

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Ciudadanía, derechos fundamentales y límites entre lo público y lo privado: “Ombudsman” y las “ouvidorias públicas” brasileñas. In: ASAMBLEA GENERAL DEL INSTITUTO LATINOAMERICANO DEL OMBUDSMAN – DEFENSOR DEL PUEBLO (ILO), 7., 2016, Buenos Aires. Anais [...]. Buenos Aires, 2016.

Ciudadanía, derechos fundamentales y límites entre lo Público y lo Privado: “Ombudsman” y las “ouvidorias públicas” brasileñas

Manoel Eduardo Alves Camargo y Gomes

Conferencia pronunciada en el marco de la VII Asamblea General del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo (ILO), realizada en la sede de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en 2016.

Abogado y consultor jurídico en Curitiba; profesor de los cursos de grado y posgrado en Derecho de la Universidade Federal do Paraná.

En primer lugar, quiero registrar mi agradecimiento a los organizadores de la VII Asamblea General del Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo. Es un gran placer estar entre ustedes señores en esta oportunidad.

Aprovecho el momento para registrar mi homenaje al Dr. Carlos Constenla, no apenas por su competencia en la organización de este evento, sino también por la excelencia de su esfuerzo en la defensa del instituto del ombudsman en nuestro continente. Le aseguro, Dr. Constenla, que, para nosotros asociados, su nombre siempre representa el signo de la lucha por el progreso, aprimoramiento y consolidación del Instituto del Ombudsman en América Latina.

Saludo al Señor Moderador, Dr. Luciano Leiva, y por él hago extensivo mis saludos a los miembros de la mesa de este panel, donde me fue reservado el tema “Las dos Modalidades de la ‘ouvidoria’ brasileña y la experiencia de Curitiba”, pero voy un poco más a fondo. Me gustaría articular este tema un tanto árido, el tema de este panel, estableciendo una relación entre el instituto del ombudsman y las “ouvidorias públicas” brasileñas teniendo como referenciales a la ciudadanía, los derechos fundamentales y los límites entre público y privado.

En la búsqueda por alcanzar este objetivo, estableceré algunos supuestos metodológicos, seguidamente, intentaré articularlos con el instituto del “ombudsman”, para, finalizar tratando de las “ouvidorias públicas” brasileñas en el marco de la actual faceta de la ciudadanía y de los derechos fundamentales en Brasil.

Tengo la intención, en este breve transcurso, de responder a un tema que hace mucho tiempo viene, legítimamente, cuestionando a los miembros de este Instituto: las “ouvidorias públicas” brasileñas pueden ser comparadas o equiparadas al instituto del ombudsman? Para no desatender al programa de este evento, mencionaré brevemente las especificidades de la “ouvidoria” del municipio de Curitiba.

I

Comencemos por los postulados metodológicos. No se debe confundir a la ciudadanía de la antigüedad clásica con aquello que se entiende contemporáneamente por ciudadanía. Y lo mismo es válido en relación a los derechos fundamentales. El plexo de los derechos que comprendían esa categoría en los albores del siglo XIX se restringía a los llamados derechos de primera generación; hoy en día los derechos fundamentales abarcan derechos de segunda, tercera y cuarta generación. Cambiantes son también, los límites entre lo público y lo privado: en la antigüedad estos aspectos se confundían; en la Edad Media occidental lo público se situaba en la corte y se distribuía policéntricamente por los feudos; en la modernidad, lo público comienza a centrarse en el reducido espacio estatal; en el siglo XX este espacio fue ampliado con el intervencionismo que termina por sufrir los influjos del mundo contemporáneo, en virtud de las presiones neoliberalizantes.

La mutabilidad espacio-temporal no es la única que marca los términos que componen el tema de nuestra exposición. Existe entre ellos una causalidad circular: la dimensión de los derechos fundamentales afecta a la ciudadanía, los límites entre público y privado, así como también dichos límites afectan al ámbito de competencia y eficacia de instituciones, tales como: ombudsman y “ouvidorias públicas”. Como vemos, una dinámica circular de múltiples direcciones.

Y no es solamente eso: esta circularidad causal sufre el impacto de lo que Weber denominó: adecuación de sentido o afinidad electiva. Existe una presión conformadora permanente de la realidad política, económica, cultural y social de un determinado país sobre la ciudadanía, los derechos fundamentales y los límites entre público y privado, al mismo tiempo en que estos ejercen presión sobre aquella realidad.

Pues bien, el instituto del ombudsman y el de las “ouvidorias públicas” se encuentran exactamente en ese terreno: en el lugar de intersección entre

lo público y lo privado, donde rigen los derechos fundamentales y fulge la ciudadanía.

Estas facciones o rasgos distintivos se pueden clasificar desde diferentes perspectivas. A los efectos de esta exposición, y en una perspectiva histórica bastante simplificada, adoptaré los términos que constan en el tema de este panel.

II

No pretendo abusar de vuestro tiempo estableciendo una tipología de ombudsman. Apenas debo señalar que históricamente hay una causalidad circular y afinidades electivas que condicionan la función y la estructura del ombudsman a la evolución empírica de los derechos de ciudadanía, de los derechos fundamentales y los límites entre lo público y lo privado.

En una rapidísima y casi caricaturesca mención, sería bastante considerar lo siguiente.

La distinción más radical que se da entre el espacio público y el privado - al menos en el mundo occidental - se lleva a cabo en la modernidad. Con esta cisión entre el Estado y la Sociedad, se hacía necesario instituir un acervo de derechos y garantías que aseguraran - tanto a la aristocracia como a la burguesía - la libertad individual en virtud de la amenaza que representaban los poderes del Estado. Eran protegidos derechos civiles y políticos (los llamados como de primera generación) consagrados, por ejemplo, en la Declaración (francesa) de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la Declaración de los Derechos de Virginia, de 1776, y en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América, del mismo año. Derechos como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y el derecho a la propiedad formaban el núcleo de los derechos fundamentales de ese entonces, todos oponibles al Estado.

En ese ambiente, la defensa de la legalidad se confundía con la defensa de la propia ciudadanía. Una ciudadanía que tenía como sustrato la limitación y el control del Estado por medio de la ley. Fue en ese contexto que, en 1809, la Carta constitucional sueca, inspirada en la teoría de Montesquieu, instituyó la figura del Ombudsman. De conformidad con el artículo 96 de tal Constitución, las funciones del ombudsman serían las de “controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios, y demandar ante los tribunales competentes, de conformidad con las leyes, a

aquellos que en el ejercicio de sus funciones actuaron con parcialidad, favor o cualquier otro motivo, hayan cometido ilegalidades o descuido en el correcto desempeño de los deberes propios del cargo”.

En 1919, la Constitución finlandesa, en su artículo 49, establecería también, como función precípua del ombudsman la de “defender las leyes en el funcionamiento de los tribunales y de otras autoridades”. La frase más famosa formulada por el ombudsman sueco Mannerheim expresa con precisión la centralidad del principio de la legalidad: “El ombudsman sólo defiende la ley”. El ombudsman danés, instituido por la Constitución de inicios de la década del cincuenta se afilia, sin ninguna duda, al modelo sueco y finlandés, aunque con algunas diferencias.

En resumen: en este escenario, del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, el ombudsman es un guardián de la legalidad: la defensa de la ciudadanía se concretizaba por medio del control del Estado, lo que reflexivamente implicaba la defensa de los derechos fundamentales, limitados a los derechos de primera generación - derechos individuales y políticos.

En Brasil, esta misión ha sido reservada al Ministerio Público y a la Defensoría Pública, ésta responsable por la atención jurídica a los ciudadanos de recursos económicos escasos, y aquella responsable por la defensa de la legalidad en el ámbito de la administración pública.

III

Esta característica del ombudsman cambiaría con el advenimiento del Estado de Bienestar Social, que es cuando se amplían las funciones del Estado, y, con esto, se redefine el límite exacto entre lo público y lo privado. Los derechos fundamentales se extienden hasta llegar a las relaciones laborales. Las presiones populares de aquel entonces reclaman un papel positivo del Estado, lo que implica en dejar la posición abstencionista para así, adoptar una actitud de garantizador de los derechos económicos, sociales y culturales, los denominados derechos fundamentales de segunda generación.

El Estado pasa a incumbirse de la tutela de otros derechos, como al trabajo digno y remunerado a partir de un salario mínimo, derecho al subsidio por desempleo, a la seguridad social, a la protección de los menores y de las mujeres y los derechos de huelga, así como consagrado en documentos como la Constitución mexicana de 1917, la Constitución de Weimar de 1919

y la Declaración Soviética del Pueblo Trabajador de 1918.

En este contexto surge un nuevo modelo de ombudsman, como el de Noruega, con la misión no de defender prioritariamente la legalidad de la Administración, sino la justicia para el ciudadano.

Este pasaje de instrumento de control de la legalidad para el de defensa del ciudadano acaba determinando algunas diferencias sustantivas con relación al ombudsman sueco y finlandés. Ese modelo se difundió con celeridad: Nueva Zelanda en el año 1962; Inglaterra, 1967; Francia, 1973; Portugal, 1976; Australia, 1976; España, 1978. Hasta mediados de la década del ochenta, según las estadísticas realizadas por el Instituto Internacional del Ombudsman, aproximadamente veintiún países contaban con la institución. En 1998, noventa países y hoy en día, los datos del mismo Instituto indican la presencia de la institución en más de ciento veinte países. La gran mayoría siguiendo este modelo: el ombudsman como Defensor del Ciudadano, Defensor del Pueblo.

En resumen, en este escenario, la ciudadanía era definida por la capacidad de disfrutar de los derechos no contra, sino mediante las prestaciones del Estado. Los derechos fundamentales envolvían los derechos individuales, políticos, económicos, sociales y culturales (derechos de primera y segunda generación). El límite, la frontera entre lo público y lo privado fue alterado. El papel preponderante del ombudsman pasa a ser la defensa del ciudadano, y apenas secundaria o reflexivamente, la defensa de la ley.

También aquí, en Brasil, esa tarea está reservada al Ministerio Público y a la Defensoría Pública y también a un conjunto de “ouvidorias públicas”.

IV

Con la institución, en la contemporaneidad, de los derechos de tercera y cuarta generación – estos, llamados derechos de titularidad colectiva o difusa y aquellos, derivados del proceso de globalización -, se reordenan los límites entre lo público y lo privado, se expande el ámbito de la ciudadanía y, en consecuencia, las funciones de los nuevos ombudsman instituidos, sobre todo en los países con democracias recientes. Derecho a la paz, la autodeterminación de los pueblos, el desarrollo, a la protección al medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad e incluso derechos como los referentes a la protección a manipulaciones genéticas, amplían el protagonismo de los derechos fundamentales más allá de los espacios

nacionales, tal es el caso de los ombudsmen comunitarios. Su misión pasa a ser precipuamente la defensa de los derechos fundamentales o de los derechos humanos y, sólo secundariamente, de la estricta legalidad o del ciudadano individualmente considerado.

La ciudadanía se perfecciona de la mano del ejercicio pleno de los derechos fundamentales, los cuales comportan derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación. La frontera entre público y privado también se modifica; ahora, no sólo existe intervención estatal en la esfera pública, sino también, existe una creciente participación de los segmentos organizados de la sociedad civil en el espacio público. Esta participación, en el espacio de formulación y ejecución de las políticas públicas se convierte en sinónimo de la noción de ciudadanía. Se amplía la porosidad entre público y privado. El ombudsman, como Defensor de los Derechos Fundamentales, pasa a tener lazos interinstitucionales e internacionales de manera cada vez más intensa.

En resumen: a medida que se modifican los derechos fundamentales, se establece un nuevo ámbito de ejercicio de la ciudadanía y cambia la relación entre público y privado, alterándose el grado de importancia de cada una de las funciones asignadas al ombudsman. Dada esta articulación, es posible admitir una tipología a partir del papel preponderante de los ombudsmen: Esto sería, el Ombudsman como Guardián de la Legalidad (de 1809 a 1955), el Ombudsman como Defensor del Pueblo (de 1962 a 1980) y el Ombudsman como Guardián o Defensor de los Derechos Fundamentales (de 1980 hasta nuestros días).

V

En Brasil, la historia de la institución tomó otros rumbos. La conformación ciudadana, la cultura de los derechos fundamentales y los límites entre lo público y lo privado, han determinado una arquitectura institucional inadecuada para la recepción de un ombudsman nacional, constitucionalmente previsto, dotado de poderes para la defensa - judicial y administrativa - de los derechos fundamentales.

Recientemente salidos de un régimen de excepción que dejó profundas cicatrices en una ciudadanía victimizada por violaciones brutales de sus derechos fundamentales, con un espacio público marcado por el autoritarismo y la prepotencia, en marzo de 1986, en el Municipio de Curitiba, un grupo de pensadores idealistas de izquierda gana la primera elección para

capitales después del régimen militar.

Preocupados por restaurar la dignidad en la relación entre el ciudadano y la administración pública, este equipo propone una reforma profunda en la estructura administrativa con numerosas innovaciones, una de las cuales es la recepción del instituto del ombudsman, con inspiración en las cartas constituciones de España y de Portugal.

Coordiné este proceso en la condición de primer “ouvidor público” de Brasil. Incluso fui yo quien escribió el decreto, hurtando el término “ouvidor” del período en el cual Brasil era una colonia de Portugal y contaba con magistrados denominados “ouvidores”, que tenían como misión oír a los ciudadanos víctimas de las decisiones emanadas de los miembros del Poder Judicial Colonial.

Nuestra estrategia fue crear un cargo con los poderes del Ombudsman, como un miembro del propio Poder Ejecutivo. El objetivo era comprobar cómo la comunidad recibiría este instituto. Después de un año, enviaríamos un proyecto de ley, vinculando la iniciativa al Poder Legislativo.

Nacía, en ese entonces, el primer intento de importar el instituto del ombudsman a Brasil.

La iniciativa desencadenó un vigoroso proceso de creación de “ouvidores”, distribuidos en los diversos órganos y entidades de la Administración Directa e Indirecta, de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios. En algunos Estados de la Federación, como en el de São Paulo, por fuerza de ley, todos los órganos y las entidades de la administración directa e indirecta cuentan con un “Ouvidor Público”. Los últimos recuentos indican que existen cerca de unos 2000 “ouvidores públicos” en Brasil.

En Curitiba, después de poco más de un año, instalamos - con la presencia del “Proveedor de Justicia” de Portugal y el Ombudsman de Suecia – el II Simposio Latinoamericano de Ombudsman. Reunimos a los principales estudiosos y conocedores del Derecho Administrativo del país; de la Argentina, recuerdo la presencia activa de Jorge Luis Mayorano y Miguel Padilla. En la sesión plenaria final, fue aprobado por aclamación un proyecto de ley que contemplaba un “defensor del pueblo” con las características del instituto del ombudsman portugués.

No hay uniformidad entre las innúmeras “ouvidorias” existentes en Brasil. Entre ellas se encuentran las que actúan con la independencia y autonomía deseadas, con los recursos y las herramientas necesarios para

asegurarles un alto nivel de eficacia, así mismo, existen otras desposeídas de todos los medios, totalmente dependientes de las autoridades reclamadas. La próxima edición de la Revista Eforos de este Instituto vehiculó un extenso artículo de mi propia autoría, estableciendo una tipología de los diferentes modelos de “ouvidorias” que constituyen el mosaico nacional de “ouvidorias públicas”.

Las “ouvidorias” no nacieron en los altos escalafones del orden constitucional, ya que fueron instituidas, en su gran mayoría, por ordenanzas, decretos y leyes. Las soluciones que ellas presentan, en regla general, se limitan al menudeo. Son reparaciones puntuales a violaciones individuales. La mayoría de las veces son las pequeñas injusticias perpetradas contra ciudadanos usuarios de los servicios públicos las que llegan a los “ouvidores” brasileños.

Solamente en el 2014, logramos finalmente reglamentar el dispositivo de la ley orgánica, creando un “ouvidor” que podría equipararse al ombudsman del primero o del segundo tipo indicado, ya que su ámbito competencial no contempla la protección de los derechos humanos.

La aprobación de ese proyecto, que asesoré en todas sus fases, fue posible solamente en virtud del empeño del entonces presidente de la Cámara Municipal, el Dr. Paulo Salamune, miembro del equipo de la “ouvidoria” de 1986 y uno de los más grandes defensores del instituto en Brasil. El tiempo reservado para esta exposición no permite que entre a tallar sobre los atributos, poderes, competencia, nivel jerárquico y otros datos de esa experiencia institucional. De cualquier forma, estos datos también se detallan en el próximo volumen de la revista Eforos de nuestro Instituto.

No obstante esta iniciativa, todavía nos falta un “Ouvidor General” como Defensor del Pueblo con competencia, medios e instrumentos inherentes a los ombudsman nacionales. Un “ouvidor” que escuche a los que se encuentran en el subsuelo de la ciudadanía; a los que están en el interior de los muros del sistema penitenciario; de nuestro sistema de protección a la niñez y la adolescencia; de los manicomios; de las áreas de riesgo urbano; de nuestras villas.

Nos falta alguien que vocalice la indignación por las violaciones de los derechos fundamentales, por el índice inaceptable de desigualdad social en la séptima peor evaluación del ranking en materia de distribución de la renta. Nos falta un ombudsman nacional que se revele contra la promiscua relación entre público y privado, lo que coloca a los brasileños en la 75ª peor

colocación del mundo en términos de percepción de corrupción.

Ejemplarmente, la Constitución Federal, en la enmienda 45/2004, ya determinó la creación de “Ouvidorias de Justiça” vinculadas al Poder Judicial, federal y estatal, y “Ouvidorias” del Ministerio Público de la Unión y de los Estados. Ya existe, en el ámbito Federal, una “Ouvidoria Geral”, constituida como órgano del Poder Ejecutivo.

Esta evolución permite a Brasil dar el siguiente paso. Existen condiciones objetivas para la constitucionalización de un ombudsman nacional, tal vez auxiliado por una red brasileña de “ouvidores”. La ciudadanía reclama por esa ausencia.

Que este Instituto nos ayude en la trama de esta bandera. Que los defensores del pueblo e intelectuales asociados al Instituto Latinoamericano del Ombudsman nos auxilien en el protagonismo de esta lucha iniciada en Curitiba en 1986.

Que en un futuro no muy lejano, podamos en una Asamblea como ésta, celebrar la constitucionalización de un “Ouvidor Brasileiro”, que posea las funciones, atributos, poderes y competencias de los Defensores del Pueblo Nacionales que existen hoy en día en América Latina.

Muchas gracias.