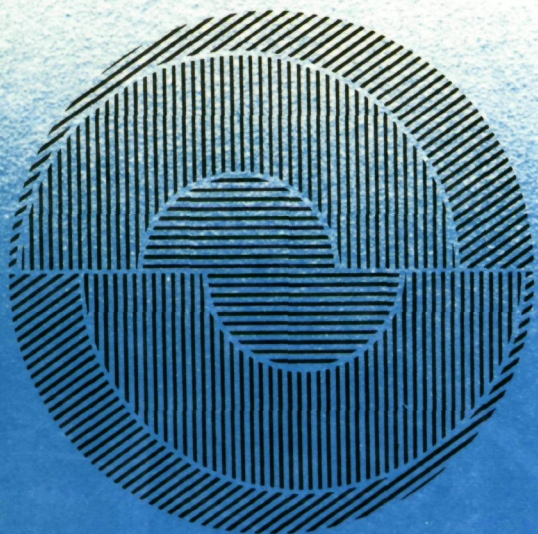


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1986

ANO 23 • NÚMERO 92

A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO
Professor das Faculdades de Direito da UFRJ
e da PUC

SUMARIO

1. *Introdução. Razão de ser do tema*
2. *Pressuposto metodológico. O direito como sistema*
3. *Os princípios gerais do sistema jurídico*
4. *Sistema econômico e sistema jurídico*
5. *O princípio da liberdade de iniciativa econômica*
6. *A natureza jurídica do princípio da liberdade de iniciativa econômica*
7. *As garantias constitucionais da liberdade de iniciativa econômica*

1. *Introdução. Razão de ser do tema*

A finalidade deste ensaio é desenvolver uma reflexão crítico-jurídica acerca de um dos mais importantes princípios de ordem econômica e social inserido em nossa Constituição (¹), o princípio da liberdade de iniciativa econômica, precisando-lhe o fundamento, a natureza, a eficácia e a garantia constitucional de que dispõe.

(1) Ordem econômica e social é um conjunto de princípios, normas e institutos que disciplinam a organização econômica dos particulares e do Estado. Caracteriza-se pela natureza imperativa de suas normas e pela função de estabelecer limites à autonomia privada, à propriedade, e à presença do Estado na economia. Na Constituição brasileira é objeto do Título III, arts. 160 a 174. Cf. JACQUES GHESTIN, *Les obligations. Le contrat*, Paris, 1980, n.ºs 93 e segs.; GERARD FARJART, *Droit Economique*, Paris, 1982, pp. 49 e segs.; WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Direito Econômico*, S. Paulo, 1980, p. 182; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Econômico*, Coimbra, 1984, pp. 28 e segs.; VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição*, Coimbra, 1979, p. 77.

Justifica-se o tema pela importância de que se tem revestido nos sistemas econômico, político e jurídico das sociedades moderna e contemporânea. Sobre ser uma presença constante nos principais códigos de direito privado (2), através da autonomia privada, de que a liberdade contratual é a maior expressão, razões de ordem político-econômica demonstram-lhe a necessidade de estudo e disciplina jurídica. Entre as primeiras, a constatação de um renascer das idéias liberais, paralelamente à crítica, para não dizer combate, à intervenção desmedida do Estado no campo das atividades econômicas (3). Atesta-se o fim do WELFARE STATE, do Estado-Providência de KEYNES. Nos Estados Unidos processa-se a DESREGULATION, o recuo do Estado na organização da economia. Supera-se a dicotomia dialética capitalismo-socialismo com o advento da sociedade liberal e social (4). Defende-se, finalmente, a economia de mercado, não absoluta como nos primórdios do capitalismo, mas disciplinada pelo Estado no necessário e indispensável para garantir a concorrência e impedir o desaparecimento do próprio mercado pela concentração capitalista.

No campo jurídico, outras razões, não menos importantes, se fazem ouvir. A liberdade de iniciativa econômica é o substrato de uma nova realidade econômica, a empresa, que se projeta, em diversos ângulos, no sistema jurídico e que, no caso brasileiro, tem sido considerada um dos suportes fundamentais do nosso processo de desenvolvimento (5). Por outro lado, no campo específico do direito civil, a proteção constitucional da liberdade de iniciativa econômica pode significar igual proteção da autonomia privada e da liberdade contratual, o que significa importante instrumento de garantia e defesa do consumidor, inegavelmente a parte fraca na sistemática hodierna dos contratos de adesão, hoje moeda corrente no comércio jurídico, como decorrência da produção e distribuição em massa (6).

2. Pressuposto Metodológico. O direito como sistema

A abordagem do tema escolhido tem, como pressuposto metodológico, a consideração do direito como um sistema.

(2) Código Civil francês, art. 1.134; Código Civil alemão, art. 145; Código Civil italiano, art. 1.322; Código Civil português, art. 405, 1.

(3) FARJART, *op. cit.*, p. 398.

(4) RALF DAHRENDORF, *Sociedade e Liberdade*, Brasília, 1981, p. 269.

(5) Constituição da República Federativa do Brasil, art. 170. As Leis de n.º 4.728, de 14-7-65 (Lei do Mercado de Capitais), n.º 4.596, de 31-12-64. (Lei sobre as Instituições Financeiras) e a de n.º 6.404, de 15-12-76 (Lei das Sociedades por Ações), entre outros diplomas, têm por objetivo, imediato ou mediato, fortalecer a empresa como elemento fundamental do desenvolvimento econômico.

(6) GHESTIN, *op. cit.* n.º 36.

A noção do sistema, como instrumento e método de estudo, permite que o fenômeno jurídico, à semelhança do que vem sendo feito no âmbito das demais ciências sociais, seja apreciado como um conjunto harmônico, unitário e coerente de normas jurídicas, constituído em função de valores e princípios emergentes da realidade social em que o próprio sistema se insere e do qual jamais pode ser desvinculado (7), sob pena de se tornar incompreensível ou, quando muito, perceptível apenas no seu aspecto formal.

O direito como sistema vem, assim, a caracterizar-se não só pela coerência de suas normas quanto pela sua própria dedutibilidade, isto é, o encadeamento e a subordinação de seus elementos em função de sua generalidade e abstração. Todavia, mais do que um sistema dedutivo, deve o direito apresentar-se como um todo lógico e coerente, integrado por normas não contraditórias entre si e não contraditórias nas suas relações externas com o sistema social em que se insere.

Ora, uma das vantagens imediatas da concepção do direito como sistema é permitir uma visão globalizante e compreensiva do fenômeno jurídico, não só como unidade mas também na relação dialética entre seus componentes estruturais e, ainda, entre o próprio sistema jurídico e os demais sistemas componentes do universo social, como o político e o econômico. Permite-se, desse modo, ao interpretar o direito, partir da realidade social, levando-se em conta as relações econômicas e o funcionamento geral das instituições em uma visão interdisciplinar. É o mundo exterior, o mundo social, que dá vida ao sistema jurídico pelo que, qualquer estudo que não o considere somente no aspecto formal, há de considerar não só as estruturas normativas em si, mas também os valores que as determinam e a própria ação exercida pelo direito no meio social (8).

Compõe-se o sistema jurídico de vários elementos, dentre os quais, para nós os mais importantes, os valores e as normas de comportamento e de organização que os realizam. As normas são, assim, do ponto de vista material, a projeção e o instrumento de realização dos valores fundamentais do sistema, sobre os quais esse fundamenta sua própria legitimidade.

(7) PAUL ORIANNE, *Introduction au Système Juridique*, Bruxelles, 1982, p. 22.

(8) LAWRENCE M. FRIEDMAN, *Il Sistema Giuridico nella Prospettiva delle Scienze Sociali*, Bologna, 1978, p. 36.

Entre os valores fundamentais destacam-se a liberdade, a igualdade e o bem comum, que não devem considerar-se de per si, mas em relação com os demais. A liberdade não é possível sem a igualdade e sem a solidariedade ou bem comum (9). E sobre esses valores levantam-se, como cristalizações emanadas da atividade jurisprudencial, os princípios gerais do direito.

3. Os princípios gerais no sistema jurídico

Princípios gerais do direito são idéias jurídicas fundamentais que justificam o caráter racional de todos os ordenamentos (10) e que têm eficácia independentemente da lei. Não se inferem indutivamente da lei nem dedutivamente de um sistema de direito natural. Nascem da própria natureza das coisas e das instituições, significa dizer, emergem das próprias relações humanas (11). Sua importância é crescente no âmbito da ciência jurídica, pelas modificações profundas que os sistemas de direito vêm sofrendo com o advento da sociedade pós-industrial, o que torna conveniente, se não imperioso, um processo de renovação das velhas ordens jurídicas com observância de princípios representativos dos valores fundamentais que presidem a essa mesma mudança. São, por isso, idéias jurídicas gerais que permitem considerar conveniente ou bem fundado certo ordenamento legal, pela sua correspondência com valores jurídicos reconhecidos (12). Não são axiomas de que se possam deduzir normas ou sistemas, nem normas suscetíveis de aplicação imediata a casos individuais (13). Uma de suas características, aliás, é não se referirem concretamente a hipóteses de fato, no que se distinguem das normas jurídicas em geral.

É por isso que se diz serem os princípios gerais do direito manifestações de critérios de conduta com transcendência social, que se impõem por sua própria força persuasiva sem referência a pressupostos conceitos de sua aplicação (14). Não se confundindo com os tradicionais axiomas ou aforismos (15), como as conhecidas

(9) ORIANNE, *op. cit.*, p. 65.

(10) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1981, p. 219; KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução portuguesa. Lisboa, 1978, pp. 163, 168; JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der Rechtlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1984, p. 11.

(11) LARENZ, *loc. cit.*

(12) LARENZ, *op. cit.*, p. 569.

(13) LARENZ, *op. cit.*, p. 570.

(14) ESSER, p. 66.

(15) Cf. JAIME MANS PUIGARNAU, *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, 1979.

máximas jurídicas extraídas do *Digesto*, as quais correspondem a fragmentos de jurisprudência ou de doutrina do direito romano, apresentados de forma concisa e de fácil retentiva, os princípios gerais baseiam-se nos mesmos valores do sistema jurídico e exprimem a mesma ideologia social que presidiu à formação desse (16). Independentemente da controvérsia filosófica quanto à sua natureza, em que se defrontam as concepções jusnaturalísticas, para quem os princípios formam parte de um sistema superior ou ideal, com as positivísticas ou históricas, segundo as quais os mesmos princípios estão integrados no sistema, resultando de sucessivas abstrações do “conjunto das normas particulares”, os princípios não são normas, mas sim “orientações e ideais de política legislativa”, “critérios diretivos para a interpretação ou critérios programáticos para o progresso da legislação” (17). Para outros, os princípios gerais são verdadeiras normas apresentando-se como 1) normas gerais, no sentido de que valem para uma inteira matéria ou um ramo do direito; 2) normas fundamentais ou normas-base do sistema, as suas traves mestras; 3) normas diretoras ou princípios-guia, princípios cardeais, indicando uma orientação ético-política em que um determinado sistema se inspira, caracterizando-o ideologicamente; 4) normas indefinidas, comportando uma série de aplicações; 5) normas indiretas, precisando de outras para atuar, isto é, cuja função consiste em determinar o conteúdo de outras normas (18).

Quanto à sua função, os princípios gerais do direito constituem-se em critérios valorativos obrigatórios para a interpretação e compreensão do sistema jurídico (19). Podem classificar-se conforme tenham função interpretativa, integrativa ou direta (própria dos princípios programáticos da Constituição), que devem inspirar e orientar o legislador ordinário em sua obra, e, de modo geral, todos os órgãos inferiores de produção jurídica, ou tenham função limitativa (20).

De modo geral, podemos considerar os princípios gerais do direito como princípios que explicam, sistematizam e ordenam uma série de regras particulares afins, em razão de sua natureza, de

(16) VILLAR PALASI, *La Interpretación y los Apotegmas Jurídicos-Lógicos*, Madrid, 1975, pp. 129/130.

(17) EMILIO BETTI, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, Milano, 1949, pp. 205-212.

(18) NORBERTO BOBBIO, “Principi generali di diritto”, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1957, p. 891.

(19) LARENZ, *op. cit.*, p. 168.

(20) BOBBIO, *op. cit.*, p. 896.

seu objeto e de sua finalidade (21). Embora sua existência, como parte do direito, não seja contestada, as condições em que aparecem não permitem, ainda, identificar, de modo claro, o que constitui seu objeto próprio.

Não obstante os princípios jurídicos sejam, de regra, simples idéias diretoras, sem possibilidade de subsunção, reconhecem-se princípios cristalizados em normas jurídicas, chamados "princípios com a forma de proposições jurídicas" (22). Em contraposição a esses, haveria outros que, sem o caráter de norma, mas com a função orientadora ou esclarecedora, poderíamos chamar de "princípios abertos". Exemplo de princípio com forma de proposição jurídica é o da liberdade de iniciativa econômica, explicitado no art. 160, I, da nossa Constituição, a que lhe corresponde, como princípio aberto, o da autonomia privada (23). Tanto uns como outros integram-se no sistema de direito positivo (24).

Se nos ativermos à função dos princípios gerais do direito, como critério de sua classificação, deixando de lado o critério da origem, constataremos que, "no interior de uma ordem jurídica, certas partículas jurídicas elementares são mais importantes que outras (25), que o perfil estrutural das ordens jurídicas é determinado por algumas dentre elas, cuja posição é central, cuja influência repercute sobre toda ordem jurídica. Esta posição dominante afirma-se no conjunto da ordem jurídica ou sobre uma parte das suas instituições e partículas. Sua importância não é mais limitada, marginal e subordinada, mas geral, central e determinante" (26).

Os princípios podem reunir-se em três grupos fundamentais. O primeiro, formado por normas jurídicas primárias, de origem puramente ideológica ou doutrinária, que fixam os fundamentos das relações jurídicas. O segundo, formado pelas regras que presidem à constituição do Estado e de outras instituições, como as pertinentes à constituição econômica, à concepção do papel do Estado e aos direitos fundamentais do cidadão; e o terceiro, formado pelas regras pertinentes à técnica jurídica, reunindo a

(21) RENE DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Paris, 1974, n.º 114 e 353.

(22) LARENZ, *op. cit.*, p. 578.

(23) LARENZ, *op. cit.*, p. 577.

(24) LARENZ, *op. cit.*, p. 578.

(25) LÉONTIN - JEAN CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé*, Paris, 1972, I, p. 215.

(26) ORIANNE, *op. cit.*, p. 86. CONSTANTINESCO, *ibidem*.

matéria referente à relação entre a realidade política, econômica e social e o sistema jurídico, a interpretação das leis e do direito, e as noções jurídicas e as categorias jurídicas fundamentais. Entre tais ordens e grupos é evidente a iteração⁽²⁷⁾. Quaisquer que sejam tais princípios, seu campo de atuação é balizado por valores fundamentais, princípios axiológicos, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou bem comum. E como manifestação direta do valor da liberdade, o princípio da liberdade de iniciativa econômica.

4. Sistema econômico e sistema jurídico

Entre os diversos sistemas que formam o universo social, juntamente com o sistema de direito, têm especial importância, para a nossa visão compreensiva do fenômeno jurídico, o econômico e o político.

O sistema econômico é um conjunto de estruturas organizado, harmônica e coerentemente, para o fim de ordenar a produção e a distribuição dos recursos necessários à sobrevivência e progresso social⁽²⁸⁾. O modo específico de se organizar tal sistema, de acordo com valores e princípios fundamentais, é que vem a caracterizar os diversos sistemas, como o corporativo, o capitalista, o socialista, o neocapitalista, etc. Quando o sistema se confirma em estruturas normativas de natureza jurídica, política ou econômica, ele toma o aspeto de regime⁽²⁹⁾.

O sistema econômico vem a exprimir, assim, na sua totalidade, a maneira como se relacionam e ajustam as diversas variáveis e componentes estruturais, tudo em sintonia com os critérios políticos e os institutos jurídicos que lhes correspondem e se destinam a dar-lhe eficácia. O sistema econômico pode ser concebido, portanto, como um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais que garantem e realizam o equilíbrio econômico⁽³⁰⁾. Interpenetra-se, por isso, com o sistema político, na medida em que dele precisa para as decisões necessárias ao seu funcionamento e organização. E com o sistema jurídico, em busca do ordenamento necessário à disciplina das atividades econômicas de produção e troca.

O papel do sistema jurídico, ao intervir no sistema econômico, manifesta-se de quatro maneiras: 1) na repartição dos recursos

(27) ORIANNE, *op. cit.*, p. 87.

(28) ORIANNE, *op. cit.*, p. 192.

(29) ORIANNE, *op. cit.*, p. 193.

(30) ORIANNE, *op. cit.*, p. 195.

e do poder econômico; 2) na multiplicação dos valores econômicos; 3) na regulamentação do mercado, e 4) na organização autoritária da economia (31).

No que diz respeito à "repartição dos recursos e do poder econômico", entendendo-se como poder econômico todas as possibilidades de influência sobre outrem no tocante à titularidade e disposição de recursos, tal repartição destina-se a obter, por meio do instrumental jurídico, a racionalização da economia, isto é, uma gestão eficaz dos recursos. Quanto à multiplicação dos valores econômicos, que consiste na criação artificial de valores de troca a partir de um desmembramento fictício dos bens reais, substituindo-se os valores econômicos pelos valores jurídicos, o que é matéria da grande maioria das instituições do direito civil e do direito comercial, em todos os setores da economia contemporânea desenvolve-se um sistema de trocas aceleradas, em que o direito tem uma grande e importante função instrumental, no sentido de colocar à disposição do sistema econômico todos os institutos úteis ao seu bom funcionamento e desenvolvimento, disciplinando, todavia, a atividade econômica com os princípios gerais de ordem axiológica que o orientam.

Quanto à regulamentação do mercado, o sistema econômico utiliza o sistema jurídico para reprimir a ação dos agentes econômicos, condicionando-se aos princípios da igualdade, da liberdade e do bem comum, intervindo, orientando e disciplinando o mercado, de modo a caracterizar, pelo menos nos países industrializados, o que hodiernamente se chama de "economia concertada" (32).

De tudo isso pode-se concluir que o direito fornece ao sistema econômico a estrutura de que ele precisa para funcionar, observando-se, porém, os valores fundamentais da liberdade, da igualdade e do bem-comum, pelo direito e a eficácia, pela economia. "Na medida em que a atividade econômica dá origem a relações sociais específicas, relações de troca, de cooperação, etc., ela fica diretamente subordinada ao direito, cuja intervenção vai-se tornar determinante, seja quando ele a reprime, seja, ao contrário, quando ele procura o quadro necessário a seu desenvolvimento."

5. *O princípio da liberdade de iniciativa econômica*

O princípio da liberdade de iniciativa econômica é o princípio axiológico segundo o qual os particulares têm o poder de criar e desenvolver uma atividade econômica, disciplinando-a juridicamente conforme seus interesses.

(31) ORIANNE, *op. cit.*, p. 195.

(32) ORIANNE, *op. cit.*, p. 200, et alii.

Sua história prende-se à evolução do direito de propriedade, com o qual sempre se apresentou de modo distinto até que, por força de razões econômicas, dele se destacou e autonomizou⁽³³⁾. Tal fratura ocorreu com o desenvolvimento do comércio, das feiras e das cidades mercantis da idade medieval e moderna. A atividade econômica passou a considerar-se como separada da propriedade, configurando-se dois núcleos autônomos no sistema da economia de então: 1) a propriedade, como simples direito subjetivo, embora dos mais importantes, pelas faculdades insertas no seu conteúdo, e por ser considerado, de modo absoluto, como atributo essencial da pessoa humana⁽³⁴⁾; 2) a liberdade de iniciativa, como outro núcleo, poder da burguesia, dos empresários, dos particulares enfim, de desenvolverem uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou serviços⁽³⁵⁾. É por isso que a noção de empresa exprime a de atividade econômica, que pressupõe liberdade, isto é, liberdade dos particulares de utilizarem recursos materiais e humanos na organização de sua atividade produtiva, liberdade, enfim, dos particulares de decidirem o que, quando e como produzir.

A liberdade de iniciativa econômica é um *quid pluris*. Não se reduz à soma de outras liberdades, não se exaure no exercício do direito de propriedade e do da liberdade contratual. É um poder de utilização de faculdades jurídicas, reconhecido tanto à pessoa natural quanto à jurídica e, neste caso, manifesta-se principalmente na atividade coletiva da empresa, de acordo com o tipo societário escolhido⁽³⁶⁾.

O princípio da liberdade de iniciativa econômica é, por isso, a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista⁽³⁷⁾, apresentando-se como a fonte axiológica da liberdade do cidadão perante o Estado e perante os demais cidadãos⁽³⁸⁾. Com tal princípio inserto no texto constitucional brasileiro, garante a nossa Constituição a permanência do modelo liberal capitalista que tem na empresa o elemento básico e prioritário de seu desenvolvimento.

(33) ANTONIO BALDASSARRE, "Iniziativa economica privata", in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano, 1971, p. 584.

(34) BALDASSARRE, *ibidem*, nota n.º 10.

(35) Código Civil Italiano, art. 2.082. Projeto de Código Civil brasileiro, art. 969.

(36) FRANCESCO GALGANO, "Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici", in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*", Padova, 1977, p. 6.

(37) BRUNO CAVALLO e GIAMPIERO DI PLINIO, *Manuale di Diritto Pubblico dell'Economia*, Milano, 1982, p. 165.

(38) GALGANO, *op. cit.*, p. 7.

Seu fundamento é a liberdade, e sua expressão, no campo específico do direito privado, é a autonomia privada. Tais princípios não são, todavia, coincidentes. A iniciativa privada é conceito, por um lado, mais amplo que o da autonomia privada, enquanto se realiza, além dos negócios jurídicos, também nos atos meramente executivos ou em atividades materiais que não exprimem atuação da autonomia privada, como poder normativo; por outro lado, é conceito mais restrito, porquanto existem negócios jurídicos, e, portanto, atos de autonomia privada, que não entram no âmbito da atividade empresarial⁽³⁹⁾. Qualquer que seja o entendimento sobre tais conceitos, é manifesta a relação instrumental entre o princípio da liberdade de iniciativa econômica e o da autonomia privada, mais explicitamente, da autonomia contratual, expressão jurídica da liberdade dos particulares de organizarem a atividade produtiva, isto é, a liberdade dos particulares de decidir o que, quanto, quando, como e onde produzir⁽⁴⁰⁾.

6. *A natureza jurídica do princípio da liberdade de iniciativa econômica*

A Constituição brasileira insere o princípio da liberdade da iniciativa econômica no seu art. 160, I, na matéria referente à ordem econômica e social.

Tal princípio pode considerar-se, metodologicamente, sob o aspecto da norma jurídica que o exprime, sob o da relação jurídica que pode originar, ou ainda sob o do instituto jurídico que se materializa na conjunção das relações específicas e das normas que as regem nesse particular.

Como norma jurídica, é, essencialmente, norma programática⁽⁴¹⁾. Como tal, dirige-se ao legislador. Mas a matéria não é pacífica. Doutrina mais recente, superando a concepção clássica pela qual as normas programáticas seriam simples indicações ao legislador, reconhece nessas normas "um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição"⁽⁴²⁾, defendendo a aplicação, em sua plenitude, do princípio da efetividade dos direitos fundamentais, isto é, da eficácia de todos os direitos reconhecidos no texto constitucional. Não tem, assim, mais

(39) LUIGI FERRI, *L'Autonomia Privata*, Milano, 1959, p. 427.

(40) GALGANO, *op. cit.*, p. 4.

(41) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, Rio de Janeiro, 1978, p. 28.

(42) J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1983, p. 209.

sentido, a dicotomia, norma atual e norma programática, da Constituição de Weimar (43). Todas as normas são atuais e aplicáveis, pelo que, mesmo reconhecendo-se a natureza programática da norma, devem os juízes aplicá-las diretamente, assim como acolher a arguição de sua inconstitucionalidade, se for o caso. A norma, tanto se dirige ao legislador, como se aplica ao caso concreto, àqueles atos de iniciativa particular, os negócios jurídicos (44). A questão da imediata preceitividade da norma programática relaciona-se, por isso, com o tema da garantia constitucional.

Se considerarmos o princípio da liberdade de iniciativa sob o prisma da relação jurídica, destacaremos o seu conteúdo, os direitos subjetivos que emergem dos atos praticados no exercício do poder contido nesse princípio. Surge, assim, o vínculo de instrumentalidade entre a liberdade de iniciativa e a autonomia privada (45), justificando a assertiva de que a Constituição reconhece, se bem que de modo indireto, não expresso, a autonomia contratual (46). A liberdade contratual é, portanto, o principal equivalente jurídico da liberdade de iniciativa (47). Não é um direito natural, é um direito de liberdade, que dá a marca e a tônica ao regime. A própria taxinomia constitucional é indicativa da natureza desta matéria. Enquanto o artigo 153, no Capítulo IV, do Título II, da nossa Constituição, refere-se aos direitos e garantias individuais, concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, a liberdade de iniciativa encontra-se no Título III, artigo 160, pertinente à matéria econômica. De qualquer modo, é uma liberdade fundamental que se relaciona com as liberdades políticas (48), superando-se a clássica separação entre a liberdade econômica e a política.

Integrando-se no título da Ordem Econômica e Social, que significa o governo público da economia, caracterizado pelo estabelecimento de limites à iniciativa econômica privada, apresenta-se esta como liberdade de atividade empresarial no quadro estabelecido pelo Estado (49). Ora isso influi no conteúdo mesmo da liberdade de iniciativa econômica privada, que é uma pretensão do particular em face do poder público.

(43) CANOTILHO, *op. cit.*, p. 210.

(44) ORLANDO GOMES, *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1983, p. 83.

(45) GALGANO, *op. cit.*, p. 5.

(46) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 83.

(47) ANTONIO LISERRE, *op. cit.*, p. 10.

(48) GALGANO, *op. cit.*, p. 516.

(49) WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Direito Econômico*, S. Paulo, 1980, p. 336.

A liberdade de iniciativa é, em substância, uma liberdade igual às outras que a Constituição assegura. É concebida como liberdade humana⁽⁵⁰⁾, independentemente das limitações de que possa ser destinatária e que visam, além de garantir o respeito aos demais princípios de ordem econômica social⁽⁵¹⁾, a preservação da própria liberdade de iniciativa como pressuposto e característica básica da ideologia capitalista, neoliberal, que a Constituição consagra.

Ora, o poder de agir reconhecido pelo direito, quando se contrapõe a um dever de observância de um comportamento necessário e correspondente a esse poder, nada mais é do que um direito subjetivo, o que reforça a tese do princípio em estudo como relação jurídica.

O direito subjetivo é a possibilidade que a norma atribui a um sujeito, de fazer ou de omitir licitamente algo. Poderíamos também dizer que "o exercício dos direitos subjetivos consiste na exteriorização de uma vontade que se move dentro do marco da faculdade normativa atribuída ao titular daquele⁽⁵²⁾. A vontade do titular exterioriza-se ao formular a pretensão. Se esta se faz valer dentro dos limites da faculdade normativa, essa pretensão é atribuída ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, converte-se em norma deste. O direito subjetivo tem, assim, possibilidades de criação normativa.

Dentre a classificação dos direitos subjetivos, podemos distinguir os direitos de exercício potestativo dos direitos de exercício obrigatório. Os primeiros exprimem o poder de se optar entre realizar ou não a possibilidade de conduta em que o direito consiste. Os segundos são os que exprimem um dever que o titular respectivo está adstrito a cumprir.

Os direitos subjetivos de exercício potestativo são expressão da liberdade como direito, considerando-se a liberdade como a faculdade de executar ou omitir, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei. Fala-se, portanto, de liberdade sempre que a relação com a norma não é de subordinação⁽⁵³⁾. A liberdade é, também, a faculdade que toda pessoa tem de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos⁽⁵⁴⁾. É assim, juridicamente, uma *facultas optandi*, já que consiste no

(50) GALGANO, *op. cit.*, p. 513.

(51) Constituição Brasileira, art. 160, II a VI.

(52) EUGENE BUCHER, *Das Subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, p. 61.

(53) HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1976, p. 197.

(54) EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, México, p. 391.

direito, concebido ao respectivo titular, de optar entre o exercício e o não exercício dela.

A liberdade jurídica, ou liberdade como direito, deve distinguir-se da liberdade da vontade, ou liberdade como poder. Como direito, a liberdade é a possibilidade de fazer ou omitir licitamente algo, isto é, a faculdade de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos. O exercício da liberdade como *direito* implica o da liberdade como *poder* ou, o que é igual, a manifestação exterior do arbítrio de cada um.

Já não se pode afirmar, todavia, como faziam os teóricos do liberalismo, que a liberdade é o fim jurídico supremo, como também não se pode sustentar que o livre jogo das forças econômicas, superada a concepção de que a uma igual liberdade formal corresponde uma igual capacidade real de exercício dos direitos subjetivos, seja um meio idôneo da realização da justiça. Por isso, os princípios da justiça distributiva têm de ser complementados, muitas vezes, pelos da chamada justiça protetiva ⁽⁵⁵⁾.

A liberdade de iniciativa econômica privada, entendida como liberdade contrária ao governo público da economia, não tem mais razão de ser. Ela não é mais que uma liberdade que se exprime em um mundo somente seu, separado do mundo das outras liberdades. Deve ser reconstruída como "liberdade entre as liberdades do cidadão e, principalmente, com a liberdade política".

Quanto à questão da liberdade de iniciativa econômica privada, pode definir-se como direito inviolável, incluindo-se nos "direitos humanos", segundo a tradição jusnaturalista que vem da "Declaração de Direitos" do período revolucionário francês; a liberdade econômica considera-se atributo essencial da pessoa humana, enquanto realização direta da sua capacidade. No curso do último século, porém, verificaram-se, nos ordenamentos jurídicos, modificações que investiram contra os fundamentos históricos e econômicos desta concepção. O desaparecimento das empresas individuais e a presença preponderante de grandes instituições econômicas dotadas de personalidade jurídica puseram em evidência a fratura real entre a iniciativa privada e a pessoa humana, mostrando a insubsistência de uma exigência prática relativa à extensão às pessoas jurídicas das garantias asseguradas à subjetividade humana. Reduziram-se, então, os fundamentos jurídicos que justificavam a recompreensão da propriedade e da iniciativa econômica no conjunto dos valores inerentes à personalidade ⁽⁵⁶⁾. A liberdade de iniciativa não é, portanto, direito da personalidade.

(55) MAYNEZ, *Op. cit.*, p. 197.

(56) BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 582.

De qualquer modo, embora não se queira aqui advogar qualquer funcionalidade nesse princípio, o certo é que a sua importância no contexto econômico-social justifica, e até impõe, as limitações que se estruturam no sistema da ordem econômica e social.

Finalmente, a consideração da matéria, sob o ângulo institucional, levaria ao estudo das normas que se estruturam sobre a referida relação jurídica, disciplinando-lhe a existência, a eficácia, os vínculos que a limitam (57) e a proteção de que dispõe.

7. *As garantias constitucionais da liberdade de iniciativa econômica*

A liberdade de iniciativa surge, no processo histórico, como o poder reconhecido aos particulares para desenvolverem uma atividade econômica.

Como não existem no direito conceitos, categorias e estruturas absolutamente neutras (58), isto é, as normas e os sistemas jurídicos não podem considerar-se exclusivamente sob o ponto de vista técnico, instrumental, é no correspondente modelo econômico e social que se encontram os valores informativos das fórmulas legislativas. A interpretação e o estudo das instituições jurídicas e, neste caso, dos princípios de direito privado insertos na Constituição exigem, portanto, seja considerado o respectivo modelo que lhe serve de suporte ideológico, pois cada sistema jurídico exprime a relação entre ele e a realidade social que o produz.

A interpretação da norma que encerra o princípio da liberdade de iniciativa, com o verificar de sua eficácia e garantia, não pode, portanto, limitar-se ao dado normativo. Exige a compreensão do processo histórico de que esse emerge e, principalmente, dos valores que lhe servem de fundamento. Nessa perspectiva histórica avulta a criação do modelo teórico em que se destaca o princípio da autonomia privada e sua expressão constitucional, a liberdade de iniciativa.

É, assim, na evolução do sistema econômico que se encontra a gênese desse princípio, precisamente na fase em que da propriedade, como direito, se destaca a atividade humana, passando ambas a consistir nas condições básicas de existência do modo de produção capitalista (59). Tal atividade exigia, por sua vez, ampla liberdade

(57) MODESTO CARVALHOSA, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, S. Paulo, 1972, p. 138.

(58) PIETRO BARCELLONA, *Diritto Privato e Processo Economico*, Nápoles, 1980, p. 4.

(59) BARCELLONA, *op. cit.*, p. 51.

de troca, liberdade de mercado (*laissez-faire, laissez-passar*), liberdade de iniciativa econômica. E para melhor permitir a generalização das relações de troca, a ciência jurídica do século XIX realizou a "máxima abstração das figuras jurídicas", criando-se, como resultado do seu maior esforço de abstração, a figura do negócio jurídico, instrumento e forma de expressão dessa liberdade, agora já reconhecida como poder vinculante, como autonomia privada.

Para garantia da construção jurídica correspondente ao modelo econômico do capitalismo e ao político do liberalismo, criou-se o Estado de direito, o Estado liberal, cujos principais postulados eram a separação dos poderes, a limitação do poder político, a dicotomia direito público-direito privado, o primado da lei, com o caráter abstrato e geral das suas normas. Quanto ao poder jurígeno, o Estado atuava por meio de imperativos, comandos, deixando, porém, ao indivíduo ampla esfera de atuação no campo de seus interesses, reconhecendo-lhe o poder de criar normas individuais e concretas por meio do negócio jurídico, principalmente o contrato. Além disso, limitava-se ainda o Estado com o chamado princípio da reserva de lei, pelo qual as restrições aos poderes individuais só poderiam realizar-se através da lei, jamais por meio de atos do Poder Executivo ou dos seus entes administrativos.

O princípio da autonomia privada não ficou expresso nas Constituições nem nos Códigos Civis. Como tal princípio se realizava nas relações jurídicas econômicas, isto é, naqueles vínculos necessários à produção e circulação de bens e serviços (pelo que a autonomia privada não se manifesta nas relações familiares), tecnicamente representados pelas obrigações, mecanismos jurídicos das relações econômicas⁽⁶⁰⁾, era na figura abstrata do negócio jurídico que se encontrava, e se encontra, sua origem e expressão. Nas Constituições o que se reconhecia era e é o princípio da liberdade de iniciativa econômica que, como já referido, é mais amplo, pois compreende também os atos de mera atividade que não são negócios jurídicos. Certo é, todavia, existir manifesta relação de instrumentalidade entre iniciativa econômica e autonomia privada, sendo os atos em que esta se manifesta também expressão do poder de iniciativa econômica.

Consequência imediata dessa colocação é a circunstância de que todos os limites opostos à livre iniciativa se refletem na autonomia contratual, embora a recíproca não seja verdadeira.

Aceita tal colocação histórico-dogmática e seu consequente mecanismo de aplicação das normas jurídicas, o da subsunção, em

(60) PHILLIPPE MALINVAUD, *Les Mécanismes Juridiques des Relations Économiques*, Paris, 1985, p. 2.

que o enquadramento dos fatos sociais na respectiva hipótese de aplicação (*fattispecie, Tatbestand*) leva a determinadas consequências previstas no dispositivo, problema que se constitui em tema central da experiência jurídica (61), e aceito o negócio jurídico como instrumento histórico de composição de interesses opostos (62), ressalta a importância do princípio que lhe é subjacente, o da autonomia privada, inserido, no plano constitucional, no da liberdade de iniciativa (63).

Reveste-se, por isso, de especial importância a garantia constitucional da autonomia privada, mormente quando se verificam os limites crescentes que o Estado intervencionista lhe apõe, pela insuficiência do mercado em resolver seus problemas de desequilíbrio, o que exige do Estado o encargo da disciplina econômica com o fim de implantar a democracia econômica (64). Tal contradição dialética, autonomia privada e intervenção do Estado, constitui, assim, o problema central da organização jurídica das relações econômicas (65).

A expressão garantia constitucional tem dois sentidos. Em acepção mais geral e empírica, significa a existência, no texto da Constituição, de princípio, instituto ou situação subjetiva, o que já significaria, pela estabilidade e certeza, uma proteção de natureza constitucional. Em segunda acepção, mais restrita, significa "todos os mecanismos jurídicos de segurança que o sistema constitucional estabelece para defesa da sua própria existência" (66). Na primeira, é a própria inserção no texto constitucional que consiste na garantia. Na segunda, é a própria Constituição que precisa de ser garantida, é o objeto, não o sujeito da proteção.

Em uma visão mais objetiva do problema, a garantia constitucional é o meio com que se assegura o direito declarado, protegendo a liberdade contra o arbítrio do poder (67), o que, de modo geral, se realiza através da função jurisdicional do Estado.

São elementos lógicos da idéia de garantia: a) a existência de um interesse ou um objetivo a garantir; b) a previsão de um

(61) LISERRE, *op. cit.*, p. 1.

(62) LISERRE, *ibidem*, p. 8.

(63) Com opinião contrária, ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, 1982, p. 196.

(64) LUIGI MENGONI, "Forme giuridiche dell'economia contemporanea", in *Giustizia*, 1962, p. 19.

(65) BARCELONA, *op. cit.*, p. 285.

(66) SERIO GALEOTTI, "Garanzia costituzionale", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, XVIII, 1969, p. 491.

(67) PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1974, p. 348.

perigo; e c) a existência de um mecanismo apto a conceder ao titular a segurança, a certeza de realização do interesse ou objetivo (68).

Quanto ao elemento axiológico, fundamento da garantia constitucional, é a crença em um personalismo ético e democrático, isto é, uma filosofia política baseada no reconhecimento dos valores da pessoa humana e da democracia.

Na verificação dos mecanismos constitucionais de garantia podemos utilizar a mesma metodologia utilizada pela teoria geral na apreciação do fenômeno jurídico, isto é, a análise jurídica sob o ponto de vista da norma, da relação e da instituição, podendo esta, como complexo normativo que é, inserir-se na categoria da norma jurídica.

7.1. *O direito como norma*

7.1.1. *A declaração de inconstitucionalidade*

Se preferirmos enfrentar a questão sob o ângulo da norma jurídica, e indagarmos a espécie de norma que o art. 160, I, da nossa Constituição contém, veremos que se trata de uma norma jurídica programática, a qual, para a doutrina dominante no Brasil, teria por finalidade estabelecer programas de ação, sem gerar direito público subjetivo (69). Tal opção implicaria em reconhecer a necessidade de outra lei que estabelecesse, concretamente, a norma de comportamento. Desse modo, o art. 160, I, conteria apenas uma norma dirigida ao legislador, sem imediata operatividade.

Qual o mecanismo constitucional de garantia tendo por objeto uma lei? A arguição de inconstitucionalidade dessa lei.

Se, todavia, com base na tendência da doutrina mais recente, atenta ao princípio da efetividade, reconhecermos na norma programática um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao das demais normas constitucionais (70), e mais ainda, ser a "positividade das normas programáticas o que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes" (71), reconheceremos a imediata eficácia preceptiva nas normas programáticas. A norma do art. 160, I, seria, assim, uma garantia constitucional da autonomia privada a operar *ex se* nas relações intersubjetivas, o que se conecta,

(68) GALEOTTI, *op. cit.*, p. 493.

(69) ROSAH RUSSOMANO, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1984, p. 38.

(70) CANOTILHO, *op. cit.*, p. 209.

(71) CANOTILHO, *ibidem*.

diretamente, com o reconhecimento da função criadora do juiz na gênese do direito (72). E, nesse caso, da imediata preceptividade do art. 160, I, configurar-se-lam os direitos subjetivos e as pretensões, o que deslocaria o nosso discurso para o item seguinte, o da relação jurídica.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade em si, existem no direito brasileiro duas vias. Uma, reflexo do direito americano, consiste na declaração incidental de inconstitucionalidade, proferida por juiz de qualquer grau de jurisdição, chamado a julgar caso concreto. É o sistema de controle difuso, por via incidental, consagrado na Constituição de 24 de fevereiro de 1891 e na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 (73), vigente até hoje (74).

Outro sistema, de ação direta, por via principal, chamado de controle concentrado, foi instaurado com a Constituição de 1934 (75), inicialmente restrito aos atos praticados no âmbito da competência estadual (76) e, posteriormente, alargado para o conhecimento de qualquer norma legal, da Constituição, lei federal, estadual ou municipal (77). A competência para conhecer da ação direta de declaração de inconstitucionalidade é privativa do Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Procurador-Geral da República. A sentença tem efeito apenas *inter partes*, sendo a competência para suspender a execução geral da norma do Senado Federal.

Concluindo, então, podemos dizer que no Brasil o sistema de controle da constitucionalidade é o jurisdicional, cabendo a qualquer juiz decidir da inconstitucionalidade das leis (78). Pode realizar-se por via incidental, sendo possível, a qualquer interessado, suscitar a questão em qualquer processo e em qualquer juízo. E pode fazer-se por via direta, em casos especiais, mediante representação do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Neste caso, seus efeitos são *inter partes* e *ex tunc* para o caso concreto, e *ex nunc* para a decisão do Senado de suspender a executoriedade da norma (79).

(72) LISERRE, op. cit., pp. 30, 121, 125.

(73) ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "Ação declaratória de inconstitucionalidade" Enciclopédia Saraiva de Direito, II, p. 284.

(74) Código de Processo Civil, art. 480.

(75) Constituição brasileira de 1934, art. 12, § 2.º

(76) JOSÉ LUIZ ANHAYA MELLO, "Ação direta de inconstitucionalidade", Enciclopédia Saraiva de Direito, III, p. 130.

(77) Idem, ibidem.

(78) JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, S. Paulo, 1984, p. 19.

(79) Idem, ibidem.

7.1.2. *A reserva de lei*

O princípio da reserva de lei relaciona-se com o conteúdo das normas constitucionais. Quer nas Constituições de conteúdo mais restrito, quer nas de conteúdo mais extensivo, o poder constituinte, para melhor garantia das matérias que renuncia a regular diretamente, serve-se da chamada reserva de lei, dispondo que somente o Poder Legislativo poderá estatuir a respeito⁽⁸⁰⁾. Quer dizer, a Constituição estabelece precauções vinculantes por si sós, dependendo, porém, de um detalhamento posterior sobre a respectiva execução, de competência do Poder Legislativo. O princípio da reserva de lei significa, portanto, que a regulamentação de certas matérias referidas no texto constitucional há de ser feita, necessariamente, por lei⁽⁸¹⁾. A Constituição reserva à lei formal determinada matéria, subtraindo-a à disciplina de outras fontes⁽⁸²⁾. Envolve, assim, uma questão de competência, pois a reserva legal garante que será o legislador que irá regular a matéria em apreço⁽⁸³⁾.

No caso do art. 163 da nossa Constituição, em que se permite a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, tais medidas, dialeticamente opostas a essa liberdade, só se poderão efetivar mediante lei federal⁽⁸⁴⁾. Existe, aí, um caso de reserva absoluta de lei, pois a Constituição reserva tal matéria à disciplina da lei federal. Exclui-se, portanto, o recurso a uma disciplina legal inferior, sendo preclusa qualquer outra escolha para regular-se tal matéria.

A estatuição da reserva de lei é, conseqüentemente, mais uma garantia constitucional da liberdade de iniciativa econômica e, *ipso facto*, da autonomia privada, o que se coaduna com o caráter suplementar ou subsidiário da atividade empresarial do Estado.

7.2. *O direito como relação. O mandado de segurança*

Se apreciarmos o princípio da liberdade de iniciativa do art. 160, I, da Constituição federal, sob o ângulo da teoria rela-

(80) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1974, p. 267.

(81) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 567

(82) VEZIO CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionali*, II, Padova, 1975, p. 52.

(83) CHRISTIAN STARK, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, Madri, 1979, p. 404.

(84) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 514.

cional, isto é, da relação jurídica, como produto da atuação da liberdade econômica, a questão que se apresenta, e da maior relevância, é a do seu conteúdo, o direito subjetivo.

O mandado de segurança é instituto de direito processual constitucional, inserindo-se no sistema de garantia básico que a função jurisdicional do Estado representa. Quanto à sua natureza jurídica, é uma ação de que dispõem todos aqueles que sofrem lesão em direito subjetivo líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder ⁽⁸⁵⁾.

Seu objetivo é a proteção dos direitos individuais que não sejam os atinentes à liberdade de locomoção. Esses direitos devem configurar-se como líquidos e certos, não permitindo dúvida quanto à sua existência nem quanto à sua configuração. Assim, o direito subjetivo é líquido e certo quando não for contestável, quando não precisar "ser aclarado com o exame de provas em dilações" ⁽⁸⁶⁾. É direito subjetivo material, privado ou público ⁽⁸⁷⁾, compreendendo as expectativas de direito.

Tal medida não cabe se possível a interposição de recurso administrativo com eficácia suspensiva independente de caução, ou se do despacho ou decisão judicial visada se puder interpor recurso processual, ou se for passível de correção, ou quando visar ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

O mandado de segurança é, assim, remédio processual de natureza constitucional posto à disposição do titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão, por ato comissivo ou omissivo de autoridade. Seu fundamento é a ilegalidade que, no caso da liberdade de iniciativa ou de autonomia privada, se manifesta nos atos do Estado ou de seus agentes delegados, que excedam o âmbito de sua atuação subsidiária previsto na Constituição.

No campo das relações jurídicas patrimoniais, o direito subjetivo nasce das manifestações de autonomia privada, expressão e prova da liberdade de iniciativa econômica constitucionalmente consagrada.

(85) Constituição brasileira, art. 153, p. 21.

(86) PONTES DE MIRANDA, apud NAILLÉ RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, "Do mandado de segurança — aspectos históricos e constitucionais", Forum, 1984, p. 100.

(87) LUIZ FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, "Direitos públicos subjetivos e mandado de segurança", *ibidem*, p. 59.

El Ombudsman en América Latina

JORGE LUÍS MAIORANO

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Belgrado, Buenos Aires, Argentina), Profesor Asociado de Derecho Administrativo (Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina). Asesor del Senado de la Nación Argentina. Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrado (Buenos Aires, Argentina). Miembro Mayor de la International Bar Association y de la Interamerican Bar Association.

1. **Introducción:** Este trabajo aspira a reseñar el estado que ofrece la consideración del tema del "ombudsman" o "defensor del pueblo", como se lo denomina castizamente, en los países de América Latina, tanto desde el punto de vista constitucional, legislativo como doctrinario.

La institución, nacida en tierra escandinava a principios del siglo XIX y difundida vertiginosamente desde la segunda mitad de este siglo por todo el mundo, no despertó al mismo tiempo en Latinoamérica un interés similar al que sucitó en otras regiones del planeta.

No obstante ello, en los últimos años diversas iniciativas legislativas así como reuniones internacionales y una proficua labor doctrinaria parecen estar evidenciando que los sistemas jurídicos latinoamericanos están saliendo de aquel letargo, generalmente impuesto por peculiares contingencias políticas.

2. **Los orígenes de la institución:** cabe recordar que corresponde a Suecia el privilegio de haber acunado al primer "ombudsman" allá por 1809 como resultado de la pugna dialéctica que el Parlamento mantenía con el Rey, siendo concebido como un medio de equilibrar las amplias facultades otorgadas al soberano y su Consejo por una Constitución de tipo monárquico. Las funciones que le fueron asignadas por la ley constitucional del 6 de junio de aquel año consistían en "controlar la observancia de las leyes por los tribunales y los funcionarios y demandar ante los tribunales competentes, de acuerdo con las leyes, a aquellos que en el ejercicio de su función hubieren, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, cometido ilegalidades o descuidado el correcto desempeño de los deberes propios de su cargo" (1).

(1) Conf. MAIORANO, Jorge Luis. El ombudsman argentino, ¿defensor del pueblo y de la democracia?, Revista *Ideas en Ciencias Sociales*, año II, número 2, página 107, Buenos Aires, 1986.

El aumento de sus labores de fiscalización determinó, posteriormente, la creación de otro órgano con competencia exclusiva para el ámbito militar. Este nuevo comisionado el ombudsman militar o *militieombudsman* — fue designado en 1915 coexistiendo desde entonces junto al ombudsman encargado del sector civil. Esta división de órganos diversos con funciones paralelas y estatutos propios se mantuvo hasta diciembre de 1967 cuando se produjo la fusión de ambas dependencias.

3. Su difusión universal: durante muchos años la institución nórdica permaneció prácticamente oculta para el resto del mundo quien no reparó en ella sino a partir de la década de 1950. En realidad, su difusión se produjo en dos etapas bien definidas. En la primera, fue otro país escandinavo, Finlandia, quien lo adoptó siguiendo el modelo de su vecino sueco. A partir de allí hubo que esperar que finalizara la Segunda Guerra Mundial para que la figura adquiriera verdadero auge. Comenzaba aquí la segunda etapa durante la cual el ombudsman, con denominaciones no coincidentes ⁽²⁾ pero funciones sustancialmente similares, alcanzó una asombrosa expansión por todo el mundo.

En este proceso de expansión le correspondió a Dinamarca un papel protagónico al haberlo incorporado a su Constitución de 1953 y luego llevar a cabo una enconada labor de difusión. Por otra parte, la experiencia danesa demostraba la posibilidad de adaptar la institución a sistemas jurídicos diversos al sueco. Como ha dicho LEGRAND, "la audacia de los daneses consistió en trasplantar un árbol al que se le hablan cortado las raíces" ⁽³⁾.

Durante 1962 fue adoptado por Noruega y Nueva Zelanda; posteriormente, en 1966, por Guyana; Gran Bretaña (1967); Islá Mauricio (1968); Irlanda del Norte (1969); Israel (1971); Francia (1973); Austria y Portugal (1975); en el continente africano en Ghana, Sudán, Zambia (1973) y Tanzania (1966). En ámbitos territoriales o materiales limitados fue incorporado en Alemania Federal (sólo para el ámbito militar, en 1957); Canadá, en las provincias de Aiberta (1967), New Brunswick (1967), Manitoba (1969), Nueva Escocia (1971), Saskatchewan (1972), Ontario (1975); en los Estados Unidos de Norteamérica en diversos Estados, entre otros, Hawaii (1967), Alaska (1975), Iowa (1972) y Nebraska (1969); en Australia Occidental (1971); Australia Meridional (1972), Victoria (1973), Quensland (1974), Nueva Gales del Sur (1974); en la India ha sido adoptado en los Estado de Bihar (1973), Maharastra (1971) y Rajasthan (1973); en Italia, por su parte,

(2) En Portugal: Proveedor de Justicia; en Francia: Mediador; en Gran Bretaña: Comisionado Parlamentario; en Italia: Defensor Cívico; en España: Defensor del Pueblo; en Israel: Comisario para las quejas.

(3) LEGRAND, André. *L'Ombudsman Scandinave. Études Comparées sur le Contrôle de l'Administration*, página 228, París 1970.

en las regiones de Toscana y Liguria (1974), Campania (1978), Umbría (1979), Lombardía y Lazio (1980), mientras que en Suiza, en la ciudad de Zurich (1971). Últimamente ha sido adoptado en España con la denominación de Defensor del Pueblo (1981) constituyendo éste un valioso antecedente para los esfuerzos que se llevan a cabo en nuestra América Latina hacia su institucionalización.

La nómina transcripta, simplemente enunciativa, trasciende continentes, regiones y sistemas políticos determinados evidenciando ello la vocación universalista de la figura que constituye hoy día un instrumento destacado en la afirmación y reconocimiento de los derechos individuales.

4. Caracterización: definido por la American Assembly en su trigésima segunda sesión llevada a cabo en octubre de 1967 como "un funcionario independiente de alto nivel jerárquico que recibe quejas, efectúa investigaciones dentro de las materias involucradas en aquéllas, y hace recomendaciones para una toma de decisión oportuna" (4) puede configurárselo como un órgano de control de la Administración Pública, de cuño predominantemente parlamentario, destinado a la salvaguardia de los derechos individuales. Su característica peculiar es que carece del tradicional poder de imperium no encontrándose facultado, asimismo, para revocar o anular actos administrativos; su poder es moral, casi pedagógico y su arma fundamental, la publicidad de sus investigaciones.

5. Las razones de su difusión: pero, ¿cuáles han sido las razones que han ocasionado la creciente transcendencia de esta institución de singular importancia en el concierto jurídico internacional? Me adelanto a sostener que esas razones han sido, fundamentalmente, dos: 1) el intervencionismo estatal con su secuela de enfrentamientos entre los dos términos de una relación aparentemente antitética: autoridad y libertad; 2) la insuficiencia de los mecanismos de control tradicional que no llegan a constituir valladar suficiente para frenar los abusos estatales. A continuación analizaré cada una de estas razones.

6. Del Estado individualista liberal al Estado intervencionista social: desde que el hombre decidió constituir esa forma superior de organización llamada Estado — respondiendo así a su natural condición de animal social y político a fin de superar el estado de aislamiento inicial — ha sido una constante no desmentida a través del tiempo la permanente pugna entre la autoridad y la libertad; entre el interés público y el interés privado; entre el Estado y el individuo.

De una concepción liberal del Estado, cuya filosofía era el "dejar hacer, dejar pasar" — y donde se predicaba que "el mejor Estado

(4) *Ombudsman for American Government*, editado por Stanley V. Anderson, Universidad de Columbia, Estados Unidos, 1968.

era el menor Estado", se ha pasado a una concepción social en la cual el moderno Estado de Bienestar no adopta ya la originaria actitud contemplativa y abstencionista sino, por el contrario, una actitud interventora, realmente conformadora de la realidad social.

El Estado policía, guardián, juez, árbitro, fiscal, vigilante y responsable de que la conducta de los agentes de la vida social no perjudicara los derechos de sus semejantes o la buena marcha y funcionamiento del orden público — y que constituyera, como adelanté, el estereotipo paradigmático del pensamiento liberal — se transformó en un Estado regulador, redistribuidor, corrector, orientador y aún, planificador de los objetivos de la actividad social.

Así es hoy un valor entendido que el Estado de nuestros días — auténtico Estado administrativo — adopta universalmente el rol de promotor de las transformaciones sociales que realiza a través de su decisiva participación en la actividad económica, en la industria, en la educación, en la cultura, en el deporte, en la investigación, etc.

Empero, la transformación apuntada no se ha limitado a un mero aspecto cuantitativo; por el contrario, ha importado al mismo tiempo un redimensionamiento cualitativo de los medios y formas de actuación estatal; en este sentido, cabe puntualizar que, para el ejercicio de esos objetivos conformadores de la sociedad, el Estado se ha visto en la necesidad de acrecentar su capacidad de coacción puesto que sin ella no podría realizar muchas de las acciones indispensables para alcanzar los fines propuestos.

Pero en este proceso no todos los órganos estatales han resultado beneficiados por igual; constituye un hecho innegable que la administración Pública — como complejo orgánico inserto en la órbita del Poder Ejecutivo — es la unidad organizativa en la que ha concentrado el Estado la mayor cantidad y calidad de cometidos, funciones e instrumentos limitativos de las libertades individuales.

El fenómeno apuntado ha determinado la necesidad de establecer frenos a este moderno Leviathan a fin de que el ejercicio del Poder no se convierta en arbitrario, ilegítimo y contrario a las altas finalidades que lo justifican ya que, como decía JUAN XXIII en su Encíclica *Pacem in Terris*, el Poder es la facultad de mandar según la razón.

7. La insuficiencia de los tradicionales mecanismos de control: como sostuviera GORDILLO, existe bastante unanimidad en los países desarrollados en el sentido de que la tutela brindada a los administrados frente a la Administración Pública es, en muchos aspectos, insuficiente y no puede ser corregida por un simple mejoramiento o perfeccionamiento de los mecanismos clásicos de control (5).

(5) GORDILLO, Agustín A. *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, página 125, Madrid, 1981.

En momentos en los cuales la actividad administrativa envuelve casi todas las esferas de la vida civil, se ha producido una auténtica estatalización de la sociedad, como señalara PECES BARBA (6); dentro de este marco se generó una ampliación de las zonas de conflicto entre la Administración y los administrados convirtiendo al control de aquélla en una tarea prácticamente inabordable por los instrumentos establecidos por el Estado liberal.

Soslayando diversas clasificaciones de los mecanismos de control — que nos apartarían del tema central de este trabajo —, resulta prudente recordar que las categorías más usuales giran en derredor del control administrativo, del control legislativo y del control judicial.

El primero de ellos, desarrollado en el seno de la propia Administración Pública, se encamina a la verificación de la legitimidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito de la acción administrativa. Se promueve tanto de oficio como a instancia de la parte interesada, debidamente legitimada para ello.

Por su parte, el control legislativo tradicional constituye, principalmente, un control de tipo político por el cual no pueden revocarse ni anularse actos administrativos. Los ordenamientos constitucionales de los diversos países, si bien con diferencias de matices, determinan que él se manifiesta, por ejemplo, a través del acuerdo que presta para la designación de diversos funcionarios; la aprobación o rechazo de los tratados celebrados con las demás naciones; la interpelación a los Ministros y la fijación del presupuesto de gastos y recursos del Estado.

Por último, el control judicial tiene como fin inmediato la tutela de los derechos e intereses individuales, aunque el objetivo supremo sea la conservación del orden y la regularidad de la acción administrativa. Las vías de que disponen los administrados para alcanzar esa protección son las acciones contenciosoadministrativas, la acción o juicio de inconstitucionalidad, la acción o juicio de amparo, el recurso de **habeas corpus** y las acciones judiciales comunes (expropiación, daños y perjuicios, etc.).

Con todo este arsenal jurídico pareciera aventurado expresar la insuficiencia de protección jurídica de los administrados; sin embargo, la existencia del ombudsman en la mayoría de los países desarrollados es prueba más que evidente de la certeza de esa convicción.

En el caso del control administrativo se observa que si bien la revisión de los actos administrativos se extiende no sólo a la legitimidad sino también a la oportunidad, conveniencia o mérito, falta la independencia del órgano responsable del control el cual, además, pone especial hincapié en la legitimidad en desmedro de la oportu-

(6) PECES BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*, página 28. Madrid, 1980.

nidad o conveniencia del acto. Además, para determinadas tramitaciones se requiere patrocinio letrado y el cumplimiento de ciertos recaudos de carácter formal que no resultan excusados por la aplicación del informalismo a favor del administrado. Todos estos factores constituyen aspectos cuestionables y vulnerables del control administrativo.

Por su parte, el control legislativo tradicional — que se desenvuelve principalmente en el plano político partidista — se ve debilitado por la circunstancia de que el titular del Poder Ejecutivo y la mayoría del Parlamento pertenecen a la misma fracción política lo cual dificulta enormemente el normal funcionamiento de los mecanismos de esta naturaleza. Además, este tipo de control no protege directa e inmediatamente al administrado quien adopta, frecuentemente, la actitud de mudo testigo ante el ejercicio de sus diversas modalidades.

Por último, el control judicial — si bien es el más efectivo de todos ya que se realiza mediante órganos imparciales e independientes que tienen a su cargo asegurar el imperio de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia — presenta el inconveniente de que sólo puede referirse a la legitimidad, excluyendo el mérito oportunidad o conveniencia de la actividad administrativa. De esta forma quedan fuera de su ámbito los comportamientos discrecionales de la Administración, los cuales pueden ser más perjudiciales para los intereses de la comunidad que las irregularidades verificadas en la legitimidad de la actividad administrativa. Además, el control judicial está limitado en cuanto a su alcance ya que los órganos jurisdiccionales pueden anular o confirmar el acto cuestionado, pero nunca reformarlo o sustituirlo por otro puesto que en este caso se estaría invadiendo una esfera que es privativa de la Administración, afectándose el principio de la división o separación de los poderes del Estado. Otra dificultad que presenta el control judicial es el prolongado tiempo que demandan las tramitaciones procesales al punto de tornar ilusorias las expectativas de los administrados quienes, además, sufren restricción por el elevado costo que suele acompañar la promoción de acciones judiciales contra el Estado; de hecho esta circunstancia se convierte en un obstáculo insalvable para ciertos sectores de la población de escasos recursos.

Pero donde se manifiesta de manera evidente la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de control administrativo es en aquellas “enormes minucias”, como diría CHESTERTON, insuficientes para promover el control judicial, irrelevantes para el control parlamentario y ajenas al control administrativo. Esas enormes minucias constituyen, dentro de la vida cotidiana del habitante de las grandes ciudades, verdaderos dramas difíciles de superar. Es que frente al poder público que se manifiesta en multitud de hechos, en apariencia nimios

e intrascendentes, al administrado le resulta poco menos que imposible articular defensa alguna que no sean los procedimientos formalistas previstos por la legislación administrativa.

El Poder se transforma así en el "pequeño poder" que esgrimen diestros burócratas que detrás de un escritorio agravian al usuario que acude a una oficina pública por un trámite, el pago de una factura, un sello o un comprobante. Es que este "pequeño poder" es infatigable en su fabricación de pequeñas injusticias. ¿Cómo se quitan esas espinosas molestias? ¿Con cartas de lectores que testimonian un esfuerzo postero por ser oído? ¿Con protestas entre dientes en una sufrida cola de administrados? ¿Con costosos, inacabables y desgastantes pleitos contra la Administración Pública? ¿Con resignación y descreimiento hacia las instituciones cívicas?

De esta forma el ciudadano medio — frente al crecimiento del Estado y la insuficiencia de los medios jurídicos que lo sumen en desamparo — se ha acostumbrado, o para ser más preciso, resignado a vivir con incertidumbre y desconfianza hacia el poder público; es que su más inmediato gestor — la Administración Pública — lo trata con arrogancia, con hosquedad, cuando no con intimidación.

Frente a esa experiencia cotidiana que demuestra que la Administración Pública incurre a diario en comportamientos abusivos, arbitrarios, inoportunos, discriminatorios e ineficientes en perjuicio de los administrados, el ombudsman se ha manifestado, universalmente, como el medio idóneo para defender a ese ser humano desvalido que se ha habituado a ser tratado más bien como súbdito que como ciudadano.

8. La situación en Latinoamérica: los países de América Latina no han permanecido ajenos a las razones que provocaron la difusión del ombudsman. Por el contrario, la condición de países en vías de desarrollo que invisten la mayoría de aquéllos, le asigna al tratamiento de este tema una consideración singular.

Como sostuviera GROS ESPIELL, puede adelantarse que en nuestra América Latina la inexistencia del ombudsman fue el resultado de nuestra herencia jurídica, de una tradición constitucional influída básicamente por los modelos francés, estadounidense y español que ignoraban esta institución y por la presencia de otras más o menos análogas (Fiscal General, Procurador General etc.) que podían considerarse como aptas para cumplir atribuciones del tipo de las que posee el ombudsman (7). A estos obstáculos iniciales, con los que coincido, le agrego la recurrente inestabilidad que afectó las instituciones de muchos países latinoamericanos. No debe olvidarse que la existencia de un sistema democrático constituye una condición *sine qua non* para la admisión de esta figura. Como sostuviera don JOA-

(7) GROS ESPIELL Héctor: ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 3, Buenos Aires, 1985.

QUIN RUIZ GIMÉNEZ, Defensor del Pueblo español, en su esencia el ombudsman es un signo de identidad democrática (8) en la medida que constituye un baluarte de la paz social y un medio de fortalecimiento de la justicia.

La normalización institucional de diversos países latinoamericanos luego de atravesar sucesivos periodos de gobiernos de hecho (Argentina, Brasil, Uruguay, entre otros); la creación de la Defensoría del Pueblo española, así como la tesonera labor de diversas entidades de carácter continental han sido los factores más destacados que provocaron el creciente interés que la figura del ombudsman ha suscitado en los círculos políticos y jurídicos de los países americanos.

A continuación detallaré las principales manifestaciones de este interés, comenzando con las reuniones interamericanas que se han realizado hasta la fecha en Venezuela y Argentina.

8.1. Eventos de carácter continental: un grupo de eminentes juristas se reunió en la ciudad de Caracas, Venezuela, en junio de 1983 sentando las bases del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, organización privada, sin ataduras políticas que se encuentra integrada por ciudadanos de diversos países latinoamericanos que se han impuesto la misión de promover en sus propios países capítulos de dicho Instituto. Actualmente en Venezuela, Costa Rica, Brasil, Chile y Argentina funcionan capítulos de aquél.

La "Declaración de Caracas", nombre que recibió el documento suscripto en esa oportunidad, testimonió el compromiso asumido por los participantes de aquel evento en orden a "contribuir con nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión e implantación de instituciones como la del ombudsman en América Latina de acuerdo a las necesidades y características específicas de cada sociedad..." (9).

Como continuación de ese Primer Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman para la América Latina, se celebró en Buenos Aires, Argentina, el Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, organizado por la Dirección Regional para Latinoamérica del Foro integrante de la International Bar Association. Con la presencia de destacados especialistas de América Latina y la participación especial del Defensor del Pueblo español, se consideraron del 18 al 20 de noviembre de 1985 cuatro diversos temas, a saber: 1) necesidad y conveniencia de adoptar la institución del ombudsman; 2) su compatibilidad con los sistemas constitucionales latinoamericanos; 3) establecimiento de algunas pautas básicas para una legislación uniforme y 4) experiencias similares (protección de los derechos humanos, tutela del consu-

(8) Discurso de apertura del Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 19, Buenos Aires, 1985.

(9) Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, página 210, julio-diciembre, 1985, San José de Costa Rica.

midor, desburocratización, etc.) concretadas o en estudio o proyectos en Latinoamérica.

Con relación al primero de esos temas, se arribó a las siguientes conclusiones: A) "Destacar la necesidad y conveniencia de instituir esta figura sobre la base de la existencia de dos órdenes de razones diversas pero complementarias: 1º — Creciente intervencionismo estatal como resultado del papel protagónico que el Estado se ha reservado en la sociedad contemporánea. Esta actitud interventora y conformadora que él lleva a cabo, se realiza con alarmante frecuencia con menoscabo de los derechos, intereses y garantías de los individuos; 2º — Frente a la transformación apuntada, los remedios jurídicos tradicionales se han manifestado insuficientes para proteger integralmente al individuo aislado y a la sociedad toda contra los abusos estatales. Falencias de diverso carácter que se advierten en aquellos órganos y procedimientos tradicionales atentan contra la plena vigencia de los derechos humanos, no sólo los de carácter cívico y político, sino también los de índole económico. B) A esos fines, el ombudsman o defensor del pueblo se ha manifestado universalmente como un instrumento adecuado para complementar la labor garantística que llevan a cabo los procedimientos tradicionales. En este sentido los integrantes de este grupo destacan que el ombudsman o defensor del pueblo *no debe ser concebido para sustituir los remedios ya existentes*, de los cuales se constituiría en un refuerzo en todos aquellos aspectos que escapan a ellos. C) Y estos aspectos que escapan a estos controles se hallan representados por una multitud de pequeños dramas que padecemos a diario los administrados como resultado de comportamientos abusivos, negligentes, inoportunos, disfuncionales y arbitrarios que llevan a cabo los agentes públicos, en ocasiones en flagrante contradicción con la dignidad humana. D) El ombudsman o defensor del pueblo, como auténtico y cabal rector de los derechos del pueblo según lo ha demostrado la experiencia de los numerosos países que lo han adoptado, puede constituir un importante aporte, en relación dinámica con otros factores, a los efectos del tutelaje y consolidación de la democracia en orden al logro del bien común. E) Están persuadidos que esta institución, sin constituirse en una panacea o remedio mágico, puede extender sus beneficiosos efectos, desde su formulación jurídica hacia otros campos tales como la protección eficiente de aquellos sectores de la población más carenciados, es decir, los de menores recursos, quienes generalmente no sólo se ven impedidos de defender sus facultades jurídicas frente al obrar abusivo de la Administración, sino, lo que es aún más grave, ignoran cuales son las vías para defenderlos..."⁽¹⁰⁾.

8.2. Iniciativas proyectadas: Argentina: como consecuencia del restablecimiento de la democracia en Argentina, tomaron mayor impulso

(10) *Publicación de las conclusiones del Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman*, página 34, Buenos Aires, 1985.

los estudios tendientes a implantar al ombudsman o defensor del pueblo. Ello se manifestó en la celebración de numerosas conferencias, simposios y congresos; la publicación de valiosos trabajos sobre el tema y la presentación de diversos proyectos legislativos. A la fecha una de esas iniciativas, la de los Senadores Menem y Sánchez, cuenta con media sanción del Senado Nacional encontrándose a estudio de la restante Cámara Legislativa, Diputados (11). La Defensoría del Pueblo, según esta iniciativa, se instituye como órgano dependiente del Congreso aunque gozando de autonomía funcional para el control de los actos, hechos u omisiones que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de alterar o dañar los ecosistemas naturales. Todo ello, obviamente, con el objetivo supremo de proteger los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad. Siguiendo, en general, los lineamientos de la legislación española el proyecto argentino más avanzado excluye del ámbito del control al propio Poder Legislativo y al Poder Judicial.

Junto a las iniciativas que esperan concreción, también debe destacarse el establecimiento de la figura del Controlador General Comunal en el ámbito municipal de la Ciudad de Buenos Aires el cual no obstante haber sido instituido en octubre de 1985, todavía no ha sido puesto en funciones (12).

Brasil: este país no ha permanecido ajeno al interés suscitado por la figura. Ya en 1961, por Decreto nº 50.533, se instituyeron en las capitales de los Estados, Subgabinetes de la Presidencia de la República con atribuciones, entre otras, de presentar ante los respectivos órganos de la Administración federal las reclamaciones y pedidos de interés de las poblaciones locales. Antes de ser puesta en práctica, la iniciativa fue revocada por el Decreto nº 51.333 del 8 de septiembre de 1961. En 1977 la Comisión de Valores Mobiliarios, dependiente del Ministerio de Hacienda, creó un cargo de ombudsman que no llegó a cubrirse (13).

Entre los principales proyectos normativos se encuentra la propuesta de enmienda constitucional, cuyo autor fuera el diputado Mendonça Neto, aprobada por una Comisión Mixta del Congreso Nacional, por la cual se creaba en la Administración Federal la Procuraduría General del Pueblo destinada a fiscalizar los actos del Poder Ejecutivo, investigar las violaciones a la ley y preservar los derechos fundamentales del ciudadano (14). En el mismo año, el Diputado José Costa

(11) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación Argentina, sesiones de los días 22 y 28 de agosto de 1985.

(12) Ordenanza Municipal n.º 40.831, sancionada el 17 de octubre de 1985.

(13) BARROSO LEITE, Celso; ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 6, Buenos Aires, noviembre de 1985.

(14) BARROSO LEITE, ob. citada, página 6, Buenos Aires, noviembre de 1985.

presentó un proyecto de enmienda constitucional destinada a la creación de la Procuraduría General del Poder Legislativo como el correspondiente brasileño del ombudsman.

En 1983, el Senador Luiz Cavalcanti propuso la implantación del ombudsman en Brasil como heroica tentativa para extirpar de la vida pública nacional el cáncer de la corrupción. En el mismo sentido, debe anotarse la iniciativa de enmienda constitucional propiciada por el Diputado Ney Lopes "creando un órgano parlamentario de investigación, ligado al Congreso Nacional, de acuerdo al modelo de ombudsman existente en Suecia..."⁽¹⁵⁾. Otro proyecto, este de 1984 que fuera luego archivado al igual que los anteriores, presentado por el diputado Jonathan Nunes, instituyó una Procuraduría Popular con la atribución, entre otras, de "recibir y tramitar las quejas o denuncias escritas de cualquier ciudadano que se sienta perjudicado por actos de la Administración Pública"⁽¹⁶⁾. Actualmente se encuentra en trámite una iniciativa presentada el 5 de diciembre de 1984 por el Senador Marco Maciel instituyendo el cargo de "Ouvidor Geral" para la protección de los ciudadanos con relación a las acciones y omisiones lesivas a sus intereses. Entre sus atribuciones se cuenta la de velar por la celeridad y racionalización de los procedimientos administrativos criticando y censurando, a esos efectos, los actos de la Administración Pública⁽¹⁷⁾.

Otra interesante iniciativa — ésta en el ámbito municipal — es la que propiciara en octubre de 1984 la incorporación a la ley orgánica del Municipio de San José dos Campos de un precepto que regulara la creación de una *Corregedoria Administrativa*, a cargo de un Defensor del Interés Público⁽¹⁸⁾.

Costa Rica: se presentó en este país un proyecto de Reforma parcial por adición al artículo 48 de la Constitución creando un ombudsman o defensor del pueblo. Este proyecto fue informado negativamente por mayoría de una Comisión especial de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, el 12 de septiembre de 1983. Actualmente se encuentra a consideración otra iniciativa por el cual se instituye, en el ámbito legislativo, un Defensor de los Habitantes⁽¹⁹⁾.

(15) BARROSO LEITE, ob. citada, página 7.

(16) BARROSO LEITE, ob. citada, página 7. Conf. PROVENCIANO GALLO, Carlos Alberto: O Ouvidor Geral e o Ombudsman: duas instituições distintas, ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre, 1985; ANDRADE DE OLIVEIRA, Fernando y XAVIER, Pedro Henrique: ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre, 1985.

(17) BARROSO LEITE, ob. citada, página 7.

(18) BARROSO LEITE, ob. citada, páginas 7 y 8.

(19) Conf. ROJAS FRANCO, Enrique. La necesidad y conveniencia de adoptar la institución en Costa Rica, ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre 1985.

Chile: en Chile, a pesar de la peculiar situación institucional que allí se vive y en la cual no tienen vigencia sociológica las normas constitucionales, existe un acentuado interés en la figura que nos ocupa. Así, por ejemplo, de manera individual, es decir, sin acreditar representación política, el Grupo de Estudios Constitucionales (llamado Grupo de los 24) ha elaborado un proyecto de ley tendiente a regular, en 28 artículos, el Defensor de los Derechos Humanos ⁽²⁰⁾.

Uruguay: en Uruguay se han protestado hasta el momento y luego de restablecido el sistema democrático, dos proyectos de ley: el primero, formalizado el 16 de junio de 1985, suscripto por el Senador del Partido Colorado Raumar Jude; el restante, por el representante nacional por Montevideo del mismo Partido Colorado, Daniel Lamas, el 17 de setiembre del mismo año. A dichas iniciativas cabe agregar un proyecto de ley que procura tutelar los derechos de los consumidores presentado por el Senador colorado Pedro W. Cersósimo el 4 de octubre de 1985. Sobre este particular ha sostenido ESTEVA GALLICCHIO que "las iniciativas presentadas en Uruguay en los últimos meses acogen sustancialmente dicho modelo (se refiere al vigente en España) y — no obstante su escasa originalidad — constituyen una base que — luego de la tarea legislativa de consolidación y perfeccionamiento — permitirá la vigencia del instrumento jurídico que describiera acertadamente FIX ZAMUDIO como... el funcionario designado por el Parlamento e por el Gobierno, que tiene la función esencial de recibir y tramitar de manera informal las reclamaciones de los afectados por la actividad administrativa..." ⁽²¹⁾.

Según lo proclama el Programa de Principios del Partido Colorado (agrupación política a la que pertenecen los autores de los diversos proyectos) "lo que se procura crear es una magistratura que disfrute de gran prestigio y autoridad moral: que ejerza una influencia fundamentalmente docente sobre la Administración, no a través de la confrontación sino de la colaboración crítica con ella; y que atendiendo celosamente los casos concretos, aún cuando no involucren cuestiones de interés general, representen el rostro humano de un aparato estatal por fin sensibilizado a las quejas y reclamos del hombre común, y diligente en la atención de ellos" ⁽²²⁾.

(20) QUINZIO FIGUEREDEO, Jorge Mario y PINTO GIRAUD, Bernardo. El Ombudsman: defensor de los derechos humanos, ponencia presentada por el Grupo de Estudios Constitucionales al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre 1985.

(21) ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo. Compatibilidad del establecimiento del Ombudsman o Defensor del Pueblo con el sistema constitucional uruguayo. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, página 176. Montevideo, octubre-noviembre 1985, número 9. Conf. FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. *El Defensor del Hombre*, ob. citada, páginas 177 y sigtes; SARAVIA ANTUNEZ, Jose R. *La Defensoría del Pueblo en Uruguay*, ob. citada, páginas 163 y sigtes.

(22) Ob. citada en nota anterior, página 188.

8.3. Formas de institucionalización: en América Latina puede afirmarse que no existe en funciones ningún órgano que, en su forma pura, represente al tradicional ombudsman; en cambio, existen sucedáneos o aproximaciones a dicha institución que constituyen versiones vernáculas del difundido comisionado parlamentario. Estos son los países que han admitido esas figuras: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela.

Argentina: como ya adelantara, en Argentina se ha creado recientemente para el ámbito municipal de la ciudad de Buenos Aires el cargo de *Controlador General Comunal* cuya misión fundamental será la de proteger los derechos, intereses legítimos y difusos de los habitantes contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores administrativos a fin de dar satisfacción a quienes se consideren afectados por deficiencias, abusos, negligencias, demoras excesivas y otras desconsideraciones hacia el público. La Ordenanza n° 40.831, sancionada por el Consejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires el día 17 de octubre de 1985, si bien fuera promulgada por el Departamento Ejecutivo, a la fecha todavía no ha entrado en vigencia atento que no se ha cubierto el cargo del titular del organismo aludido.

Brasil: por Decreto n° 91.469, de 24 de julio de 1985, el Poder Ejecutivo brasileño creó el Consejo Nacional de Defensa del Consumidor con la finalidad de asesorarlo en la formulación y conducción de la política nacional al respecto, incluyendo entre sus competencias la proposición de medidas para evitar fraudes y abusos contra el consumidor, participando en ello representantes de las entidades públicas y privadas interesadas. La Ley n° 7.347, sancionada en la misma fecha, reguló la acción pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, turístico y paisajístico otorgando legitimación para su ejercicio, no sólo al Ministerio Público Federal y Estadual, sino también a las entidades que conforman la Administración Pública indirecta y a las asociaciones privadas vinculadas a la defensa de los intereses comunes.

Costa Rica: por Decreto del 21 de agosto de 1985 se crearon tres Defensores (de los Derechos Humanos de los Refugiados; de los Derechos Humanos de los Internos del Sistema Penitenciario y de los Usuarios del Registro Nacional). Estos se suman a los Procuradores de Derechos Humanos y del consumidor, existentes con anterioridad. Por Ley n° 6.815, del 28 de septiembre de 1982, se sancionó la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República como órgano superior consultivo técnico-jurídico de la Administración Pública; entre sus atribuciones se cuenta la de poner en conocimiento de los jefes respectivos de la Administración Pública — formulando las recomendaciones que estime convenientes — cualquier incorrección de los servidores públicos que encontrare en los procedimientos jurídico-administrativos (artículo 3º, inciso ch).

Ecuador: en este país, el Tribunal de Garantías Constitucionales no es, en verdad, un Tribunal en el sentido técnico-jurídico del término, ya que no decide; es un verdadero ombudsman colectivo puesto que sus funciones, de acuerdo al artículo 141 de su Constitución vigente desde el 1º de junio de 1978, son: 1) velar por la ejecución de la Constitución, para lo cual excitará a las autoridades y demás funcionarios de la Administración Pública; 2) formular observaciones acerca de decretos, acuerdos, reglamentos o resoluciones dictados en violación a la Constitución o a las leyes, luego de oír a la autoridad u organismos que lo hubieren pronunciado. Si las observaciones no fueren aceptadas, el Tribunal las publicará por la prensa y las pondrá a disposición de la Cámara Nacional de Representantes o del plenario de las Comisiones Legislativas, en receso de aquélla, a fin de que resuelvan lo pertinente; 3) conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución; preparar la acusación contra los responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentar a la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al plenario de las Comisiones Legislativas, para que, según el caso, los enjuicien u ordenen enjuiciarlos; 4) ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución y la ley.

Guatemala: el artículo 274 de la nueva Constitución de este país prescribe que 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. Entre sus atribuciones se encuentran: 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 constitucionales.

Honduras: la Constitución de 1982 ha instituido la Dirección de Probidad Administrativa como organismo de control auxiliar del Poder Legislativo, sobre todo para detectar los casos de enriquecimiento ilícito de los agentes públicos.

México: en este país se ha institucionalizado desde el 29 de mayo de 1985 una de las variantes del ombudsman tradicional, acotado específicamente al ámbito universitario. En efecto, por resolución del Consejo Universitario de la Universidad Autónoma se aprobó el Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios, de acuerdo al proyecto enunciado por el propio rector de la UNOM, Dr. Jorge Carpizo.

Los fundamentos de la medida propiciada señalan que “este órgano viene a colmar un espacio que otros medios o mecanismos para asegurar el cumplimiento de los derechos de los universitarios no pueden cubrir adecuadamente, debido a sus específicas esferas de competencia. . .” (23).

El régimen vigente prescribe que la Defensoría es un órgano independiente que tiene por finalidad la recepción de las reclamaciones individuales de los estudiantes y de los miembros del personal académico de la UNAM por la afectación de los derechos otorgados por la legislación universitaria; a tal efecto, se encuentra facultado para promover, de oficio o a petición de parte, las investigaciones pertinentes proponiendo, en su caso, soluciones ante las autoridades de la propia Universidad. La competencia de la Defensoría comprende el conocimiento de las reclamaciones, quejas, inconformidades y denuncias que formulen los estudiantes, profesores, investigadores y técnicos académicos frente a la infracción de sus derechos de carácter individual por actos, resoluciones u omisiones contrarios a la ley universitaria cuando sean irrazonables, injustos, inadecuados o erróneos o cuando se hayan dejado sin respuesta las solicitudes dentro de un plazo razonable.

Panamá: en este país existe el ombudsman de la Comisión del Canal de Panamá, originado en las relaciones internacionales de dos países, Estados Unidos de Norteamérica y Panamá, a raíz del Tratado del Canal suscripto en el año 1977. La norma por la cual se creó la Oficina del Ombudsman de la Comisión del Canal de Panamá es la Ley número 96-70. Ella prevé que se creará una oficina del ombudsman dirigida por un funcionario elegido por la Junta Directiva de la Comisión del Canal por recomendación del Administrador de la Comisión. El ámbito de su actuación queda limitado al territorio antes denominado Zona del Canal, alcanzando a las oficinas y departamentos que se encuentran bajo el control de la Comisión y del Gobierno Federal. Tiene facultades para solicitar cualquier información que considere necesaria para aclarar un determinado caso. Su actuación puede promoverse por quejas recibidas por teléfono, carta o personalmente sin ninguna formalidad; tanto es así que la ley no obliga al reclamante a identificarse.

Una sensible diferencia entre este modelo y la figura tradicional consiste en que nunca recurre a la publicidad de sus actuaciones; usualmente acude a la discreción como el instrumento más adecuado para alcanzar su objetivo, en especial debido a que, siendo su radio de acción considerablemente restringido y la comunidad sobre la que actúa relativamente pequeña en número, la publicidad adversa le ocasionaría mayor daño que el bien pretendido.

(23) Gaceta de la UNAM, 3 de junio de 1985, página 2 y sigtes.

Para el tamaño de la población y la situación generada por la asunción de instituciones panameñas de la gestión de diversos públicos existentes en el área de la Zona del Canal, puede considerarse que el ensayo de un ombudsman para ayudar a los residentes a una ordenada etapa de transición ha sido todo un éxito, aún contra el parecer de ciertos funcionarios panameños que se mostraron reticentes al proyecto ⁽²⁴⁾.

Perú: la Constitución de 1979 prevé un Ministerio Público autónomo con funciones de "defensor del pueblo", cuando en su artículo 250, inciso 4, establece de manera expresa: "actuar como defensor del pueblo ante la Administración pública". Igualmente le atribuye las funciones de promover de oficio o a petición de parte la acción en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley; velar por la independencia del Poder Judicial y por la recta administración de justicia, además de representar en juicio a la sociedad.

Venezuela: formando parte del Título de la Hacienda Pública, la Constitución venezolana establece a la Contraloría General de la República como el órgano encargado del control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos. Por su parte, el Ministerio Público cuenta entre sus funciones las de velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales y por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia; asimismo, velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos ⁽²⁵⁾.

9. Conclusión: los antecedentes señalados ponen en evidencia que Latinoamérica se está aproximando al ombudsman, sin haber llegado todavía a realizaciones concretas de mayor significación. Por ello el compromiso es aún mayor. Debe recordarse que el ombudsman responde a una auténtica necesidad histórica de la cual no está ausente América Latina. Esta parte de América lucha permanentemente por superar estados de postración fruto de injusticias acumuladas por decenios. No debe verse, empero, en el ombudsman un artificio mágico que revertirá inmediatamente esas situaciones. Pero sí, puede confiarse que él constituirá un medio de tutela eficaz de los derechos humanos nacientes, que no son los clásicos de las libertades públicas, de los derechos cívicos y políticos sino un capítulo fundamental de los derechos de igualdad y solidaridad, especialmente en los países en vías de desarrollo. En suma, debe verse en el ombudsman o comisionado parlamentario un medio para alentar la lucha por la paz con justicia, la única paz verdadera y duradera.

(24) BALLARD VARGAS, Richard, tesis inédita, páginas 142 y sigtes. Panamá, 1984.

(25) Ponencia venezolana al Primer Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman, Revisión de las instituciones y leyes existentes. SOGA, Cecilia, páginas 17 y sigtes. Caracas, 1983.