
OMBUDSMAN Y DERECHOS SUBJETIVOS EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Mauricio Novoa Cain

Abogado por la Universidad de Lima. Actualmente es W. Senior Scholar en derecho comparado en Clare College, Cambridge University.

La instauración de una Defensoría del Pueblo en las Leyes Constitucionales de 1980 y 1993, en el Perú, está vinculada a dos instancias: el prestigio del *ombudsman* y la doctrina de los derechos humanos. El *ombudsman* —una institución originada en Suecia— es un funcionario designado por el parlamento, que tiene por función fiscalizar la administración pública. Esta tarea la realiza investigando a los funcionarios públicos y procurando la rectificación de sus actos, ya que el *ombudsman* no puede revocar los mismos. Desde la década de 1950, figuras similares al *ombudsman* vienen siendo adoptadas exitosamente en Occidente, como lo prueban, entre otros, Dinamarca (1955), Gran Bretaña (1967), Francia (1973) y Austria (1977). La adopción de esta figura en el mundo ibérico, a partir de 1975, constituyó, sin embargo, una verdadera innovación, pues los *ombudsmen* que allí se implementaron no sólo debían supervisar la actividad de la administración pública, sino que procurarían la defensa de los derechos humanos.

Este artículo buscará contextualizar la figura del *ombudsman* peruano dentro de estas variables. Tomando en cuenta los límites que un ensayo de esta naturaleza permite, se intentará bosquejar los orígenes históricos y la naturaleza jurídica de las mismas. Si bien puede decirse que la doctrina de los derechos humanos define teóricamente la actuación de la Defensoría del Pueblo en el Perú, el trabajo concluirá, sin embargo, que la idea

de "grupos especiales de atención" refleja las paradojas de esta doctrina.

1.

El *ombudsman* contemporáneo tiene dos antecedentes. El primero, *Konungers Högste Ombudsmännen* (KHO), se remonta a 1713, cuando Carlos XII de Suecia (r. 1697-1718), en medio de su campaña en Turquía contra el zar Pedro I, nombró a un delegado que asegurara en su ausencia la buena marcha de la administración pública, el trabajo de sus funcionarios y el cumplimiento de las leyes y regulaciones. El KHO representaba al rey en su ausencia durante campañas militares y actuaba como procurador en causas que involucrarían al monarca (como la alta traición).

El segundo es el canciller de Justicia, *Justitienkansler*, creado en 1719 en reemplazo del KHO. Al igual que el KHO, el *Justitienkansler* era nombrado por el monarca. Sin embargo, la crisis sucesoria luego de la muerte de Carlos XII, permitió a los Estados Generales asumir el poder y promulgar, de acuerdo con la tradición sueca de la "carta de coronación", una Constitución en 1719, firmada por la reina Ulrika Eleonora (r. 1719-1720). Los Estados Generales establecieron una monarquía constitucional y terminaron con las aspiraciones de la nobleza sueca, representada en el Consejo Real como el guardián de las libertades históricas. Esto a su vez permitió una relativa democratización de los Estados Generales y una mayor igualdad política. Entre las reformas sociales y políticas llevadas a cabo por los Estados Generales en 1719-1772, se estableció que el *Justitienkansler* no sería nombrado por el rey sino elegido por la Dieta que los representaba. Este ensayo cuasi parlamentario de gobierno sería truncado a finales de 1772, cuando Gustavo III (r. 1771-1792) impuso a los Estados Generales un docu-

mento orgánico que establecía las funciones y características del Estado y el gobierno. Esta Constitución, considerada en su momento como un "triunfo del progreso" y de "la humanidad", fue alabada por los filósofos de la Ilustración como un ejemplo para Europa entera (Roberts, 1986: 206). La carta constitucional regresaría al *Justitienkansler* a los fueros del rey y devolvería las atribuciones al Consejo Real.

El régimen establecido en 1772 se verá debilitado a inicios del siglo XIX por una derrota ante Rusia que culminaría con la abdicación de Gustavo Adolfo IV (r. 1792-1809) y la pérdida de Finlandia y las islas Aland. En 1809, los Estados Generales, que se habían adscrito una vez más el poder constituyente, eligieron a Carlos XIII (r. 1809-1818) como rey. Suecia se convirtió una vez más en una monarquía parlamentaria y aplicaría las ideas propuestas por el barón de Montesquieu (1689-1755), dividiendo el poder ejecutivo entre el rey y el Consejo Real, y entregando la iniciativa legislativa tanto al rey como a los Estados Generales. La potestad para crear impuestos quedaría sólo en manos de estos últimos. Los tribunales conformarían, como es lógico, un poder autónomo.

2.

La Constitución sueca de 1809 estableció que el cumplimiento de la ley en la marcha de la administración pública y los tribunales de justicia sería protegido por una suerte de guardián designado por los Estados Generales (Bexelius, 1986: 55). Este funcionario, denominado *Riksdagen Justitie Ombudsman*, o agente parlamentario de justicia, fue elegido por primera vez en 1810. Su titular, el barón Lars Augustin Mannerheim, tenía el propósito de controlar interferencias irregulares del gobierno en la actuación de funcionarios públicos.

El artículo 96 del *Regeringsform*, la Ley Constitucional de 1809, señalaba que el parlamento, en cada sesión ordinaria, debía nombrar un jurisperito de "probada ciencia y de especial integridad" en calidad de mandatario del parlamento, encargado de controlar la observancia de las leyes a aquellos que en cumplimiento de sus funciones hubieran cometido "ilegalidades o negligencias por parcialidad, favor o cualquier otro motivo". El *Justitie Ombudsman* funcionaba, en realidad, como una suerte de control en la balanza de poder entre el monarca y el parlamento, puesto que ambos ejercían influencia sobre la administración pública.

La continuidad de la institución *Justitienkansler* de 1719, permitió que desde 1809 éste y el *Justitie Ombudsman* fueran los agentes de la supervisión de la administración del Estado. Sin embargo, el *Justitienkansler* quedaría eventualmente como una autoridad independiente y apolítica debajo del rey y el Consejo. Según la Constitución de 1809, el *Justitienkansler* debía representar a la Corona en los casos que afectaran los derechos del Estado. También en nombre de la Corona vigilaba la administración de justicia y el desempeño de jueces y funcionarios. El canciller, quien debía ser perito en derecho y tener experiencia como juez, hasta 1840 estuvo presente en las reuniones del gabinete que trataran asuntos legales. En 1948, la novedad de los juicios orales en las cortes de apelación suecas llevaría a un aumento en sus tareas como primer fiscal del reino y eventualmente motivó que sus funciones quedasen definidas en la capacidad para acusar a altos funcionarios por incumplimiento del deber o abuso de poder. El resto de funciones fueron entregadas a la Oficina del Primer Procurador de la Corona, *Riksaklagare*. En ese sentido, y con la excepción de los

miembros del Consejo Real, el rey y los *ombudsmen* civil y militar, todos los funcionarios, en la medida que pudieran incurrir en responsabilidad pública, son sujetos de control de parte del *Justitienkansler*. Su labor de vigilancia incluye, por cierto, la inspección de oficinas públicas, tribunales, archivos, registros y asistencia a sesiones (Fairén Guillén, 1986: 37, 56).

3.

A finales de la década de 1940, el *Justitie Ombudsman*—en adelante *ombudsman*— quedaría definido como un comisionado parlamentario cuya misión es recibir, investigar e informar de los abusos cometidos por la administración pública en perjuicio de los ciudadanos. En estos términos, por ejemplo, fue pensado el *ombudsman* de Dinamarca, establecido en 1953. Adicionalmente, entre 1976 y 1981, los reformadores de la Constitución sueca de 1975 aprobaron la creación de cuatro *ombudsmen* elegidos por el parlamento por períodos renovables de cuatro años: *ombudsman jefe*; *ombudsman* para supervisar los tribunales de justicia, incluso la Corte Suprema, los fiscales, la policía y las cárceles; *ombudsman* para el sector de economía, tributos y seguridad social; y *ombudsman* para las fuerzas armadas y asuntos civiles que no fueran competencia directa de los otros. Paralelamente, la propia naturaleza de la institución inspiró la creación de *ombudsmen* especiales en distintos ámbitos: para la libre competencia (1954), para la protección de los consumidores (1971), para la igualdad entre los sexos (1980), contra la discriminación étnica (1986) y de prensa (1969).

El *ombudsman* sueco es, en consecuencia, un funcionario independiente, nombrado por el parlamento, que defiende a ciudadanos en sus derechos y contra

excesos de la administración pública e incluso de quienes prestan servicios públicos. El carácter estatal del *ombudsman* no se contradice con su naturaleza autónoma y su independencia respecto a los demás órganos del Estado, al propio parlamento que lo elige y al gobierno central. Es dependiente sólo de la ley. Por ello es una institución discrecional, pues no necesita consultar a otros organismos sobre sus actuaciones. La facultad que tiene el *ombudsman* para el control de la administración estatal y la defensa de los derechos de las personas, y el prestigio de la institución misma, le otorgan en la práctica cierta influencia en asuntos públicos. Como es lógico suponer, no se trata de un poder material, ya que no puede revocar las decisiones tomadas por la administración, ni sus decisiones tienen naturaleza vinculante. Se trata, en cambio, de recomendaciones y sugerencias que pueden o no ser aceptadas de manera voluntaria. Sin embargo, al menos dos elementos contribuyen a que dichas recomendaciones sean tomadas en cuenta. La primera es la pericia de las mismas, ya que, en la mayor parte de los casos, el *ombudsman* ha sido seleccionado entre jueces de tribunales y normalmente es un experto en asuntos de gobierno. La segunda es la divulgación y publicidad que tienen sus actos. Esto se canaliza principalmente por el informe que anualmente presenta la oficina del *ombudsman* al parlamento, aunque también son importantes las recomendaciones individuales a oficinas o funcionarios públicos. La publicidad de una investigación permite, por ejemplo, que la entidad investigada se vea obligada a explicar los motivos y validez de sus decisiones, y al mismo tiempo le ofrece la oportunidad de rectificar sus actuaciones. Últimamente también se considera en este aspecto la

publicidad dada por los medios de comunicación¹.

Estas características hacen que el éxito de las labores del *ombudsman* se encuentre normalmente vinculado a la calidad personal, imparcialidad y ética de su titular². Es interesante que algunos vean en estas condiciones un retorno al concepto romano de *autorictas* como saber socialmente aceptado, y concluyan que si un *ombudsman* posee *autorictas* ello será una garantía para el éxito de sus labores (Fairén Guillén, 1986: 50-54)³.

4.

¿A quién fiscaliza el *ombudsman*? En términos generales puede decirse que a la administración pública, con lo cual no puede hablarse propiamente de *ombudsmen* antes de la implantación del Estado nación (Anderson, 1969: 3). La idea de una administración pública es un fenómeno típico del siglo XVIII, caracterizado por dos instancias. La primera es la construcción de una burocracia únicamente dependiente del Estado central y que estuviera a cargo de profesionales. La segunda es la división del ámbito estatal en "oficinas", con funciones y competencias claramente delimitadas, lo cual, a su vez, implicó un aumento en el ámbito de actuación del Estado⁴. Es por esto que administración

- 1 La influencia real de los medios, cuya efectividad se ha probado en la implantación de políticas públicas, se limita a establecer agendas de discusión, pues su impacto es significativamente menor en la toma de decisiones finales (Moore, 1996: 120).
- 2 Sobre esto hay cierto consenso en la doctrina comparada y puede verse Anderson (1969), Fairén Guillén (1986), Rowat (ed.) (1986) y Briceño (1995).
- 3 Sobre la naturaleza de la *auctoritas* ver D'Ors (1979).
- 4 En América Latina, la implantación de una administración pública se origina en las reformas que los ministros de Carlos III (r. 1759-1788) llevaron a cabo para construir una burocracia imperial eficiente que

pública se identifica desde esta época con todo aquello que concierne a las dependencias del Estado; aunque en tiempos recientes también se ha incluido en este ámbito a las entidades que prestan servicios públicos. Con esto el *ombudsman* puede fiscalizar a todas las personas que formen parte de la administración o de los servicios públicos. Sólo el rey y, con él, los miembros del gobierno escapan a la vigilancia del *ombudsman* (Bexelius, 1986: 59). En un inicio también estaban bajo la jurisdicción del *ombudsman* comandantes militares y oficiales de menor rango. Sin embargo, desde 1915, los militares quedaron bajo la jurisdicción del *Militieombudsman*, *ombudsman* en asuntos militares.

El *ombudsman* está capacitado para investigar, informar, recomendar y acusar judicialmente a los funcionarios públicos que hayan lesionado derechos y no cumplan con la ley. Entre sus funciones, sin embargo, no están la fiscalización del uso y disposición de los recursos públicos confiados a los funcionarios. Desde 1957, sus funciones se ampliaron a los funcionarios municipales. Incluso los miembros de la Suprema Corte de Justicia y la Suprema Corte Administrativa son objeto de la supervisión del *ombudsman*, aunque sólo cuando existan faltas de suma gravedad. Para el resto de jueces no existe esta limitación, por lo tanto, el control del *ombudsman* sobre su actuación es amplio. Este control, sin embargo, no interfiere ni puede cuestionar la validez de las decisiones jurisdiccionales de los jueces. Su labor

se limita sólo a la crítica pública, en unos pocos, a la acusación en caso de que se prueben irregularidades en el proceso.

Durante los primeros cien años de existencia el *ombudsman* sueco actuó la mayor parte de veces de oficio, recibiendo apenas unas 70 quejas ciudadanas por año. Actualmente el *ombudsman* sueco inicia sus labores de fiscalización casi exclusivamente a través de las quejas que le hacen llegar los ciudadanos (Bexelius, 1986: 62). Dichas quejas deben ser por escrito; aunque en ciertos casos se acepta que el caso se presente oralmente ante el *ombudsman* o sus asistentes. En ningún caso se necesita de un abogado. Una vez que el *ombudsman* recibe una queja, determina si tiene sustento material y jurídico. En caso de que las circunstancias no estén lo suficientemente claras, el *ombudsman* puede pedir por escrito a la dependencia investigada otros documentos o incluso declaraciones a sus funcionarios. En el ejercicio de sus funciones de vigilancia, se le permite acceso a todos los documentos, incluso a los secretos y a estar presente en las deliberaciones de jueces y funcionarios públicos en el momento de tomar las decisiones. También puede solicitar colaboración de otros funcionarios con conocimiento o pericias especiales, o de la policía para investigaciones detalladas, cuando lo estime conveniente. Todas las dependencias deben prestarle apoyo. Con ello el *ombudsman* facilita su labor y obtiene un conocimiento integral de las funciones y actividades públicas. Por lo demás, el *ombudsman* puede iniciar investigaciones de oficio a partir de informes aparecidos en la prensa sobre actuaciones de tribunales o funcionarios públicos.

En caso de que la falta detectada fuera menor, se sanciona al funcionario con un recordatorio. El recordatorio no pretende únicamente sancionar al funcionario, sino

dependiera últimamente de un Estado central, representado en el monarca, y que estuviera a cargo de *homines novi* sin poder independiente ni vínculos permanentes con los territorios que administraban. Sobre esto puede verse, por ejemplo, Anderson (1979) y Bravo Lira (1989).

también evitar que el error se repita en lo posterior. Las críticas a los funcionarios son redactadas de modo que puedan ser útiles a otros funcionarios. Las que se refieran a casos de importancia se incluyen en el informe anual. En casos más graves, el *ombudsman* puede promover una acusación judicial. Normalmente se trata de faltas que pongan en riesgo la aplicación de los derechos constitucionales. En caso de que algún individuo ya hubiera sufrido daño por ello, el *ombudsman* debe asegurar que la falta se repare. Entre las facultades del *ombudsman* está la potestad de realizar visitas a distintas dependencias públicas, donde revisa expedientes y documentos al azar. También lo hace en cárceles, hospitales, centros de rehabilitación para alcohólicos, centros para enfermos mentales y reformatorios juveniles.

5.

La actuación del *ombudsman* se complementa con la presentación de un informe anual al parlamento, que contiene la descripción del trabajo realizado y de la investigación sobre la "condición de la administración de la ley en el Reino". Incluye también un resumen de los casos más importantes. Dicho informe se distribuye entre los funcionarios administrativos y probablemente resulta el modo más importante con que cuenta el *ombudsman* para influir en la aplicación de las leyes y reglamentos en Suecia. Este informe no sólo se ha convertido en una suerte de auditoría de la administración pública sueca, sino que ha disminuido la tendencia hacia el abuso y las acciones arbitrarias de los funcionarios, en vista del riesgo de que sus actos sean expuestos a la opinión pública. En ese sentido, el *ombudsman* tiene una función preventiva (Bexelius, 1986: 58).

El impacto del *ombudsman* sobre el aparato estatal puede verse en su influencia en los cambios de la legislación sueca. En vista de que parte de los deberes del *ombudsman* incluye resolver sus casos con rapidez y celeridad, muchas de sus propuestas en los últimos años han estado orientadas a impulsar reglas que faciliten y aceleren los procesos legales. Por otro lado, el *ombudsman* también sirve para orientar a los funcionarios públicos sobre las reglas y reglamentos que idealmente deben aplicarse. En ese sentido, sus atribuciones permiten que pueda intervenir incluso en casos donde los funcionarios gozan de cierta discrecionalidad en sus actos. Esta facultad no es considerada en Suecia como un exceso en las atribuciones del *ombudsman* al considerarse que actuar con discrecionalidad no significa proceder arbitrariamente aun si formalmente se está dentro de los parámetros de la ley. Se trata de proteger del abuso del derecho cuando se transgrede el espíritu de una ley, aun si procede su aplicación. Por último, la intervención del *ombudsman* en la función legislativa busca que las interpretaciones se uniformicen y exista cierta consistencia en la aplicación de la ley.

Finalmente, la influencia de esta institución puede verse en la adaptación casi directa que hicieron Finlandia (1919) y Dinamarca (1954). En el caso de Finlandia se instauró una figura similar al *Justitieombudsman*. El *ombudsman* finés es elegido por el parlamento y realiza funciones de fiscalización de las actividades administrativas y judiciales del Estado, incluyendo a las fuerzas armadas. En Dinamarca, la institución del comisionado parlamentario, reformada por última vez en 1961, fiscaliza los actos de las autoridades administrativas. Su competencia se extiende a la fiscalización de actos de los ministros de Estado, independientemente

de su responsabilidad política ante el parlamento, y de diversas instituciones como las Iglesias y organismos descentralizados.

6.

A mediados de la década de 1970, la figura del *ombudsman* fue adoptada en diversos países del mundo ibérico, como Portugal (1975), España (1978), Guatemala (1985), Colombia (1991), México (1992), El Salvador (1992) y Perú (1993). Se señala con frecuencia que la incorporación de *ombudsmen* a un ordenamiento jurídico está vinculada a procesos de transición democrática, como lo prueban los casos de España y Polonia (1987), caso este último donde el *ombudsman* tuvo un papel fundamental en el derrocamiento del régimen comunista (Elcock, 1993). Puede decirse, sin embargo, que la característica común de estas instituciones en el mundo ibérico fue el hecho de agregar al deber de supervisar la administración y servicios públicos, característico del *ombudsman* sueco, la defensa de los derechos humanos (García Toma, 1998, 1: 271). Se trata, por lo demás, de una tendencia iniciada en 1966 con la iniciativa de Naciones Unidas para establecer *ombudsmen* globales que pudieran implementar y garantizar el cumplimiento de las declaraciones de derechos humanos (Anderson, 1969: 8; Newman, 1967: 959). Iniciativas más recientes, como la Declaración de Defensores del Pueblo y Procuradores de Derechos Humanos en América Latina (San José, 1994), indicando que en dicha región el *ombudsman* debe tener un énfasis especial en "la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos en su sentido más amplio", no hicieron más que reafirmar esta posición.

En el derecho constitucional de Iberoamérica, sin embargo, la doctrina de los derechos humanos, subjetivos o funda-

mentales, es más bien reciente. En el Perú, por ejemplo, el solo hecho de que la Constitución de 1980 hablara de derechos fundamentales y no de garantías personales, fue considerado en su momento como un "avance terminológico" (García Belaunde, 1981: 67). Antes de esta fecha, el derecho constitucional, como fue estudiado en las universidades, no establecía un vínculo entre la Constitución política y los derechos humanos, hasta el punto de que Manuel Vicente Villarán (1873-1958), un distinguido catedrático de San Marcos, los consideraba una teoría "meramente ideológica" (Villarán, 1998: 461). A partir de 1980, sin embargo, se estableció que la Ley Constitucional peruana no sólo "no podía estar opuesta" a la Declaración Universal de Derechos Humanos (Nueva York, 1948), sino que dicha declaración, junto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), entraron a formar parte del ordenamiento constitucional⁵. En los últimos veinte años, la participación de estas declaraciones en el bloque constitucional es tal que sus textos forman parte de casi todas las ediciones de la

5 RUIZ-ELDRIDGE, Alberto. *La Constitución comentada*, 1979. Lima: Editora Atlántica, 1980, p. 35; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "Los derechos humanos en el Perú", en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Vol. 2. Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 1993, p. 316. Los instrumentos fueron aprobados por el gobierno peruano en el siguiente orden: Declaración de 1948: resolución legislativa 13282 (1959) y arts. 1-4 de la CP 1980; Convención de 1969: decreto legislativo 22231 (1978) y 16a. disp. gen. y trans. de la CP 1980; Pacto de Derechos Económicos (1966): decreto legislativo 22129 (1978); Pacto de Derechos Civiles (1966): decreto legislativo 22128 (1978) y 16a. disp. gen. y trans. de la CP 1980.

Constitución vigente⁶. Puede decirse, entonces, que a partir de 1980 los derechos fundamentales declarados en las constituciones han quedado fijados dentro de la doctrina de los derechos humanos.

7.

Como es bien sabido, el propósito de los derechos humanos es proteger a la persona en aquello que es considerado como fundamental para su existencia. Esta aspiración, en sí misma, no constituye una novedad. Las *Siete Partidas*, por ejemplo, vigentes en el Perú desde inicios del siglo XVI hasta la promulgación del Código Civil de 1852, contienen disposiciones que protegían en forma inmediata y directa a la persona misma y a sus bienes. Ese cuerpo de leyes se enmarca en una tradición de seguridades personales y patrimoniales que se remonta a documentos como el V Concilio de Toledo (626), donde se encuentran diversas medidas concretas en favor de los hombres libres. Es en esta tradición que deben entenderse disposiciones como el amparo contra los actos de gobierno tramitado ante las Audiencias, los privilegios indígenas en el derecho proce-

sal o la regulación de las jornadas de trabajo que existieron durante el virreinato (Bravo Lira, 1989: 36 ss.). Las seguridades personales hispánicas —a través del derecho indiano— definieron por más de tres siglos el modo cómo debía protegerse la vida, la integridad corporal, la libertad física, los bienes y la libertad de residencia. Pese a esta larga tradición, las seguridades personales no constituyen el antecedente doctrinal de los derechos humanos en el Perú.

En cambio, el pensamiento constitucional contemporáneo señala, casi unánimemente, que los derechos declarados por las constituciones de 1980 y 1993 deben enmarcarse dentro del pensamiento político británico y norteamericano de los siglos XVII y XVIII y la idea de derechos universales difundida con la Ilustración⁷. Esto explica, por ejemplo, el prestigio de docu-

6 Contienen, al menos, la Declaración de 1948 y la Convención de 1969: *Constitución Política 1993. Edición oficial*. Lima: El Peruano, 1993; PEÑA FARFÁN, Saúl (ed.). *Constitución Política 1993: sumillada, concordada y anotada*. Lima: Cultural San Marcos, 1995; CHANAMÉ, Raúl. *Constitución didáctica*, 3a. edición. Lima: Editorial San Marcos, 1995; DONAIRE SÁNCHEZ, Pedro. *Índice analítico de la Constitución Política del Perú de 1993*. Trujillo: Normas Legales, 1995; GARCÍA BELAUNDE, Domingo y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (eds.). *La Constitución peruana de 1993*. Lima: Griley, 1994; y *Constitución Política del Perú*. Lima: Mantaro, 1994. Concordancias entre la Constitución de 1993 y estos instrumentos se encuentran en ARIAS, Carlos. *La Constitución concordada, 1993*. Lima: Marina de Guerra del Perú, 1994.

7 Para la Ley Constitucional de 1980 pueden mencionarse RUBIO, Marcial y Enrique BERNALES. *Constitución y sociedad política*, 3a. ed. Lima: Mesa Redonda Editores, 1988, pp. 19 y ss.; PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, 3a. edición. Lima: JV Ediciones, 1984, pp. 416 y ss.; CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*, 3a. edición. Lima: AFA Editores Importadores, 1984, pp. 25 y ss.; ALIAGA, Óscar. "Constitución peruana, derechos humanos y libertad física", en EGUIGUREN PRAELI, Francisco (comp.), *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación: 11 estudios interpretativos*. Lima: Cultural Cuzco, 1987, pp. 11 y ss.; ALZAMORA VALDEZ, Mario. "Derechos y deberes fundamentales de la persona", en *La nueva Constitución y su aplicación legal*. Lima: Francisco Campodónico, Centro de Investigación y Capacitación, 1980; BIEBERBACH, Carlos Francisco. *La Constitución del Estado comentada*, 2a. edición. Lima: Dist. Enrique Miranda, 1983, pp. 18 y ss.; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979", *Derecho* 35. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, junio 1981, pp. 67 y ss. En el caso de la Ley Constitucional de 1993 están: GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Vol. 1. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la

mentos como el *Habeas Corpus Act* de 1679, la Declaración de Virginia de 1776 o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. A diferencia de las seguridades personales hispánicas, que fueron el resultado de las distintas soluciones que se dieron contra los males reales que pretendieron remediar, el pensamiento británico e ilustrado se basa en dos variables: los derechos subjetivos y las declaraciones de derechos.

Los derechos subjetivos, a diferencia del derecho civil, procesal o comercial, no derivan su naturaleza del derecho romano, que por siglos ha constituido la pretensión histórica de Occidente (Villey, 1946-47). Se trata de una innovación iniciada por los glosadores y teólogos a partir del siglo XII, que entendió al individuo como un portador de derechos innatos. Sobre la base de las ideas de los glosadores, cuya raíz era fundamentalmente teológica, se construirán una serie de teorías de derechos naturales que alcanzarán un importante desarrollo a finales del siglo XVI con la segunda escolástica española y, posteriormente, con los trabajos de Hugo Grocio (1583-1645). Naturalmente, explicar el alcance de estas teorías sobrepasa los alcances del presente trabajo. Sin embargo, establecer la naturaleza de los derechos subjetivos en la doctrina constitucional peruana, significa señalar sus vínculos con

la escuela de derecho natural y el pensamiento británico e ilustrado de los siglos XVII-XVIII.

8.

Thomas Hobbes (1588-1679), un asesor político y filósofo, utilizó en sus escritos –cuya influencia en el pensamiento liberal es ocioso mencionar– la idea de derecho natural que había rescatado Grocio, para quien existía un mutuo reconocimiento de derechos básicos que poseía cada persona, como el derecho de legítima defensa o el derecho a adquirir lo necesario para la vida. Esta idea fue utilizada por Hobbes para fundamentar la existencia de un “estado natural”, un estado en el cual cada individuo tenía un derecho absoluto para decidir sobre aquello relevante a su existencia. Para Hobbes, la formación de la *civitas*, es decir, de la unidad política, implicaba la transferencia de este derecho absoluto para decidir, a una persona o a una asamblea soberana (Hobbes, [1651] 1996: 2.17, 120-121). El propósito de esta subordinación contractual de los miembros de la sociedad era la certeza de que una delegación de esta naturaleza, por más absoluta que fuese, ofrecía una mejor protección a la vida y bienes de los individuos.

En el mismo sentido, John Locke (1632-1704), un filósofo y profesor de retórica, sostuvo la existencia de derechos dentro de un estado natural al que llama sociedad pre-civil. Para Locke, el hombre “tiene por naturaleza un poder no sólo para conservar su propiedad, esto es, su vida, su libertad y sus bienes... sino para juzgar y castigar las faltas que a esa ley [natural] hagan otros, tal y como esté persuadido que la ofensa lo requiera... en [aquellos] crímenes donde la gravedad del hecho, en su opinión, lo requiera”. Se trata de una idea de derecho subjetivo más depurada que la de

Universidad de Lima, 1998, pp. 55 y ss.; BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung-Ciedla, 1996, pp. 81 y ss.; RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco. *Constitución de 1993. Lectura y comentario*, 4a. edición. Lima: s.e., 1997, pp. 18 y ss.; RUIZ ELDREDGE, Alberto. *La Constitución y la vida*. Lima: Editorial Moreno, 1996, pp. 11 y ss.; OTÁROLA, Alberto. *La Constitución explicada*. Lima: Constitución y Sociedad, 1997, pp. 25 y ss.

Hobbes, pues las personas en el estado pre-civil no sólo poseían un derecho natural a castigar o a penar a sus congéneres, sino que la transferencia de estos derechos hacia una sociedad civil era una transferencia provisional. La sociedad civil tenía, en consecuencia, una naturaleza fiduciaria (Locke, [1689] 1993: 2.87; 2.135).

Estos aportes a la teoría del derecho natural fueron reconocidos por contemporáneos como Jean Barbeyrac (1674-1744), un teórico del derecho francés, quien afirmó que si bien la moderna escuela de derecho natural había sido fundada por Grocio, Locke había tenido "el honor de completar su reconstrucción teórica". Pese a esto, puede decirse que el logro más importante de Locke en su tiempo fue utilizar los derechos naturales con fines políticos. En ese sentido, utilizaría el lenguaje del derecho natural para oponerse a la reintroducción de las ideas de sir Robert Filmer (1588-1653), un político, para sustentar la monarquía de los Estuardo (Tully, 1980: 6-7). Filmer fundaba la soberanía en el derecho que Dios había dado a Adán y que a través de éste había pasado a sus sucesores patriarcales para gobernar; es decir, se trataba de una teoría fundada en un derecho absoluto, inmutable y natural que procedía de la divinidad. Locke comprendió que si quería ganar la batalla ideológica de la crisis política de 1679-1688 y evitar el retorno del católico Jacobo II (r. 1685-88), debía construir un argumento con base en variables igualmente absolutas, inmutables y naturales para sustentar la soberanía popular. La herramienta para ello fue el derecho natural y esto, en parte, explica por qué el *Second Treatise* articula lo que parece una teoría de derecho natural, o más bien de un derecho natural inmutable (Huyler, 1995: 122).

9.

¿Cuál fue el impacto de la idea de este derecho natural inmutable, como base de la legitimidad política concebida por Locke? En primer lugar —e igual que en el caso de la revolución británica de 1688—, permitió articular en términos políticos la independencia de los colonos norteamericanos en 1776. Para James Madison (1750-1836), cuarto presidente de los Estados Unidos, las raíces de los derechos de los colonos se encontraban en las venerables leyes de la naturaleza. En un discurso a la Asamblea General de Virginia, en 1785, Madison sostuvo que derechos como la libertad religiosa eran "inalienables" y por encima de las sociedades civiles (Huyler, 1995: 263). En ese mismo sentido, Richard Henry Lee (1732-1794), un estadista, sostuvo que la declaración de independencia norteamericana copiaba los principios de los *Two Treatises of Government* de Locke. Por su lado, Thomas Jefferson (1743-1826), un diplomático y fundador de la nueva república, no vio ningún motivo en negarlo. Jefferson estuvo convencido de que en el caso norteamericano no fue necesario "inventar nuevas ideas", pues toda la autoridad de la declaración se basaba en "los armoniosos pensamientos del día" o "en los libros elementales de derecho público, como Aristóteles, Cicerón, Locke..." (Becker, 1942: 25-26).

En segundo lugar, Locke dejaría el camino abierto para transformar los derechos subjetivos en derechos universales. Ochenta y cinco años antes de que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se redactara, John Tutchin (¿1661?-1707), un autor de panfletos políticos, afirmaba que los derechos del pueblo inglés ganados en la revolución de 1688 eran los mismos que los derechos naturales del hombre. Esto lo llevaría a afirmar

que "como toda la humanidad tiene *ab origine* los mismos derechos que los ingleses: entonces deben tener el mismo tipo de rey que nosotros: deben tener la misma clase de derecho que tenemos ahora en Inglaterra" (Thompson, 1994: 86). Luego de la Revolución Francesa, la relación entre los derechos universales que ésta consagró en sus declaraciones y el derecho subjetivo de Locke fue criticada por personalidades como Samuel Harsley, un obispo anglicano, quien alertaba de la "poco santa" alianza entre la doctrina de Locke, los disidentes protestantes y los jacobinos franceses. Harsley enfatizaba que detrás de las "máximas infernales" responsables del asesinato de Luis XVI (r. 1774-1792) estaba la doctrina británica del siglo XVII (Kramnick, 1990: 186).

10.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, producto de la revolución del mismo año, es la culminación de la idea de derechos subjetivos como se desarrolló en el siglo XVII británico. Lo propio de estos derechos, como se ha dicho, es su carácter universal. Se consideran válidos en todos los pueblos, en todos los lugares y en todos los tiempos. Tal fue su importancia para los revolucionarios de 1789, que convirtieron la finalidad de toda asociación política precisamente en la conservación de estos "derechos naturales e imprescriptibles del hombre".

Este carácter fundacional que adquieren los derechos subjetivos permitió su absoluta precedencia sobre cualquier ley o norma ordinaria de derecho positivo. Es decir, puede hablarse de una suerte de "soldadura metafísica" entre estos derechos y el Estado representado por sus leyes. Y, como consecuencia, se inicia la

tendencia moderna a convertir el sistema jurídico en un sistema cerrado de leyes positivas; en un "imperio de la ley" (García de Enterría, 1994: 81). La estrecha vinculación entre derechos subjetivos y ley positiva ha tenido al menos dos consecuencias. La primera es haber convertido a los derechos subjetivos en una suerte de concesión, bien sea del Estado o bien de organismos supranacionales (Lucas Verdú, 1975: 85). Esta aparente paradoja explica, no obstante, por qué la historia de los derechos humanos es fundamentalmente la historia de sus declaraciones de derechos. En segundo lugar, permitió conceptualizar la ley positiva como un mecanismo de cambio y de creación de bienestar. Es en este contexto que deben entenderse, por ejemplo, constituciones como la francesa de 1848, cuando formula derechos a la asistencia social o al trabajo. Igualmente están los llamados "derechos sociales", como el derecho a la existencia digna, a las obligaciones sociales de la propiedad, a la vivienda salubre, al patrimonio familiar, a la protección de la mano de obra y los seguros sociales, a los incorporados en la Constitución de Weimar de 1919.

11.

Entre los muchos dilemas que plantea el carácter universal de los derechos humanos, uno de los centrales es su pretendida naturaleza absoluta. Es decir, son derechos universales porque se sostienen en la existencia de la razón universal, común a todos y a cada uno de los hombres. Sin embargo, en los sistemas jurídicos que tomaron la razón como base no se produjo una "desagregación de particularidades, sino una nueva totalización más compleja que cualquiera anterior" al asentarse precisamente en la razón universal. Como consecuencia, muchas veces, siste-

mas basados en otras tradiciones o "razones", eran descartados por oponerse a la pretendida universalidad (Trazegnies, 1994: 200).

Es sólo recientemente que se plantea el problema de compatibilidad entre el fin deontológico de los derechos humanos y la peculiaridad de las sociedades humanas⁸. En este contexto, sin embargo, debe entenderse en el Perú la vocación de la Defensoría del Pueblo de constituirse en "la voz de los sin voz"; un esfuerzo por brindar protección prioritaria a los más débiles, a quienes tienen menos oportunidades y son los menos favorecidos en la vida (Santistevan, 1997: 19; Defensoría del Pueblo, 1998: 19). Como resultado, la Defensoría del Pueblo ha establecido grupos especiales de atención a las víctimas de la violencia terrorista, mujeres, comunidades nativas, niños y jubilados. Al mismo tiempo, puede decirse que el funcionamiento diario de la institución se ha centrado en las necesidades de los más pobres. En ese sentido, casi la mitad del total de quejas recibidas en el período 1997-2000 se refieren a asuntos relacionados directamente con situaciones de carácter económico-social y ligadas a situaciones de pobreza y pocos recursos: pensiones, servicios públicos, salud, educación (Defensoría del Pueblo, 1998, 1999, 2000).

Si "objetivizar" los derechos humanos desnaturaliza su carácter universal, es una pregunta que debe responderse en otro trabajo. Lo cierto es que los grupos especiales de atención han permitido materializar los deberes tutelares del defensor del pueblo de modo más efectivo y razonable. Y este hecho, en sí mismo, importa mucho más que pomposas declaraciones.

8 Pueden verse, por ejemplo, Trazegnies (1994), Bellamy (2000) y Hastrup (ed.) (2001).

Bibliografía

ANDERSON, Benedict

Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, edición revisada. London: Verso, 1999.

ANDERSON, Stanley V.

Ombudsman Papers: American Experience and Proposals. Berkeley: Institute of Governmental Studies, 1969.

BECKER, Carl

The Declaration of Independence: A Study in the History of Political Ideas. New York: Vintage, 1942.

BELLAMY, Richard

Rethinking Liberalism. New York: Pinter, 2000.

BEXELIUS, Alfred

"El ombudsman de asuntos civiles", en ROWAT, Donald (ed.), *El ombudsman: el defensor del ciudadano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BRAVO LIRA, Bernardino

Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo. Santiago: Jurídica de Chile, 1989.

BRICEÑO, Gustavo

Un ombudsman para la democracia. Medellín: CIEDLA et al, 1995.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Institucionalidad democrática y ética: tareas pendientes. Tercer informe del defensor del pueblo al Congreso de la República, 1999-2000. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000.

D'ORS, Alvaro

"Doce proposiciones sobre el poder", en *Ensayos de teoría política*. Pamplona: Eunsa, 1979.

- *Primer informe del defensor del pueblo al Congreso de la República, 1996-1998*. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998.
- *Transparencia, responsabilidad y buen gobierno: segundo informe del defensor del pueblo al Congreso de la República, 1998-1999*. Lima: Defensoría del Pueblo, 1999.
- ELCOCK, Howard
"Making Bricks without Straw: The Polish Ombudsman and the Transition to Democracy", en HAWKE, Neil (ed.), *The Ombudsman: Twenty-Five Years On*. Montfort University Law Monographs 1. London: Cavendish, 1993.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor
El defensor del pueblo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo
"Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979". *Derecho* 35. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1981, pp. 65-82.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo
La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Universidad, 1994.
- GARCÍA TOMA, Víctor
Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. 2 Vols. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998.
- HASTRUP, Kirsten
Legal Cultures and Human Rights: The Challenge of Diversity. The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- HOBBS, Thomas
Leviathan (Richard Tuck, ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1996 [1651].
- HUYLER, Jerome
Locke in America: The Moral Philosophy of the Founding Era. Lawrence: University Press of Kansas, 1995.
- KELLY, [John] M[aurice]
A Short History of Western Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- KRAMNICK, Isaac
Republicanism and Bourgeois Radicalism: Political Ideology in Late Eighteenth Century England and America. Ithaca: Cornell University Press, 1990.
- LOCKE, John
Two Treatises of Government (Mark Goldie ed.). London: Everyman, 1993 [1689].
- MOORE, Mark H.
Creating Public Value: Strategic Management in Government. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- NEWMAN, Frank. C.
"Ombudsmen and Human Rights: The New U.N. Treaty Proposals". *University of Chicago Law Review* 34, 1967, pp. 951-962.
- ROBERTS, Michael
The Age of Liberty: Sweden, 1719-1772. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- RUDHOLM, Sten
"El canciller de justicia", en ROWAT, Donald (ed.), *El ombudsman: el defensor del ciudadano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

"Defensoría del Pueblo en el Perú", en *Defensoría del Pueblo: la fortaleza de la persuasión*. Lima: Defensoría del Pueblo, 1997.

THOMPSON, Martyn

"Locke's contract in context", en BOUCHER, David y Paul KELLY (eds.), *The Social Contract from Hobbes to Rawls*. London: Routledge, 1994.

TRAZEGNIES, Fernando de

"Postmodernidad y pluralismo jurídico", en SOBREVILLA, David y Pedro BELAUNDE (eds.), *¿Qué modernidad deseamos? El conflicto entre nuestra tradición y lo nuevo*. Lima: Epígrafe, 1994.

TULLY, James

A Discourse on Property: John Locke and his Adversaries. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

LUCAS VERDÚ, Pablo

La lucha por el Estado de Derecho. Bolonia: Real Colegio de España, 1975.

VILLARÁN, Manuel Vicente

Lecciones de derecho constitucional (Domingo García Belaunde, ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

VILLEY, Michel

"L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romaines". *Revue historique de droit française et étranger* 24-25, 4a. ser., 1946-1947, pp. 201-277.