de ninguna naturaleza.

Artículo 21.-

El Procurador podrá interponer recurso de Inconstitucionalidad, Amparo y Exhibición Personal, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política en los casos que considere necesario o imperativo.

Queda facultado el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos para interponer recursos de Amparo de acuerdo a lo establecido al párrafo anterior.

Artículo 22.-

Las atribuciones del Procurador no se suspenden ni se interrumpen en caso que se declare la suspensión de Derechos y Garantías.

En los Estados de Excepción supervisará la garantía de los derechos cuya vigencia no hubiese sido expresamente restringida.

Artículo 23.-

El Subprocurador cumplirá las funciones que le indique el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y las que se determinen en las normativas internas de la Institución.

Los Procuradores especiales de la Niñez y Adolescencia, de la Mujer, de los Pueblos Indígenas y las Comunidades Étnicas y demás Procuradores Especiales que sean nombrados tendrán competencia para conocer, en todo el territorio nacional, sobre casos referidos a la materia o ámbito asignado por el Procurador, a quien están directamente subordinados.

Los Procuradores Especiales cesarán auto-máticamente de sus cargos al momento de tomar posesión un nuevo Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos elegido por la Asamblea Nacional.

**TÍTULO IV
DEL PROCEDIMIENTO**

Capítulo I

Iniciación y contenido de la investigación

Artículo 24.-

En el ejercicio de sus funciones el Procurador o sus delegados se regirán por los principios de oralidad,

gratuidad, celeridad, inmediación, sencillez, brevedad y discrecionalidad.

Artículo 25. -

Para el Procurador y sus delegados todos los días y horas son hábiles en el desempeño de sus funciones.

Artículo 26.-

Las investigaciones de la Procuraduría pueden iniciarse de oficio o a instancia de parte.

Artículo 27.-

Toda persona puede interponer, ante la sede central, sedes permanentes o provisionales, denuncias sobre presuntas violaciones a los derechos humanos sin exclusiones de ninguna naturaleza, ya sea de nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, raza, creencia religiosa, credo político, incapacidad legal, internamiento en régimen penitenciario o policial y cualquier otra sujeción o dependencia de una administración o poder público.

En caso le sea solicitado y lo valorase conveniente, el Procurador podrá mantener en secreto la fuente de la cual deriva su información.

Artículo 28.-

No se atenderán denuncias sobre hechos que estén pendientes de resolución judicial, salvo que se fundamenten en retardación de justicia.

En caso se decida no dar trámite a la denuncia por no prestar méritos, esto se dispondrá mediante resolución fundada y se informará al interesado, explicándole las razones e indicándole las vías que pueda ejercer sin perjuicio de que él realice la que considere más conveniente.

Artículo 29.-

Recibida una denuncia y resuelto investigarla, deberá disponerse la investigación inmediata, contando para ello con ocho días a partir de la fecha en que interpuso la misma, al vencer dicho término y según las características del caso, el Procurador dictará una resolución inicial conforme lo dispuesto en Artículo 38 de esta Ley y podrá disponer de la ampliación del término de la investigación de acuerdo a lo establecido en el Artículo 40 de la Ley. Asimismo para agilizar la tarea investigativa del Procurador, el funcionario o autoridad requerida presentará su informe en un plazo que no debe exceder de las setentidós horas.

Capítulo II

Tramitación de la denuncia

Artículo 30.-

Toda denuncia se presentará por el interesado con indicaciones de su nombre, apellidos, domicilio, explicando el hecho denunciado.

La denuncia podrá hacerse en papel común, por telegrama, fax, cartas y aun verbalmente, levantándose en este último caso, el acta correspondiente.

Todas las actuaciones de la Procuraduría serán gratuitas para el interesado y no será necesaria la asistencia legal, sin perjuicio del derecho que tiene el interesado a ser asistido por un abogado. De toda queja se acusará recibo.

Artículo 31.-

Toda correspondencia dirigida al Procurador remitida desde cualquier centro de detención, de trabajo, de estudio, de penitenciaría, y de unidad militar no podrá ser objeto de censura de ningún tipo.

Tampoco podrá ser objeto de escucha, interferencia las conversaciones que se produzcan entre el Procurador o sus delegados o cualquier otra persona de las enumeradas en el párrafo anterior. La violación a estos preceptos constituyen responsabilidad penal o administrativa, según el caso.

Artículo 32.-

Los funcionarios, empleados públicos y las personas en general deberán acudir ante el Procurador cuando sean citadas por él. En el caso de los militares y de los policías, las citaciones se harán a través de las autoridades jerárquicas correspondientes.

Capítulo III

Inspección y acceso a documentación

Artículo 33.-

El Procurador tendrá la facultad de inspeccionar cualquier instalación o dependencia de la administración pública, igualmente tendrá acceso a cualquier documentación, expediente o información de la misma.

El Procurador podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos, teniendo en consideración lo dispuesto en el Artículo 538 y siguientes del Código Penal.

Las investigaciones que realice y el expediente que levante el Procurador y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Procurador considere oportuno incluir en sus informes a la Asamblea Nacional.

Cuando entienda que un documento declarado secreto y no remitido por la administración pudiera afectar de forma decisiva la buena marcha de su investigación, lo pondrá en conocimiento de la Comisión de Derechos Humanos y la Paz de la Asamblea Nacional.

Artículo 34.-

Todos los órganos, sus titulares y funcionarios de los poderes públicos, están en la obligación de prestar con carácter preferente y urgente la debida colaboración al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos o al funcionario que él delegue para tal fin.

Artículo 35.-

En los casos de que las autoridades, funcionarios o empleados públicos a los que se solicitara información o colaboración se negaren a ello incurrirán en el delito de desacato y en responsabilidades administrativas, según sea el caso. El Procurador hará referencia en su informe anual de los casos en que los funcionarios se hayan negado a colaborar y dando cuenta al Procurador General de Justicia de la República para el ejercicio de las acciones legales correspondientes.

Artículo 36.-

Los órganos del Ejército de Nicaragua y de la Policía Nacional están obligados a colaborar de manera preferente con el Procurador en sus investigaciones, y en general a brindarle todas las facilidades para el desempeño de sus funciones.

Capítulo IV
Ámbito de competencia

Artículo 37.-

El Procurador en todo caso, de oficio o a instancia de parte, supervisará por sí mismo la actividad de la administración pública del Estado, la administración municipal, de las regiones autónomas y las universidades en el ámbito de competencias definido por la Constitución Política y la Ley.

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, los órganos de las regiones autónomas y las universidades, coordinarán sus funciones con las del Procurador y éste podrá solicitar su cooperación.

TÍTULO V
DE LAS RESOLUCIONES

Capítulo I
Contenido de las resoluciones

Artículo 38.-

El Procurador, una vez realizada la investigación inicial, emitirá una resolución en cualquiera de los siguientes términos:

- 1) Archivar la que resulte sin fundamento o insuficiente para presumir la violación de derechos humanos.
- 2) Indicar que se presume la violación de derechos humanos, profundizándose en las investigaciones.
- 3) Declarar que se comprobó la violación de derechos humanos.

Artículo 39.-

En los casos en que se archive un expediente, éste será reabierto cuando hayan nuevos elementos que permitan presumir la violación de derechos humanos.

Artículo 40.-

En los casos en que se presuma la violación de derechos humanos se continuarán las investigaciones, estableciéndose un plazo no mayor de 30 días para concluir las, mientras tanto se promoverán las acciones correctivas necesarias.

Artículo 41.-

En los casos de una violación comprobada se procederá de la siguiente manera:

- 1) Iniciar o promover las acciones de responsabilidad y los recursos correspondientes para restablecer, defender y tutelar los derechos violados o en peligro de serlos.
- 2) Si la violación no es de orden penal podrá hacerle una advertencia al funcionario en una primera ocasión, en caso sucesivo podrá hacerle un recordatorio de sus deberes, enviando copia de ella al superior jerárquico.

Si el caso lo amerita iniciará los procedimientos administrativos-disciplinarios correspondientes, para ello enviará informe al funcionario responsable y superior jerárquico, a quienes llamará ante él y les presentará los elementos probatorios en que funda su conclusión, posteriormente emitirá una resolución exclusivamente sobre la actuación del funcionario responsable de la violación, recomendando lo que estime a bien, ya sea una llamada de atención privada o pública, remoción en el cargo o su destitución.

- 3) Ante la comisión de un delito se trasladará el caso a la Procuraduría General de Justicia o ante la autoridad que

le corresponda para que se ejerzan las acciones legales correspondientes.

Artículo 42.-

En los casos que el funcionario público se negare dos veces consecutivas a darle seguimiento a las recomendaciones que hiciera el Procurador para la restitución de los derechos violados, será objeto de las sanciones establecidas en el Artículo 35 de la presente Ley, sin perjuicio del derecho de los Diputados a pedir su interpelación ante la Asamblea Nacional conforme lo dispuesto en el artículo 138, numeral 4) de la Constitución Política.

Capítulo II

Notificación y comunicación

Artículo 43.-

Las resoluciones del Procurador deberán ser notificadas a las partes interesadas. El Procurador informará al interesado del resultado de sus investigaciones y gestiones, así como de la respuesta que hubiese dado la administración o funcionarios implicados, salvo en el caso de que éstas, por su naturaleza, fuesen consideradas de carácter reservado o declaradas secretas.

Artículo 44.-

El Procurador no podrá anular los actos y resoluciones de la administración pública.

Artículo 45.-

El Procurador, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la administración pública, podrá sin embargo, sugerir la modificación de los criterios para remediar sus efectos inmediatos y futuros.

Si como consecuencia de sus investigaciones llegasen al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir a la Asamblea Nacional o a la administración pública la modificación de la misma.

TÍTULO VI

Capítulo Único Informes a la Asamblea Nacional

Artículo 46.-

El Procurador presentará a la Asamblea Nacional, el día diez de diciembre de cada año, un informe ordinario anual.

Asimismo, presentará a ésta informes especiales cuando la gravedad del caso, a su criterio, lo amerite, o por solicitud de la Asamblea Nacional.

Artículo 47.-

El informe ordinario anual deberá hacerse de manera circunstanciada de conformidad con sus fines y objetivos y con base a sus atribuciones y en los resultados de sus investigaciones.

También deberá informar a la Asamblea Nacional de la liquidación del Presupuesto anual de la Procuraduría.

Los informes extraordinarios contendrán los puntos que sean de interés, según criterio del Procurador o de la Asamblea Nacional.

Título VII

Capítulo Único **Régimen financiero**

Artículo 48.-

El Estado está obligado a brindar a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos suficiencia presupuestaria para su funcionamiento, con cargo al Presupuesto General de la República.

El Procurador formulará anualmente un Anteproyecto de presupuesto anual y lo enviará a la Presidencia de la República.

Artículo 49.-

La Procuraduría podrá adquirir los bienes necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, para tales efectos puede recibir herencias, donaciones y cualquier contribución ya sea de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sin comprometer, ni condicionar su independencia y funcionamiento.

El Procurador en ejercicio de sus funciones como administrador de bienes del Estado deberá sujetarse a las disposiciones legales derivadas de las atribuciones de la Contraloría General de la República.

Artículo 50.-

Los bienes e ingresos de la Procuraduría, en el ejercicio de sus funciones, estarán exentos de toda clase de impuesto y contribuciones fiscales, departamentales y municipales.

Además, la Procuraduría estará exenta del pago de los servicios públicos de agua, electricidad, teléfonos y correos.

TÍTULO VIII

Capítulo Único

Disposiciones finales y transitorias

Artículo 51.-

La elección del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y del Subprocurador se efectuará dentro de los sesenta días hábiles posteriores a la entrada en vigencia de la presente Ley.

Artículo 52.-

En lo no previsto en esta Ley, se seguirán las reglas de las leyes vigentes de la nación en todo lo que sea aplicable.

Artículo 53.-

Se derogan todas las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Artículo 54.-

La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 141 Cn. y no será objeto de reglamentación.

Dada en la ciudad de Managua, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los trece días del mes de Diciembre de mil novecientos noventa y cinco. Luis Humberto Guzmán, Presidente de la Asamblea Nacional. Jaime Bonilla, Secretario de la Asamblea Nacional.

Por tanto: Téngase como Ley de la República. Publíquese y Ejecútese. Managua, ocho de Enero de mil novecientos noventa y seis. Violeta Barrios de Chamorro, Presidente de la República de Nicaragua.

Anexo IV

Legislación Ombudsman Panamá

Ley N° 7 de 5 de febrero de 1997

**POR LA CUAL SE ESTABLECE LA
INSTITUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO
EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ**

**PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL N° 23,221
DE 6 DE FEBRERO DE 1997**

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

DECRETA:

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1: Se crea la Defensoría del Pueblo, como institución independiente, que actuará con plena autonomía funcional, administrativa y financiera, sin recibir instrucción de ninguna autoridad, órgano del Estado o persona.

Artículo 2: La Defensoría del Pueblo velará por la protección de los derechos establecidos en el Título III y demás derechos consagrados en la Constitución Política de la República de Panamá, así como los derechos previstos en los convenios internacionales de Derechos Humanos y la Ley, mediante el control de los hechos, actos u omisiones de

los servidores públicos y de quienes presten servicios públicos y actuará para que ellos se respeten, en los términos establecidos por la presente Ley.

Artículo 3: Las actuaciones del titular de la Defensoría del Pueblo en el ejercicio de sus atribuciones, no son susceptibles de recursos ni de acciones administrativas o jurisdiccionales.

TÍTULO II

DE LAS ATRIBUCIONES Y FACULTADES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Artículo 4: La Defensoría del Pueblo tendrá las siguientes atribuciones:

1. Investigar los actos u omisiones de las autoridades y de los servidores públicos que impliquen violaciones a los derechos establecidos en el Título III de la Constitución Política de la República, los demás derechos constitucionales, así como los previstos en tratados, convenios y declaraciones internacionales, suscritos y ratificados por el Estado panameño.
2. 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.
3. Investigar sobre los actos, hechos u omisiones de los servidores públicos. En el caso de los servidores públicos del Órgano Legislativo, del Órgano Judicial, del Ministerio Público y del Tribunal Electoral, sólo en la medida en que sean de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. (Todo este numeral fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, mediante fallo de 12 de febrero de 1998).

4. Investigar y denunciar hechos, actos u omisiones de las empresas públicas, mixtas o privadas, personas naturales o jurídicas, que desarrollen un servicio público por concesión o autorización administrativa.
5. Recomendar anteproyectos de ley en materias de su competencia a los titulares de la iniciativa legislativa.
6. Realizar estudios e investigaciones, a fin de incorporar normas internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno.
7. Presentar a la Asamblea Legislativa un Informe Anual de sus actuaciones, así como cuantos informes especiales considere convenientes.
8. Atender las quejas y situaciones que afecten los Derechos Humanos y promover, ante la autoridad respectiva, que se subsanen las condiciones que impidan a las personas el pleno ejercicio de sus derechos.
9. Diseñar y adoptar políticas de promoción y divulgación de los Derechos Humanos; difundir el conocimiento de la Constitución Política de la República, especialmente de los Derechos consagrados en ella; establecer comunicación permanente con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para la protección y defensa de los Derechos Humanos; celebrar convenios con establecimientos educativos y de investigación para la divulgación y promoción de los derechos humanos; celebrar convenios de cooperación con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, nacionales, extranjeras e internacionales.
10. Mediar en los conflictos que se presenten entre la administración pública y los particulares, con la finalidad de promover acuerdos que solucionen el problema. Esta atribución sólo podrá ser ejercida de común acuerdo con las partes enfrentadas.

Artículo 5: El titular de la Defensoría del Pueblo está legitimado procesalmente para el ejercicio de las acciones populares y los recursos de amparo de garantías constitucionales, así como para los contenciosos-administrativos de plena jurisdicción y de protección de los derechos humanos.

El Defensor o Defensora del Pueblo, ejercerá estas facultades en los casos en que las estime adecuadas en razón de los objetivos de la defensoría.

TÍTULO III

DEL TITULAR DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Capítulo I

Requisitos, forma de elección y cese

Artículo 6: El titular de la Defensoría del Pueblo es la persona denominada Defensor o Defensora del Pueblo, nombrado por el Presidente de la República a propuesta de la Asamblea Legislativa, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. La Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa seleccionará el candidato o los candidatos a Defensor o Defensora del Pueblo. El candidato o los candidatos propuestos al Pleno legislativo resultarán de la selección que la Comisión de Derechos Humanos realice entre todas las personas postuladas libremente, ante esta Comisión, para ocupar el cargo de Defensor o Defensora del Pueblo.
2. Dentro de los treinta días calendarios siguientes a la propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, el plenario de la Asamblea Legislativa elegirá como Defensor o Defensora del Pueblo al candidato que

obtenga la conformidad de la mayoría absoluta de sus miembros.

3. Si en la primera ronda de votación en el Plenario de la Asamblea, ningún candidato obtuviese la mayoría requerida, deberán hacerse rondas consecutivas de votación eliminando el menos votado hasta alcanzar tal mayoría.
4. Si treinta días después de presentada la propuesta en el Plenario de la Asamblea ningún candidato consiguiera la mayoría requerida, la Comisión de Derechos Humanos propondrá un nuevo candidato o candidatos a la Asamblea, a fin de reiniciar el procedimiento para la elección establecido en este artículo.

Artículo 7: La duración del mandato del Defensor o Defensora del Pueblo es de cinco años, y podrá ser reelegido una sola vez conforme al procedimiento previsto en esta Ley.

Artículo 8: Puede ser elegido titular de la Defensoría del Pueblo, toda persona que reúna los siguientes requisitos:

1. Ser de nacionalidad panameña.
2. Estar en pleno goce de sus derechos; civiles y políticos.
3. Ser mayor de treinta y cinco años.
4. No haber sido condenado por delito doloso.
5. Tener solvencia moral y prestigio reconocido.
6. No tener parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con el Presidente de la República, ni con ningún otro miembro del Consejo de Gabinete, ni con Magistrados de la Corte Suprema de Justicia ni con Legisladores de la República, y
7. Ser, de preferencia, profesional del derecho, especialmente si cuenta con postgrado en Derechos Humanos.

Artículo 9: Elegido uno de los candidatos, el Presidente de la Asamblea Legislativa remitirá al Presidente de la República el nombre de la persona escogida, y éste perfeccionará el nombramiento y lo hará publicar en la Gaceta Oficial, dentro de un período de diez días hábiles.

Artículo 10: El Defensor o Defensora del Pueblo tendrá las consideraciones de alta autoridad del Estado y una remuneración equivalente a la de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 11: Se producirá la vacante absoluta del cargo del titular de la Defensoría del Pueblo, en caso de:

1. Renuncia debidamente aceptada por la mayoría simple de los miembros de la Asamblea Legislativa.
2. Vencimiento del plazo de su mandato.
3. Muerte del Defensor o Defensora del Pueblo.
4. Decisión de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes casos:
 - a. Incapacidad física o psíquica sobrevenida, que le impida el ejercicio del cargo.
 - b. Negligencia notoria en el cumplimiento de los deberes del cargo.
 - c. Incurrimiento en cualquiera de las incompatibilidades previstas en la presente Ley.

Artículo 12: El ejercicio de las atribuciones de la Defensoría del Pueblo y la inmunidad del Defensor o Defensora del Pueblo y sus Adjuntos, serán ininterrumpidos. No estarán limitados a días hábiles, ni se suspenderán durante el receso de la Asamblea Legislativa. (Las frases “inmunidad” y “serán ininterrumpidos” fueron declarados inconstitucionales, por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, mediante fallo de 12 de febrero de 1998).

La declaratoria de Estado de urgencia, no impide a la Defensoría del Pueblo el ejercicio de sus atribuciones y facultades.

Capítulo II

Incompatibilidades y prerrogativas

Artículo 13: El ejercicio del cargo de Defensor o Defensora del Pueblo es incompatible con la filiación partidista y con el desempeño de cualquier otra actividad político-partidista, profesional o comercial, ya sea remunerada o no remunerada, salvo aquellas estrictamente personales o que sean parte del desarrollo de las funciones de la Defensoría.

Artículo 14: A los treinta días de su nombramiento, el titular de la Defensoría del Pueblo tendrá que haber cesado en toda situación de incompatibilidad, presumiéndose, en caso contrario, que renuncia tácitamente al cargo.

Artículo 15: El Defensor o Defensora del Pueblo y sus Adjuntos, no podrán ser perseguidos ni detenidos por causas penales o policivas, sin previa autorización de la Asamblea Legislativa. (La frase “de la Asamblea Legislativa” fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá mediante fallo de 12 de febrero de 1998).

Esta inmunidad no surte efecto en caso de flagrante delito. El Defensor o Defensora del Pueblo y sus Adjuntos podrán ser demandados civilmente; pero no podrán decretarse secuestros u otras medidas cautelares sobre su patrimonio desde el día de sus nombramientos hasta el del vencimiento de sus períodos. El Defensor o Defensora del Pueblo y sus Adjuntos, no son legalmente responsables por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de sus cargos. (Todo este párrafo fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá

mediante fallo de 12 de febrero de 1998 y de acuerdo al fallo, deberá ser reemplazada por “del pleno de la Corte Suprema de Justicia”).

El juzgamiento del titular de la Defensoría del Pueblo y de sus Adjuntos por la comisión de delitos, corresponderá a la Corte Suprema de Justicia.

Capítulo III

Adjuntos

Artículo 16: El titular de la Defensoría del Pueblo estará auxiliado por dos Adjuntos en los que podrá delegar sus funciones y les sustituirán en los supuestos previstos en esta Ley.

Artículo 17: Cada Adjunto será de libre nombramiento y remoción por el Defensor o Defensora del Pueblo.

Artículo 18: Vacante el puesto de titular de la Defensoría del Pueblo, asumirá las funciones el Primer Adjunto, quién completará el período y, en su defecto, el Segundo Adjunto.

Artículo 19: Los Adjuntos deberán contar con un mínimo de treinta años de edad y los requisitos establecidos en los numerales 1, 2, 4, 5, 6 y 7 del artículo 8 para el titular de la Defensoría del Pueblo. Se les aplicará, además, lo previsto en los artículos 13 y 14 y tendrán las prerrogativas contenidas en el artículo 15 de la presente Ley.

TÍTULO IV
DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN
Y DE LAS RESOLUCIONES

Capítulo I

Procedimiento de investigación

Artículo 20: Podrá recurrir a la Defensoría del Pueblo cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera. No será impedimento la minoría de edad, la incapacidad ni el internamiento en centros penitenciarios o psiquiátricos, ni situación de dependencia o sujeción a la administración pública o a los órganos del Estado. No podrán recurrir a la Defensoría los titulares responsables de los organismos del Estado por asuntos de su competencia.

Artículo 21: Las actuaciones ante la Defensoría del Pueblo de quienes presenten quejas, no podrán ser utilizadas en su contra ni judicial ni extrajudicialmente.

Artículo 22: Todas las actuaciones ante la Defensoría del Pueblo serán gratuitas.

Artículo 23: La Defensoría del Pueblo podrá recibir e investigar las quejas que se originen por deficiente prestación del servicio por parte de la Administración de Justicia. (Todo este artículo fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia mediante el fallo de 12 de febrero de 1998).

Artículo 24: La Defensoría del Pueblo podrá intervenir de oficio o a instancia del interesado. Toda persona que presente una queja a la Defensoría deberá razonar su pretensión ante ésta con total ausencia de solemnidades y formalismos.

Artículo 25: Ninguna correspondencia, llamada telefónica o comunicación de cualquier naturaleza que se realice con la

Defensoría del Pueblo, podrá ser objeto de censura, incluso en el supuesto de que la persona esté privada de libertad o limitada en sus derechos.

Asimismo, ninguna actuación que realice la Defensoría del Pueblo podrá ser, en ningún caso, intervenida o limitada por autoridad o persona, pública o privada.

Artículo 26: La Defensoría del Pueblo podrá recibir todas las quejas, orales o escritas, transmitidas por cualquier medio, provengan de fuentes anónimas o identificadas, aún en los casos en que hayan sido presentadas ante otras autoridades administrativas y judiciales, que estén resolviendo sobre su admisión o inadmisión y en su caso investigándolas.

En caso de admisión se informará al quejoso. En caso de no admisión se le informará de los motivos en que se fundamenta la resolución, orientándole e indicándole otras vías, procedimientos o actuaciones que pudieran resultarle útiles.

El Defensor o Defensora del Pueblo rechazará toda queja en las que pueda advertir mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial.

Artículo 27: Cuando la Defensoría del Pueblo admita una queja o decida una actuación de oficio, promoverá la oportuna investigación para su esclarecimiento solicitando a los servidores públicos cuantos informes considere convenientes, y éstos deberán contestar la solicitud de informe de la Defensoría, en un plazo máximo de quince días hábiles. Este plazo sólo podrá ser ampliado hasta un máximo de dos prórrogas de hasta quince días hábiles cada una, cuando, a juicio del titular de la Defensoría del Pueblo, las circunstancias y la complejidad del caso lo aconsejen. El Defensor o Defensora del Pueblo podrá indicar un plazo menor para la presentación de informes, cuando la urgencia de la situación así lo exija.

Asimismo, el Defensor o Defensora del Pueblo, o el funcionario de la Defensoría que el titular autorice, podrá inspeccionar cualquier institución pública, incluidas las policiales, penitenciarias o psiquiátricas, y no podrá negársele el acceso oportuno a ninguna dependencia pública, ni a ningún expediente o documento que se encuentre relacionado con la investigación.

Artículo 28: Cualquier autoridad o funcionario que obstaculice la investigación del Defensor o Defensora del Pueblo, mediante la negativa injustificada de enviar, el envío desordenado, negligente o insuficiente de la información solicitada, o cuando dificultase el acceso a expediente o documento necesario para la investigación, incurrirá en responsabilidades administrativas y penales, según la gravedad del caso, lo que faculta al titular de la Defensoría del Pueblo a notificar a las autoridades competentes, a fin de que adopten las medidas oportunas de acuerdo con la Ley.

Artículo 29: La negativa a colaborar, o la insuficiente o negligente colaboración de cualquier autoridad o servidor público con la Defensoría del Pueblo, sin perjuicio de que éste pueda comunicarlo al superior jerárquico, serán consideradas como actuaciones hostiles y entorpecedoras; y la Defensoría debe hacerlas públicas y destacarlas en su informe anual o, en su caso, por la gravedad de éstas, en sus informes especiales.

El Defensor o Defensora del Pueblo podrá presentar un informe al departamento de recursos humanos de la institución respectiva y a la Dirección General de la Carrera a la que pertenezca el funcionario hostil o entorpecedor, para que se incorpore en el expediente de éste, con el objeto de que sea considerado en las evaluaciones periódicas.

Artículo 30: Cuando el titular de la Defensoría en el ejercicio de sus funciones tuviera conocimiento de hechos constitutivos de delito, deberá ponerlo en conocimiento del Procurador General de la Nación.

La Defensoría del Pueblo respetará las competencias privativas de los organismos encargados de la administración de justicia.

Capítulo II

Resoluciones

Artículo 31: Las investigaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo concluyen con la expedición de resoluciones.

Artículo 32: Las resoluciones de la Defensoría del Pueblo no anulan actos ni resoluciones de las administraciones públicas. No obstante, podrán sugerir la modificación, rectificación o anulación. Sus actuaciones no suspenden en ningún caso los plazos o procedimientos en curso, ni sustituyen el ejercicio de las otras clases de acciones y garantías administrativas o jurisdiccionales, a las que tenga derecho el ciudadano según el ordenamiento jurídico.

Artículo 33: La Defensoría del Pueblo podrá formular recomendaciones a los órganos, instituciones o funcionarios de la administración pública, cuando de las actuaciones administrativas investigadas se desprendan efectos perjudiciales o no acordes con la finalidad de la norma que los habilita. También podrá formular recordatorios de deberes constitucionales y legales a los servidores públicos, por incumplimiento de los deberes que normativamente les obligan.

El titular de la Defensoría del Pueblo podrá instar a las autoridades administrativas competentes al ejercicio de sus potestades de inspección o sanción.

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 o no aceptación de estas medidas, dentro de un plazo de treinta días calendario.

Artículo 34: La Defensoría del Pueblo está obligada a mantener informada a la persona que recurra a ella, de los trámites que siga su queja, así como de la resolución que finalice la investigación. También deberá informar de la resolución final a las autoridades implicadas.

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 una violación a los Derechos Humanos o para denunciar una práctica administrativa irregular.

TÍTULO V DE LOS INFORMES

Artículo 36: El titular de la Defensoría del Pueblo se comunicará con la Asamblea Legislativa, por conducto de su Presidente, o mediante informes ante el Pleno o ante la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa.

Artículo 37: El informe anual y los especiales serán publicados por la Defensoría del Pueblo.

Artículo 38: El informe anual de la Defensoría del Pueblo contendrá lo siguiente:

1. Cuenta detallada de sus actuaciones, del resultado de éstas; del tipo de quejas presentadas y sus resoluciones, especificando cuántas fueron aceptadas y cuántas rechazadas; asimismo, dará cuenta de las recomendaciones, sugerencias y recursos interpuestos. El informe señalará específicamente a aquellos servidores

públicos que hubieren obstaculizado o resistido las actuaciones de la Defensoría, o no hayan colaborado con la suficiente diligencia.

2. La liquidación del presupuesto de la Defensoría del año fiscal al que se refiere el informe, así como el presupuesto para el siguiente.
3. En el informe anual, en los informes especiales y en las demás informaciones que remita la Defensoría del Pueblo a la Asamblea Legislativa o a la Comisión de Derechos Humanos, no se hará referencia a los datos identificativos personales de quienes hayan presentado las quejas, salvo aquellos aspectos circunstanciales que, sin revelar la identidad de las personas, permitan comprender los hechos.

Artículo 39: El procedimiento para tramitar los informes del Defensor o Defensora del Pueblo, será el siguiente:

1. El Informe Anual, será presentado dentro de los primeros seis meses del año siguiente al cual se refiera. Será expuesto en forma resumida por el titular de la Defensoría del Pueblo, ante la Comisión de Derechos Humanos y ante el pleno de la Asamblea Legislativa.
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.

**TÍTULO VI
DE LA ORGANIZACIÓN, RECURSOS HUMANOS Y
PRESUPUESTO DE LA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

**Capítulo I
Organización**

Artículo 40: La Defensoría del Pueblo contará con un Reglamento de Organización y Funcionamiento, que deberá ser elaborado por la Institución.

Artículo 41: El Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, y sus eventuales reformas, deberán ser presentados a la Asamblea Legislativa por el Defensor o Defensora del Pueblo, para su aprobación o rechazo por el pleno, vía resolución.

Artículo 42: La Defensoría del Pueblo tendrá las unidades administrativas necesarias para su gestión. Dichas unidades quedarán consignadas en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Defensoría.

**Capítulo II
Recursos humanos**

Artículo 43: La Defensoría del Pueblo tendrá los recursos humanos necesarios para su gestión.

Artículo 44: El Defensor o Defensora del Pueblo es la autoridad nominadora de la Institución, y realizará los nombramientos y destituciones de acuerdo con lo que establezca el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. Dicho Reglamento desarrollará lo dispuesto en la Constitución Política de la República y utilizará, como derecho supletorio, las normas contenidas en las leyes de carreras públicas y su

aplicación no menoscabará la autonomía funcional de la Defensoría del Pueblo.

Capítulo III

Presupuesto

Artículo 45: Es obligación del Estado dotar a la Defensoría del Pueblo de un presupuesto anual suficiente para asegurar su funcionamiento efectivo, el cual no podrá ser inferior al del año anterior. La dotación económica necesaria para la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo constituirá una partida fija en el presupuesto anual de la Asamblea Legislativa. (La frase “el cual no podrá ser inferior al del año anterior” fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá mediante fallo de 9 de agosto de 2000).

La Defensoría del Pueblo contará con una administración financiera propia, sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

Artículo 46: Las aportaciones, donaciones o legados que provengan de personas u organizaciones nacionales o internacionales no contemplados en el presupuesto de la Institución, deberán ser destinados exclusivamente a la ejecución de proyectos específicos, y el Defensor o Defensora del Pueblo hará expreso señalamiento de su procedencia en el informe anual.

TÍTULO VII

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Artículo 47: Independientemente de la fecha en que sea elegido el primer Defensor o Defensora del Pueblo, su mandato se iniciará en la fecha en que tome posesión de su cargo ante la Asamblea Legislativa. Tomará posesión

inmediatamente después de la publicación de su nombramiento y su período termina el 31 de marzo del año 2001, sin perjuicio de que pueda ser reelegido por el período que establece el artículo 7 de la presente ley.

Artículo 48: Durante los tres meses posteriores al nombramiento del primer titular de la Defensoría del Pueblo, éste presentará a la Asamblea Legislativa el Proyecto de Reglamento de Organización y Funcionamiento para su aprobación.

El primer Defensor o Defensora del Pueblo no recibirá quejas durante los seis (6) primeros meses posteriores a su nombramiento, a fin de que dedique sus esfuerzos a la organización de la Institución.

Artículo 49: Esta Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

ASAMBLEA GENERAL (2002-2004)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

María Elena Martínez
Vicepresidenta

Lloyd G. Barnett
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Gisèle Côté-Harper
Margaret E. Crahan
Víctor Ivor Cuffy
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Diego García-Sayán
Claudio Grossman
Pedro Nikken
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Mónica Pinto
Cristian Tattenbach

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.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Juan E. Méndez
Marta Altolaguirre Larraondo
Robert K. Goldman
Julio Prado Vallejo
Clare Kamau Roberts
José Zalaquett
Susana Villarán

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Antônio A. Cançado Trindade
Alirio Abreu Burelli
Máximo Pacheco Gómez
Hernán Salgado Pesantes
Oliver Jackman
Sergio García Ramírez
Carlos Vicente de Roux Rengifo

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo