

LAS METAMORFOSIS DEL «OMBUDSMAN»

351.96

Por RICARDO PELLON

Sumario: I. IDEAS GENERALES.—II. ORÍGENES Y EXTENSIÓN DE LA INSTITUCIÓN: 1. Suecia. 2. Extensión a otros países.—III. ESTATUTO DEL «OMBUDSMAN» Y FUNCIONAMIENTO: 1. Nombramiento, duración y destitución. 2. Estructura del órgano. 3. Independencia. 4. Criterios para determinar la competencia. 5. Derecho de control. 6. Situación de las reclamaciones en el Derecho comparado. 7. Iniciación del procedimiento. 8. Facultades.—IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

I. Ideas generales

La superación del antiguo concepto liberal del Estado y su sustitución por el Estado social de derecho ha llevado a una extraordinaria extensión y reforzamiento de las potestades de la Administración. Si antes las funciones del Estado se limitaban generalmente a proteger a sus súbditos contra enemigos exteriores, tratar de asegurar la paz y el orden interior, mantener la justicia y facilitar cierto grado de asistencia pública, el Estado actual, con su preocupación por el bienestar social, tiene unas metas más amplias y ambiciosas. Por ello, la Administración, de una existencia pasiva ha pasado a una activa, con un carácter netamente intervencionista, interfiriendo prácticamente en todas las esferas de la vida, unas veces con

la promulgación de disposiciones generales, y otras con actos concretos de aplicación. El particular se ve obligado a entrar en contacto con los distintos y numerosos órganos administrativos, a someterse, de buen o mal grado, a sus decisiones, a colaborar o pactar con ellos. En suma, y como es sabido, se ha pasado del Estado-gendarme al Estado-providencia.

Este abandono progresivo de los valores liberales del siglo XIX, las limitaciones a la libertad individual y el robustecimiento de la autoridad y de los poderes de la Administración ha llevado a crear un estado de tensión, más o menos soterrado, entre el individuo y aquélla. Como señaló Hauriou, el poder preponderante de la Administración entraña numerosas restricciones a las libertades privadas. Antaño, todo el mundo se eclipsaba ante la fórmula mágica «servicio del Rey»; hoy día, todo el mundo desaparece ante la fórmula no menos mágica de «servicio público». Esta idea de servicio público y las de desarrollo económico y social vienen a legitimar el continuado y creciente intervencionismo administrativo.

De aquí la necesidad sentida de proteger a los individuos frente al funcionamiento de esa enorme y compleja máquina burocrática que constituye cualquier Administración moderna y sujetarla a un control. Pueden ejercitarse diversos medios para conseguir esta finalidad. Un control administrativo, de carácter interno, basado en la estructuración jerárquica de los distintos órganos; un control judicial, mediante el planteamiento de las cuestiones litigiosas ante los tribunales de justicia, y un control político, ejercido primordialmente a través del Parlamento. Todos ellos pueden organizarse desde diversos puntos de vista y abarcar más o menos amplios campos de actuación, pero cualquiera, por sí solo, es insuficiente.

Como una forma original de control vamos a referirnos a una institución implantada recientemente en algunos países, pero cuyos orígenes se remontan a Suecia hace ciento sesenta y cinco años, y es la que se conoce con el nombre de «Ombudsman», no obstante la diversidad de formas y denominaciones que ofrece el Derecho comparado. Esta palabra ha adquirido

carta de naturaleza en textos legislativos y, sobre todo, en la literatura jurídica y popular. Etimológicamente, y en su expresión usual en lengua sueca, designa a todo aquel que está capacitado para actuar en nombre de otro y equivale a representante, mandatario, delegado, procurador, etc. El empleo múltiple de este vocablo hace que se aplique lo mismo a un representante permanente para celebrar una serie de contratos que a una clase de síndico designado por el juez en una quiebra (*rättens Ombudsman i konkurs*) (1) o a quien actúa en nombre de los intereses de un grupo (2).

Sin embargo, la palabra ha acabado por tomar un sentido preciso y determinado para calificar a un órgano específico, singular y con unas características originales. Es aquel cuya misión consiste en defender la legalidad y los derechos de los particulares frente a las transgresiones de la Administración pública, investigando y poniendo de relieve sus errores, negligencia o dolo. Con este significado, la expresión «Ombudsman» ha dado la vuelta al mundo y se ha internacionalizado.

La difusión universal de la institución comienza en 1956, cuando el primer «Ombudsman» danés, Stephan Hurwitz, da algunas conferencias en el extranjero e inicia su colaboración en varias revistas. Hasta entonces su conocimiento permanecía relegado a Suecia y a los otros países escandinavos, donde las publicaciones y estudios se realizaron especialmente en el período que precedió inmediatamente a su creación.

Desde la época indicada, la institución, en ascendente carrera, se va introduciendo en el derecho positivo de varios países, toma un extraordinario relieve en los últimos años y es objeto de estudio en seminarios, congresos, trabajos monográficos y

(1) En el derecho sueco existen tres clases de síndicos: el *godman*, designado por los acreedores, que administra provisionalmente la masa; el *förvaltare*, que es el síndico definitivo, y el *rättens Ombudsman*, que es una persona designada por el tribunal y representa el interés público.

(2) WALTER HALLER, en su excelente monografía *Der schwedische Justitieombudsman. Eine Einrichtung zur Verstärkung des Rechts schutzes und der parlamentarischen Kontrolle im Hinblick auf das Verhalten von Organen der Verwaltung und der Rechtspflege*, Zurich, 1964, pp. 33-34, nos dice que en Suecia «al concepto de 'Ombudsman', aun tratándose de una sola palabra, le corresponden distintos significados», y enumera hasta seis.

discusiones por parte de juristas, funcionarios y políticos, hasta el punto de que se ha llegado a hablar de una «ombudsmania» (3).

La polémica no ha concluido y, con toda probabilidad, continuará largo tiempo, dado que la figura se va implantando en naciones con regímenes jurídico-administrativos diversos y con muy diferente grado de desarrollo económico, pero con ciertas y sensibles modificaciones, lo cual hace reverdecer los variados enfoques del tema y dividir la doctrina en partidarios y detractores.

La cuestión básica consiste en saber cuáles son los mejores medios para tratar de impedir el ejercicio abusivo del poder administrativo. En Inglaterra, por sus tradiciones políticas y constitucionales, el Parlamento ocupa un lugar destacado en la defensa de los derechos del individuo, y el control parlamentario sobre la Administración se ejercita con eficacia; por ejemplo, cualquier persona puede, a través de un miembro de aquél, plantear cuestiones a un Ministerio o a su titular. Este método, de utilización frecuente, proporciona un medio de acción rápido y gratuito. Sin embargo, el acento se marca en la fiscalización judicial. Su control es una necesidad para que la Administración se ajuste a legalidad, basándose en la independencia e inamovilidad de los jueces; pero debe tenerse en cuenta que los tribunales sólo conocen de una parte mínima de los casos en que los particulares están disconformes con el obrar administrativo y que la ausencia de una cualificación adecuada de los tribunales sobre la materia puede significar una grave deficiencia cuando se trata de enjuiciar a fondo resoluciones de la Administración. Por ello, varios países han establecido tribunales o jurisdicciones especiales. Sin embargo, se habla de crisis de lo contencioso-administrativo (4).

(3) Véase PATRICE GARANT: «Du protecteur du citoyen québécois au médiateur français. L'ombudsmanie en francophonie». *Droit Administratif*, mayo 1973, núm. 5, páginas 237-243. «La ombudsmania no es una moda, es, en nuestra opinión, una señal de los tiempos. Corresponde a una necesidad sentida cada vez más de reconsiderar la relación administración-administrado», p. 242. G. POWLES: «Ombudsmania», *Parliamentarian*, 1969, 1, pp. 69-72. L. J. CHAPUISAT: «Le Médiateur français ou l'Ombudsman sacrifié», *Rev. Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 2, de 1974, en la p. 109, alude a la ola de «ombudsmania».

(4) ANDRÉ LEGRAND: *L'Ombudsman scandinave. Etudes comparées sur le control de l'Administration*, París, 1970, p. 509. CHARLES DEBBASCH: *Déclin du contentieux administratif*, Recueil Dalloz, 1967, chr. XIV, p. 97. JOSÉ MARÍA BOQUERA: *Derecho administra-*

De todas formas, la implantación de un control de tipo «Ombudsman» no puede sustraerse a las peculiares condiciones de cada país, a sus propias concepciones, a la eficacia de los diversos sistemas de fiscalizar la actividad administrativa (5) y a la existencia, o no, de una jurisdicción especializada, de tal manera que, en este caso, incluso puede pensarse en su creación o en la de un «Ombudsman».

En el contextó sueco, donde nació la institución, los Departamentos ministeriales no tienen demasiada complejidad y extensión. La Administración está a cargo de varias juntas administrativas centrales independientes, y en los condados, de autoridades administrativas locales. Como regla general, las juntas y autoridades locales sólo están obligadas a cumplir las leyes, disposiciones generales y decisiones del Gobierno (adoptadas por el Rey en Consejo). No responden ante los miembros del Gobierno y, por consiguiente, éstos no pueden darles instrucciones de cómo enfocar y resolver casos individualizados. Esta independencia, la inexistencia de una relación de subordinación jerárquica entre las grandes administraciones centrales y unos Ministerios de reducidos efectivos, demandaba la implantación de otro tipo de control, precisamente por la peculiaridad del sistema sueco consistente en separar Gobierno y Administración. Por ello, la elaboración de proyectos de ley se motiva y se fundamenta de manera muy completa, ya que las razones que justificaron su promulgación constituyen reglas para su interpretación y aplicación. El particular puede utilizar un sistema de alzas equivalente al establecido para el régimen judicial. El número de recursos posibles contra una decisión varía según la materia; frecuentemente son dos, e incluso se llega a tres. Existe

tivo y socialización, Madrid, 1965: «El sistema contencioso-administrativo padece cierta crisis. Sus dificultades son consecuencia de la actual crisis de la libertad individual» (página 121). «Se va perdiendo fe en la virtualidad del sistema tradicional de garantías del administrado. El contencioso-administrativo no parece ya un sistema plenamente eficaz para luchar contra las ilegalidades del poder administrativo.» (p. 122).

(5) Véase sobre este punto, DONALD ROWAT: *The Ombudsman, citizen's defender*, Londres, 1968, pp. 321 y ss. Esta es la segunda edición. La obra es útil para tener un conocimiento de la cuestión, ya que a través de 28 trabajos, autores de varios países exponen los sistemas en que existe el «Ombudsman» o instituciones semejantes, proyectos de implantación y extensión a otras naciones. Asimismo, recogiendo textos legales, Rowat publicará este año *The Ombudsman Plan. Essays on the World-Wide Spread of an Idea*, editado en Toronto.

un Tribunal Supremo Administrativo que conoce en última instancia, con una reglamentación específica, enumerando los casos que debe juzgar y aquellos otros que han de plantearse ante el Gobierno. Frente a resoluciones administrativas no cabe acudir ante los Tribunales ordinarios; éstos sólo pueden intervenir cuando la Administración actúa dentro del derecho privado.

Hace unos años, al pretenderse trasplantar el «Ombudsman» a Inglaterra, se presentó como un sustitutivo de la creación de una jurisdicción administrativa análoga a la de Francia (6), y cuando en esta nación se trató de hacer lo mismo en 1972, se registró la oposición de un buen número de juristas en base a la existencia del Consejo de Estado. No es de este momento entrar en la polémica y en las posibles opciones (7); bastará citar, para reflejar este punto de vista, las palabras del profesor Drago: «El Consejo de Estado es un juez que aporta a los administrados todas sus ventajas cualitativas, ventajas que no puede procurar el "Ombudsman": colegialidad, garantías procesales, cauce para los recursos, autoridad de cosa juzgada. Es conocida la frase de Calderón: "El mejor alcalde, el Rey." Sea permitido a un jurista francés decir: el mejor "Ombudsman", el Consejo de Estado» (8).

Sin embargo, el entusiasmo que despierta esta institución es evidente (9). Su incrustación en los ordenamientos nacionales aumenta de año en año; el prestigio y el respeto de que goza su titular en la opinión pública de las naciones escandinavas actúa como palanca de lanzamiento a otras latitudes. Estas líneas tienen por única finalidad exponer un cuadro de los rasgos básicos con que se presenta en el derecho comparado. Los propios límites de extensión de un trabajo en esta revista y la amplitud del tema elegido no permiten profundizar en muchas cuestiones dignas de mayor atención. Sólo pretendemos

(6) Véase GEORGES LANGROD: «L'option britannique en faveur de l'Ombudsman. *La Revue Administrative*, 1967, pp. 453-461.

(7) Véase ALAIN SERGE MESCHERIAKOF: «Le médiateur: un ombudsman français?», *Bulletin de l'institut international d'administration publique*, núm. 26, abril-junio 1973, páginas 7-51 y, especialmente, 7 a 12.

(8) ROLAND DRAGO: Preámbulo a la obra de LEGRAND *L'ombudsman scandinave*, cit., p. III.

(9) De «nuevo mesías» le califica GARANT, art. cit., p. 238.

dar a conocer una figura de tan candente actualidad y hasta ahora casi ignorada por la doctrina patria (10).

II. Orígenes y extensión de la institución

1. SUECIA

Un comisión parlamentaria reunida en la primavera de 1809, cuando la nación se hallaba en guerra con Rusia y después de una revolución que había destronado al Rey, redactó una nueva Constitución en la que influyó la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu e indicaba que los derechos generales e individuales del pueblo debían estar protegidos por un guardián designado por el Parlamento (*Riksdag*), con la misión de vigilar la forma en que los jueces y otros funcionarios cumplían las leyes. La idea básica era, pues, garantizar los derechos civiles mediante la vigilancia de la actividad de la Administración por un representante del pueblo, independiente del Gobierno. Al Parlamento se le atribuyó la facultad legislativa, el Gobierno conservó el poder ejecutivo y a los tribunales se les dotó de independencia.

El Parlamento, al aprobar en 1809 la Constitución, instaaura, como uno de los instrumentos de control del poder ejecutivo, el cargo del *Justitieombudsman*, el cual, «en calidad de delegado del *Riksdag*», debe «vigilar la observancia de leyes y reglamentos» (art. 96), otorgándole las facultades adecuadas en los artículos siguientes. Se instituyó para contrapesar los poderes del canciller de Justicia del Rey, cargo que había sido creado en 1713 por Carlos XII, como persona de confianza que en su ausencia, durante sus largas campañas, vigilara y se asegurara de la fidelidad de los servidores de la Corona. Este, en representación del Gobierno, supervisaba los órganos administrativos,

(10) Véase DA núm. 12, diciembre 1958, *El delegado parlamentario en la Administración de Dinamarca*, pp. 47-49, núm. 40, abril 1961. *El comisario parlamentario noruego para la Administración civil*, pp. 115-118, núm. 87-88, marzo-abril 1965. RICARDO PELLÓN: *La institución del Ombudsman en Suecia*, pp. 118-122. JOSÉ MARÍA BOQUERA: *ob. cit.*, páginas 105-120. ALFRED BEXELIUS: *La institución del Ombudsman en Suecia*, conferencia pronunciada en el mes de junio de 1965 en la Escuela Nacional de Administración Pública. «Coloquio internacional sobre información administrativa». Madrid, 1965, páginas 204-222.

y con la nueva figura, el Parlamento podía fiscalizar su actuación con independencia de los criterios y directrices del Gobierno. El cargo se creó contra los deseos de éste y supuso un triunfo de la comisión parlamentaria que propuso su instauración.

Es muy verosímil que la idea básica subyacente en la creación de este cargo fuera la de que los tribunales y otras autoridades se verían menos inclinados a desconocer las leyes para servir a los deseos del Gobierno, siempre que estas actividades fueran vigiladas por un tribuno del pueblo, independiente del mismo Gobierno. Lo que el Parlamento deseaba era un control que no dependiera del arbitrio del ejecutivo. Observado sobre el trasfondo de la sociedad de aquel tiempo, el proyecto del comité era elevado y revolucionario. Suponía la institución de un órgano cuyo titular, con la autoridad que representa la confianza del Parlamento y en completa independencia del Gobierno, tenía por cometido vigilar que los tribunales y departamentos administrativos respetaran los derechos de los ciudadanos (11).

En 1915 se separó la supervisión de la administración militar, la cual se asignó a un nuevo cargo paralelo: el *Militieombudsman*, cuyo modo de funcionamiento, facultades y métodos de fiscalización son sensiblemente análogos a los del *Justitieombudsman*. Este fue una sola persona hasta el Reglamento de 29 de diciembre de 1967, pues su artículo 4.º estableció el número tres, y el 16 de mayo de 1968 se enumeraron las materias objeto de la competencia de cada uno, determinándose que, si las cuestiones planteadas afectaran a la esfera de varios, la competencia pertenecerá a aquel que la tenga sobre la cuestión principal.

2. EXTENSIÓN A OTROS PAÍSES

Hasta 1809, Finlandia estuvo unida a Suecia y ambos países formaban un reino. En ese año, Finlandia fue ocupada por Rusia y quedó convertida en un gran ducado dependiente del zar hasta 1918. Cuando el país ganó la independencia, el artículo 49 de su Constitución, de 17 de julio de 1919, estableció el

(11) Palabras del «Ombudsman» sueco ALFRED BEKELIUS, *ob. cit.*, p. 207.

cargo siguiendo el ejemplo de Suecia y contraponiéndole, asimismo, al canciller de Justicia tradicional.

La implantación en Dinamarca del *Folketingets Ombudsmand* por el artículo 55 de la Constitución de 5 de junio de 1953 fue un acontecimiento decisivo para el éxito internacional de la institución, y ello porque por primera vez se inserta en un sistema jurídico distinto de su país de origen. En Dinamarca no existe la ya indicada separación entre Administración y Gobierno ni la independencia de autoridades y funcionarios de aquélla en relación con los ministros. Todos le están subordinados y deben acatar sus decisiones. La estructura administrativa danesa es del modelo ministerial de corte napoleónico. Así venía a demostrarse la viabilidad del «trasplante» a otros campos diferentes de aquel en el cual había nacido, crecido y desarrollado. A darlo a conocer contribuyeron decisivamente las publicaciones hechas por el primer «Ombudsman» en varias lenguas (12).

El cuarto país escandinavo también acabó por entrar en el camino abierto. En 1960 el Gobierno de Noruega presentó al Parlamento (*Storting*) un proyecto de ley para la creación del cargo. Tras algunas modificaciones, se elaboró un nuevo texto que culminó con la ley de 22 de junio de 1962 y entró en vigor el 1 de enero siguiente. Conforme al artículo 3, incumbe al «Ombudsman» «proteger a cada ciudadano contra posibles injusticias por parte de la Administración pública». En las instrucciones emanadas del Parlamento se añade que debe «cuidar de que los funcionarios y empleados de los servicios del Estado no cometan errores o falten a sus deberes».

(12) STEPHAN HURWITZ. De él son las siguientes, aparecidas entre 1956 y 1959: «Le controleur général de l'administration civile et militaire au Danemark», *Revue internationale des sciences administratives*, XXII, 1956, núm. 3, pp. 181-188. «Folketingets Ombudsman og administrationen», *Nordisk administrativ Tidsskrift*, 1956, pp. 99-120. «The Danish Parliamentary Commissioner for civil and military government administration», *Journal of the International commission of jurists*, 1958, pp. 224-243. «The Folketingets Ombudsman», *Parliamentary affairs*, XII, 1958-59, pp. 199-208. «Folketingets Ombudsmand og den Kommunale forvaltning», *Festskrift til Poul Andersen*, Copenhagen, 1958, pp. 198-214. *The experience of Parliamentary Commissioners in certain Scandinavian countries*. Background paper for the U. N. Seminar on judicial and other remedies against the illegal exercise or abuse of administrative authority, Nueva York, 1959 (Naciones Unidas, Doc. TE 326/1, 40-7, 1959). A partir de 1960 continúa Hurwitz difundiendo la institución con traducciones también al alemán e inicia las suyas el «Ombudsman» sueco ALFRED BEXELIUS. Estas dos personas han dado una excelente propaganda del cargo y su efectividad.

Anteriormente, y desde el 1 de abril de 1952, existía un órgano colegiado, compuesto de siete miembros elegidos por el Parlamento, para tutelar los derechos civiles del personal de las fuerzas armadas, así como acrecentar la eficiencia de éstas. Uno de sus miembros es elegido presidente y asume el calificativo de «Ombudsman».

También en la República Federal Alemana se implantó un cargo análogo, aunque con carácter individual. La ley de 26 de junio de 1957 creó el *Wehrbeauftragte des Bundestages* coincidiendo con la resurrección de la *Bundeswehr*. Ahora bien, su finalidad era diferente, se trataba de evitar el retorno a los antiguos hábitos de las extinguidas Fuerzas Armadas y conseguir un control parlamentario de éstas que nunca había existido previamente. Para lograrlo, el diputado socialista Ernst Paul —exiliado en Suecia durante la época de Hitler— propuso la correspondiente modificación constitucional, la cual se realizó tras haber enviado una misión de estudio a Suecia. En virtud de ella, el artículo 45, b), de la *Grundgesetz* de 23 de mayo de 1949 estableció un «Ombudsman» para las fuerzas armadas con la misión de defender los derechos fundamentales y ser un órgano auxiliar del *Bundestag*. El artículo 2.º de la ley de 1957 le otorga competencia cuando existan indicios de haberse cometido una violación de los derechos fundamentales de los militares o de los principios de dirección interna (*innere Führung*). Estos principios son una aplicación de la fórmula propuesta por los organizadores del nuevo ejército, del «ciudadano con uniforme», y tienden a desarrollar en los militares «las fuerzas morales, intelectuales y espirituales, a promover la instrucción militar y a hacer de cada soldado un ciudadano consciente de sus responsabilidades». De aquí la reforma de todo el derecho disciplinario militar, estableciéndose un cauce para las reclamaciones y, como fase final, la instauración de un «Ombudsman» (*Wehrbeauftragte*), al cual se dirigen las quejas a través de un procedimiento que escapa a la vía jerárquica (13).

(13) Véanse los siguientes trabajos de Busch: *Das Amt des Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages*, Bonn, 1969; «Der Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages. Amt, Aufgaben und Erfahrungen», en *Mängel im Verhältnis von Bürger und Staat*, Köln, 1970, pp. 138-157; y «Zur Frage eines ständigen Stellvertreters des Wehrbeauftragten», en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1970, núm. 9-10, pp. 331-333.

Una vez completado el círculo de los países nórdicos, la institución comienza a propagarse en el mundo anglosajón a través de una abundante literatura. Después de la celebración de un seminario de las Naciones Unidas, en Ceilán, el delegado neozelandés, seducido por el informe del «Ombudsman» danés, se convirtió en el máximo defensor de la implantación en su país. La ley de 7 de septiembre de 1962 creó un delegado parlamentario, calcado de aquél, y tuvo gran trascendencia, pues el intento serviría de botón de muestra para su posible extensión a otros países de *Common Law* (14).

Pronto los ingleses iniciaron sus intentos para remediar la insuficiencia de los medios de control jurisdiccional y parlamentario clásicos; Lawson preconizó la creación de un «Inspector general para la Administración», el «rapport Frank», el de un tribunal especial, y el «rapport Whyatt», publicado en 1961 bajo el título *The Citizen and the Administration*, después de presentar un exhaustivo estudio de los administrados en Gran Bretaña, propugnaba la creación de una institución de tipo «Ombudsman». El proyecto fue ampliamente discutido por la opinión pública, pero los intentos no llegaron a cuajar en nada positivo. Por ello, los laboristas incluyeron el tema en su propaganda electoral y, tras acceder al poder en 1964, publicaron en octubre de 1965 sus propuestas bajo la forma de un «libro blanco» (15). Por fin, y tras seis años de discusiones (16), se publica la *Parliamentary Commissioner Act*, de 22 de marzo de 1967, creando el «Ombudsman» británico: el *Parliamentary Commissioner for Administration*. En Irlanda del Norte se introduce en 1969, según el modelo inglés.

En 1967 se inicia la implantación de la institución en Canadá. La ley de 30 de marzo de 1967 la instaure en la provincia de Alberta, y la de 19 de mayo de 1967, en la de New Brunswick,

(14) Véase PATERSON, D. E.: «The New Zealand Ombudsman as a protector of citizens' rights», en *Revue des droits de l'homme*, II, 1969, núm. 3, pp. 395-431.

(15) Véase sobre la cuestión el documentado estudio de ROY GREGORY y ALAN ALEXANDER: «Our Parliamentary Ombudsman», en *Journal of the Royal Institute of Public Administration*, octubre 1972, pp. 313 y ss., especialmente pp. 321 y 323.

(16) En otros países que adoptaron la institución, la duración de los trabajos preparatorios fue análoga. Véase sobre este punto ANDRÉ LEGRAND: «Médiateur et Ombudsman: un probleme mal posé», en *Revue politique et parlementaire*, marzo 1973, p. 3.

adoptando estos textos precisamente la denominación sueca de «Ombudsman». Para Quebec, la ley de 14 de noviembre de 1968 crea un *Public Protector* o *Protecteur du citoyen*, y la ley de 10 de octubre de 1969 implanta un «Ombudsman» en Manitoba. El movimiento continúa extendiéndose a otras provincias, y así aparece un cargo análogo en Nueva Escocia en 1971, y en Saskatchewan en 1972. Parece ser que las tres provincias restantes del Canadá acabarán sumándose a esta corriente.

En un país tan extenso como los Estados Unidos, fueron seguidas con interés estas iniciativas y, dentro del marco de los Estados federados, fue Hawai, por ley número 306 de 1967, el primero en implantar el cargo, seguido de Nebraska, en 1969, y Iowa, en 1972. La regulación establecida está tomada de un texto de ley elaborado por la Universidad de Harvard. La mayoría de los otros Estados están en vías de promulgar una normativa análoga.

También en Australia se ha implantado la institución bajo la influencia del modelo británico. La creación de un Comisario se hace en 1971, en Australia Occidental; en 1972, en Australia Meridional, y en 1973, en Victoria.

Mención aparte merece Israel. Por ley aprobada por el *Knesset* el 18 de mayo de 1949 se creó el cargo de Controlador del Estado, que fue sucesivamente modificada en 1952 y 1954. En 1958 se elaboró un texto único que fue ulteriormente modificado en 1961, 1962 y 1964. Su función originaria consistió en controlar las operaciones contables y la gestión financiera y patrimonial de la Administración, pero después de algunos años de funcionamiento se introdujo la práctica de examinar las quejas que le dirigían los particulares, incluso aquellas que no afectaban a aspectos financieros de la gestión estatal. En 1971 tal práctica fue institucionalizada, creándose una sección especializada para el estudio de las reclamaciones del público, dentro de los servicios de control.

Asimismo, los países en vía de desarrollo han acogido la institución. Inmediatamente después de lograr su independencia aparece el «Ombudsman» en la Guayana, en 1966; en la isla de Mauricio, en su Constitución de 6 de marzo de 1965, y en las

islas Fidji, en 1970. Desde 1966 funciona en Tanzania una *Permanent Commission of Enquiry*, compuesta por tres miembros con análogas funciones (17), y desde 1972 existe en Ghana una unidad semejante. En la India se ha acometido la elaboración de un sistema de excepcional envergadura, teniendo en cuenta la extensión del país y lo numeroso de su población. Ya se ha instaurado un «Ombudsman» (*Lokayukta*) en el Estado de Bombay, en 1971, y en el de Jaipur, en 1973, habiéndose previsto su implantación en cada uno de los Estados de la nación, así como la de un *Lokayukta* federal para la administración central. El conjunto de todos ellos será supervisado por un *Lopkal*, al que podríamos calificar de «superombudsman», con competencia frente a los ministros y secretarios del Estado federal y frente a los miembros de los Gobiernos provinciales.

Tampoco Francia ha podido sustraerse a este pujante movimiento a favor del «Ombudsman» a la vista de la vertiginosa rapidez con que se ha ido implantando en los últimos años. Frente a un buen número de juristas que consideraron su presencia no sólo inútil, sino incluso peligrosa, se alzaron voces a favor de la recepción de la institución. Fueron Debbasch, en 1967 (18), y Lindon y Amson, en 1970, afirmando: «En verdad, si el "Ombudsman" no existe en Francia (nos atreveremos a decir: ¿todavía no?), el puesto que debe ocupar existe ya» (19). La prensa, la radio y los medios parlamentarios se interesaron por la cuestión, y fueron presentadas dos propuestas de ley, una debida a Poniatowski, tendente a la creación de un «Alto comisario para la defensa de los derechos del hombre», el 24 de noviembre de 1970, y otra de Chandernagor, para la creación de un «Delegado parlamentario para la libertad», el 29 de noviembre de 1972.

El rumor de la creación de un Ministerio encargado de la aplicación de las leyes apareció en la prensa francesa en el mes de junio de 1972. El Gobierno rompe su silencio el 2 de octubre

(17) Véase MARK KIMICHA: «The Ombudsman and The Commission of Enquiry», en *Journal of Administration Overseas*, Londres, núm. 1, enero 1973, pp. 48-50.

(18) DEBBASCH: *Déclin du contentieux administratif?*, cit. Chr. XIV, pp. 95-100.

(19) R. LINDON y D. AMSON: «Un ombudsman en France?», *Jurisclasseur périodique*, 1970, núm. 2.322, y posteriormente, «Le protecteur du citoyen», *Jurisclasseur périodique*, número 2.453.

del mismo año, y el primer ministro, en su intervención ante la Asamblea Nacional, anuncia la creación de un *Médiateur* encargado de mejorar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración. El proyecto fue presentado el 8 de diciembre de 1972 y, tras varias vicisitudes, la ley fue promulgada el 3 de enero de 1973. Los comentarios y discrepancias de la doctrina francesa son abundantes. Acaba de aparecer el primer *Rapport annuel du Médiateur* referido al año 1973 (20), afirmándose en su Introducción que el particularismo de las instituciones y del derecho francés no podían autorizar la inserción pura y simple de un órgano servilmente copiado de cualquier modelo extranjero, concebido, por definición misma, para un medio jurídico muy diferente. Pese a rechazarse la existencia de una filiación directa entre el «Ombudsman» y el Mediador, se reconocen sus analogías.

La ola de la «ombudsmania» no se detiene en los Estados y provincias, sino que avanza hasta las ciudades. Por primera vez en el mundo, Jerusalén designó en 1967 un Comisario municipal para las reclamaciones. En Europa, la ciudad de Zürich cuenta, desde 1971, con un cargo análogo (*Beauftragter für Beschwerdesachen*). A título privado, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buffalo, en Estados Unidos, ha puesto en pie un «Ombudsman» experimental para dicha ciudad desde hace un par de años. Esto ha incitado a otras importantes ciudades a tratar de crear oficialmente la institución, y particularmente en Nueva York.

En Italia existen varias propuestas de ley para su implantación, tanto a escala nacional como regional, e incluso para las Fuerzas Armadas (21). En Holanda, un proyecto de ley fue juzgado demasiado tímido y rechazado en 1971, estando en preparación uno nuevo.

(20) Editado por *La Documentation Française*, París, 1974, 287 pp.

(21) Véase FRANCESCO CANNATA: «L'Ombudsman per le amministrazioni statale e regionali nel quadro delle recenti modificazioni di contesto», en *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, núms. 1-2, enero 1972, pp. 33-42. EUGENIO BORSELLI: «Il difensore civico nel contesto delle contrastanti opinioni», idem, íd., pp. 31-32. GIUSEPPE DE VERGOTTINI: «Un Ombudsman per le regioni», *Il Mulino*, Bolonia, núm. 22, mayo-junio 1972, pp. 424-438. *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, bajo la dirección de Gaetano Mosca, Camera dei Deputati, Roma, 1971.

Hasta aquí hemos expuesto en síntesis la instauración del «Ombudsman» y sus derivados. Sólo nos resta hacer una breve alusión a otra institución que, aun teniendo sensibles diferencias, guarda, no obstante, importantes analogías. Existe en los países socialistas, y su cuna fue Rusia. Aunque se han encontrado precedentes en la época de los zares, y en concreto durante el reinado de Pedro el Grande, la regulación actual arranca del artículo 113 de la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 5 de diciembre de 1936, cuyo artículo 113 declara: «Incumbe a la *Prokuratura* la alta vigilancia de la estricta ejecución de las leyes por todos los ministerios e instituciones que de ellos dependan, así como por todos los funcionarios públicos y ciudadanos de la URSS.» El procurador general se nombra por el Soviet Supremo por un plazo de siete años. Cualquier persona puede dirigirle escritos sin sujeción a formalidad alguna, y aquél debe fiscalizar la ejecución de las leyes, bien sea de oficio o en virtud de denuncias, reclamaciones u otras informaciones referentes a violación de la ley.

Aunque la finalidad básica de la *Prokuratura* consiste en preservar el régimen político, social y económico contra todo enemigo del pueblo, lo cierto es que los particulares, a través de esta vía, ven protegidos sus derechos e intereses legítimos frente a las ilícitas trasgresiones, y aunque el procurador trate de hacer prevalecer el interés social sobre el particular, el individuo, mediante su reclamación o denuncia, puede encontrar satisfacción a sus deseos o protección a sus derechos. La posibilidad de dirigirse a aquél, incluso para cuestiones que no le afectan personalmente o, es más, que no le conciernen en absoluto, es muy amplia, tanto desde el punto de vista de la forma como del fondo.

En Polonia se estableció por ley de 20 de julio de 1950; está regulado en la Constitución de 22 de julio de 1952 (arts. 54-56), y en los artículos 143 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo de 1961. Después se extendió a los demás países del bloque soviético. Yugoslavia estableció un órgano análogo en la ley de 10 de abril de 1952, y la ley de Procedimiento Administrativo de 1957, en su artículo 223, le autoriza para iniciar sus

actuaciones cuando alguna resolución administrativa haya infringido el derecho en beneficio de una persona individual o jurídica, en detrimento de la comunidad social (22).

III. Estatuto del «Ombudsman» y funcionamiento (23)

1. NOMBRAMIENTO, DURACIÓN, DESTITUCIÓN

a) *Nombramiento*

En los países escandinavos se exigen unas condiciones personales que deben concurrir en los posibles candidatos como requisitos previos para su elección. En Suecia debe ser «jurista de probada experiencia y especial integridad»; en Finlandia ha de ser «un eminente jurista»; en Dinamarca «ha de estar dotado de profunda cultura jurídica», y en Noruega «debe poseer los requisitos exigidos a los jueces del Tribunal Supremo». El resto de las naciones no suelen establecer condicionamiento alguno, o bien señalan algunas notas susceptibles de amplia interpretación, como hacen los Estados de Nebraska y Iowa al indicar que se debe poseer «la aptitud de analizar cuestiones de derecho, administrativas o de asuntos públicos». En Francia no triunfó la propuesta de los diputados socialistas que deseaban se hiciera constar que la designación se haría «en función de sus conoci-

(22) Véase BOQUERA, *ob. cit.*, pp. 115-117. G. C. MORGAN: «The protest and representations lodged by the Soviet Procuracy against the legality of governmental enactments 1937-1964, en *Legal controls in The Soviet Union*, Leyden, 1966, pp. 103-236. B. BECKER: «Die Prokuratura in der Udssr», en *Mängel im Verhältnis von Bürger und Staat*, Köln, 1970, pp. 134-138. WALTER GELHORN: *Ombudsman and Others. Citizens' Protector in Nine Countries*. Cambridge, Massachusetts, 1967. El capítulo sexto (pp. 258-294), dedicado a Yugoslavia; el séptimo (pp. 295-335), a Polonia, y el octavo (pp. 336-371), a la Unión Soviética.

(23) Los textos legislativos que he podido consultar directamente corresponden a los siguientes países: Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Mauricio, Canadá (Alberta, Nueva Brunswick, Quebec y Manitoba), Estados Unidos (Hawái y Nebraska), Israel, Francia, República Federal Alemana y los proyectos italianos presentados en la Cámara de Diputados para la creación de un *Difensore Civico* y en el Senado para la de un *Commissario parlamentare per le Forze armate*, así como la de un *Difensore civico* para la Región de Trentino-Alto Adigio y de un *Magistrato civico a ireclami* para Milán. La normativa referente a otros Estados y provincias procede de las referencias de los autores citados en las notas bibliográficas:

mientos jurídicos y de su completa integridad». En Alemania, el «Ombudsman» para las Fuerzas Armadas debe tener los requisitos para su elección como miembro del *Bundestag*, haber cumplido treinta y cinco años y tener prestado el servicio militar al menos por un año.

En general, y en ausencia de requisitos previos, los titulares del cargo suelen ser elegidos atendiendo a sus conocimientos jurídicos. Suecia siente preferencia por los jueces, y Nueva Zelanda e Inglaterra, por altos funcionarios cualificados por su acreditada experiencia en el *Civil Service*.

El «Ombudsman» en su versión original y en su implantación en los países nórdicos se designa exclusivamente por el poder legislativo, sin ninguna intervención del ejecutivo. Le nombra el Parlamento, teniendo así el genuino carácter de delegado suyo para la vigilancia y control de la actividad de la Administración. En Suecia, la elección se hace por aclamación de la Cámara única del Parlamento (después de las elecciones del 27 de septiembre de 1970 se adoptó el sistema unicameral; antes se hacía por 48 miembros del *Riksdag* nombrados en partes iguales por ambas Cámaras). El mismo sistema se sigue en Finlandia, aunque con votación secreta. Dinamarca y Noruega prevén la designación, después de cada elección legislativa general, por el Parlamento unicameral¹ (*Folketing* y *Storting*, respectivamente).

El ejemplo sólo ha sido seguido por Alemania Federal y tres Estados miembros de Norteamérica. En la primera, el *Wehrbeauftragte* se elige por el *Bundestag* en escrutinio secreto por mayoría de sus miembros, aunque sólo pueden proponer candidaturas la Comisión de Defensa de éste, los grupos parlamentarios o un número de diputados suficiente para formar un grupo parlamentario según el reglamento de la Cámara. En Hawái el «Ombudsman» se designa por el Parlamento en sesión plenaria con la mayoría de cada una de las dos Cámaras. En Nebraska es elegido por la Asamblea legislativa (Cámara única) por mayoría de los dos tercios de sus componentes. En Iowa el nombramiento se hace por el Comité legislativo de las dos Cámaras sobre propuesta de éstas, lograda por mayoría cualificada.

En las sucesivas metamorfosis del «Ombudsman» se van perdiendo paulatinamente las atribuciones e intervención parlamentaria en su elección y se va desnaturalizando la razón básica que motivó su creación en Suecia: el ser un auxiliar del Parlamento en su función inspectora. En un orden de menor a mayor podemos señalar los siguientes escalones:

Designación por el Parlamento a propuesta del ejecutivo. En Quebec la elección se realiza por la Asamblea legislativa con mayoría de dos tercios a propuesta del primer ministro.

Designación por el ejecutivo a propuesta del Parlamento. En Nueva Zelanda, el nombramiento recae sobre el gobernador general a propuesta de la Cámara de Representantes, la cual efectúa la elección de la persona para el cargo durante la primera o segunda sesión de cada legislatura. El mismo sistema se sigue en las provincias canadienses de Alberta, Manitoba y Nueva Brunswick, donde el «Ombudsman» se nombra por el vicegobernador (*Lieutenant Governor in Council*) a propuesta de la Asamblea legislativa provincial. En Manitoba la Asamblea designa una Comisión especial con la única finalidad de investigar y conocer personas capaces de desempeñar el cargo. En Israel el controlador del Estado es designado por el jefe del Estado a propuesta de la Comisión permanente del *Knesset*.

Nombramiento por el ejecutivo con la consulta a miembros del Parlamento. En la isla de Mauricio el nombramiento se hace por el gobernador general, previa consulta con el primer ministro, con el *leader* de la oposición y con aquellas otras personas que, a su juicio, sean *leaders* de partidos representados en el Parlamento. El mismo criterio se sigue en las islas Fidji y en Guayana.

Designación por el ejecutivo solamente. En Gran Bretaña el delegado parlamentario para la Administración se nombra por cartas patentes (*letters patent*) de la reina, a propuesta del primer ministro. En Irlanda del Norte, Australia occidental y en la provincia canadiense de Nueva Escocia el nombramiento se hace por el gobernador sin intervención de las asambleas provinciales. En Francia el mediador se designa por decreto en Consejo de Ministros; ésta fue la posición inicial del Gobierno, que

acabó triunfando, pese a la triple oposición de los diputados de los partidos de izquierda, del Senado y de la Comisión de Leyes de la Asamblea Nacional, los cuales presentaron diferentes propuestas tendentes a evitar una absoluta discrecionalidad por parte del Gobierno en el nombramiento. Dentro de este grupo hemos de destacar que en Inglaterra la ausencia de intervención del Parlamento es más aparente que real. De un lado, la tradición del *fair-play* británico impone en la práctica al primer ministro la consulta al jefe de la oposición sobre la persona a designar; de otra, la Cámara de los Comunes ha creado un *Select Committee*, encargado especialmente de las relaciones con el delegado y, finalmente, el Parlamento, por moción de ambas Cámaras, puede pedir a la Corona su remoción, lo cual no puede hacer el Gobierno.

b) *Duración*

La duración del mandato varía sensiblemente de unas a otras legislaciones; lo que nunca cabe es conceder al «Ombudsman» una prórroga de sus funciones una vez transcurrido el plazo fijado, ya que deberá procederse a nueva designación, pero ésta puede recaer sobre la misma persona. La reelección está admitida por períodos sucesivos sin limitación alguna. Como excepción a esta regla general, Hawai restringe la reelección a tres veces; Manitoba, a una sola, y Francia la prohíbe expresamente, pretendiendo con ello —y dado que el titular se designa por el Gobierno exclusivamente— que quede al abrigo de las presiones y tentaciones que pudieran influir en él ante la perspectiva de una nueva designación.

El plazo para ejercitar su función es de tres años en Dinamarca y Nueva Zelanda; de cuatro años en Suecia, Finlandia, Noruega e Iowa; de cinco años en Alemania, Israel, Australia Occidental y en las provincias canadienses de Alberta y Quebec; de seis años en Francia, Manitoba, Hawai y Nebraska, y de diez años en Nueva Brunswick. En Inglaterra la duración es ilimitada «mientras observe buena conducta», pero deberá dejar vacante el cargo al finalizar el año de servicio en que cumpla los sesenta y cinco años.

En algunos casos el plazo se ha fijado para que coincida con el del mandato parlamentario; así ocurre en Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda y Finlandia, si bien en este último país una disolución anticipada del Parlamento no afecta al mandato del «Ombudsman».

c) Destitución

El Derecho comparado nos muestra que la intervención de los parlamentos es mucho más importante en este punto que en la cuestión de su nombramiento. La revocación del titular es casi siempre el resultado de un acto de las cámaras legislativas, aun cuando su designación sea competencia del jefe del Estado o del ejecutivo. De esta manera vienen a paliarse las desviaciones que en materia de nombramiento se han hecho de la institución original y acercan la figura al carácter que tiene en los países escandinavos, donde se trata de un auténtico delegado del Parlamento, de un fiduciario de la Cámara.

En Suecia determina el artículo 97 de su Constitución de 1809 que cuando el «Ombudsman» no goce de la confianza del *Riksdag*, éste, a propuesta de la Comisión que ha controlado la manera en que ha desempeñado su mandato, puede destituirle sin esperar el término previsto. Nunca se ha empleado este procedimiento, aunque en algunas ocasiones no se le ha reelegido. El mismo sistema se encuentra previsto en Dinamarca. En cambio, en Finlandia no se recoge la posibilidad parlamentaria de destituir al titular del cargo antes de la expiración de su mandato, deseando así garantizar su independencia; pero ha de tenerse en cuenta que hasta 1933 la duración del nombramiento era muy breve, un año; a partir de esta fecha fue de tres años, y sólo en 1957 se elevó a cuatro.

En Suecia y Dinamarca para cesar al «Ombudsman» basta la mayoría simple del Parlamento. En Alemania, la del *Bundestag*. Otros países establecen un quórum especial: la mayoría de los dos tercios se exige para el sistema unicameral de Noruega, Israel, Quebec y Nebraska. Esta misma mayoría cualificada se precisa en las dos Cámaras de Hawai e Iowa.

En otros países, la destitución incumbe al ejecutivo a instancia del legislativo. En Nueva Zelanda corresponde al gobernador general mediante requerimiento de la Cámara de Representantes. En Inglaterra, a la reina, previa moción de ambas Cámaras del Parlamento. En las provincias canadienses de Alberta, Manitoba, Nueva Brunswick y Nueva Escocia, y en Australia Occidental, por los respectivos gobernadores, a propuesta de las correspondientes Cámaras legislativas. Francia autoriza la remoción del mediador antes de finalizar el plazo, por el ejecutivo sólo, en el caso de que concurra impedimento constatado en las condiciones definidas por decreto del Consejo de Estado.

En cuanto a las causas que pueden llevar a la destitución suelen dejarse a la libre apreciación del Parlamento. Así, se dice expresamente en Suecia y Dinamarca, basta cesar en la confianza de éste. En otros casos, las leyes enumeran taxativamente los motivos. En Nueva Zelanda se mencionan la incapacidad, prevaricación, negligencia en el cumplimiento de sus funciones o mala conducta. Análogas enumeraciones suelen encontrarse en los ordenamientos anglosajones. Hawai se refiere a la violación de los deberes del cargo (*neglect of duty*), culpa (*misconduct*) e incapacidad (*disability*).

2. ESTRUCTURA DEL ÓRGANO

En casi todos los ordenamientos, el «Ombudsman» es un órgano individual. Se ha considerado preferible individualizar y personificar el titular del cargo basando la fuerza de la institución no sólo en la normativa en vigor, sino más bien en el prestigio, autoridad y competencia de la persona designada. Al mismo tiempo, la responsabilidad por el acertado desempeño de las funciones se hace más acusada. Esta solución es preferible a la otra alternativa, la del órgano colegiado, tanto se trate de una comisión *ad hoc* del Parlamento para ejercer un control sobre la Administración como de otro cuerpo formado por expertos, ya sean designados por el legislativo o el ejecutivo.

Sin embargo, no faltan excepciones al principio del órgano unipersonal. Noruega, que en 1962 introdujo un «Ombudsman» para la Administración Civil, había creado diez años antes un órgano colegiado para las Fuerzas Armadas compuesto de siete miembros elegidos por el Parlamento, uno de los cuales actúa de presidente. Una comisión de tres miembros existe en Tanzania y Ghana.

Otra cuestión que afecta a la estructura —con independencia de su carácter uni o pluripersonal— es la de si debe haber un solo «Ombudsman» con amplias competencias o bien si han de existir varios con una distribución de materias según las diferentes ramas de la Administración, o bien con un criterio territorial: regional, provincial o municipal. Ya hemos indicado cómo el Derecho comparado nos ofrece ejemplos de todos ellos. Por lo que a Suecia se refiere, desde 1809 el *Justitieombudsman* fue único, hasta que en 1915 se creó el *Militieombudsman*. En 1967 surgen tres titulares del primer cargo, con competencias divididas. El ámbito específico de control de cada uno se enumeró en el Reglamento interno de 16 de mayo de 1968.

Gran Bretaña parece orientarse, hoy en día, también a una concepción pluralista de la institución. La creación de delegados parlamentarios regionales está en fase avanzada, y ya se han implantado dos más con competencia funcional y territorial específica para rellenar una laguna. En efecto, la *Parliamentary Commissioner Act 1967*, en su anexo 2, al enumerar los Departamentos y autoridades sometidos a investigación, cita al Ministerio de Sanidad, pero se refiere exclusivamente a los servicios administrados directamente por el propio Departamento, pues el anexo 3, al recoger las materias y sectores no sujetos a investigación, alude, en el número 8, a la organización hospitalaria regional. La Ley de 5 de julio de 1973 reorganizó el Servicio Nacional de Sanidad, creando dos delegados para los establecimientos regionales en Inglaterra y Gales respectivamente.

Para poder desempeñar sus funciones, el «Ombudsman» cuenta con unos pequeños efectivos burocráticos. La regla general es que sea él quien elija sus propios colaboradores entre personas de su confianza para lograr independencia y eficacia en su

misión. Sin embargo, en la designación de suplentes o adjuntos es frecuente que se deba seguir el mismo procedimiento que para la elección del titular. Así, el Parlamento elige dos suplentes en Suecia y uno en Finlandia. Noruega sólo permite al *Storting* la designación de un suplente en caso de impedimento temporal del titular «por enfermedad u otra causa». En Israel el director de la Oficina de Reclamaciones, creada dentro de los servicios del controlador del Estado, se nombra por la Comisión Permanente del *Knesset*, a propuesta de éste. En Quebec, el protector del ciudadano puede proponer al *Lieutenant-Governor in Council* la designación por decreto de un adjunto, el cual desempeñará su cargo durante cinco años y sólo podrá ser destituido antes de dicho tiempo por decreto motivado del propio gobernador.

En Noruega se exige que el personal de la oficina del «Ombudsman» sea nombrado por el propio Parlamento a propuesta de éste, el cual tiene las mismas retribuciones que el de la Cámara. En el polo opuesto, el mediador francés goza de absoluta libertad para el nombramiento de sus colaboradores. En Inglaterra la designación corresponde al titular, pero bajo la condición de que la Tesorería autorice el número y cuantía de la retribución. En Nueva Zelanda, si bien el delegado puede nombrar su personal, su número lo fija el primer ministro. En Alemania la designación corre a cargo del *Bundestag* a propuesta del titular, y en la isla de Mauricio la plantilla debe estar integrada por funcionarios públicos y comprende un *Senior Investigation Officer* y aquellos otros que señale el gobernador general, previa consulta con el primer ministro.

En síntesis, y para dar una idea de los efectivos con que cuentan las respectivas oficinas del «Ombudsman», se presenta el siguiente cuadro (24):

(24) Los dos cuadros comparativos que figuran en este trabajo han sido extractados de los datos que se recogen en el primer informe anual del mediador. París, 1974.

ESTADOS Y PROVINCIAS	Población	Plantilla
SUECIA	7.600.000	Dos suplentes y 20 licenciados en Derecho.
FINLANDIA	4.600.000	Un adjunto, un suplente y siete licenciados en Derecho.
DINAMARCA	4.700.000	Trece colaboradores, de los cuales ocho son licenciados en Derecho.
NORUEGA	3.700.000	Cinco licenciados en Derecho y cuatro funcionarios.
NUEVA ZELANDA	2.700.000	Cuatro funcionarios, de los cuales uno es licenciado en Derecho y tres administrativos.
GRAN BRETAÑA	55.000.000	Sesenta funcionarios procedentes de diversos Ministerios.
ISRAEL	3.000.000	Diecisiete licenciados en Derecho y personal administrativo.
FRANCIA	50.000.000	Siete colaboradores y siete administrativos.
IRLANDA DEL NORTE	1.500.000	<i>Parliamentary Commissioner</i> : cinco funcionarios. <i>Commissioner for complaints</i> : 32 funcionarios, de los cuales uno es licenciado en Derecho.
ALBERTA (Canadá)	1.500.000	Seis colaboradores, de los cuales uno es licenciado en Derecho y cinco administrativos.
NUEVA BRUNSWICK (Canadá)	600.000	Un licenciado en Derecho y un administrativo.
QUEBEC (Canadá)	6.000.000	Ocho colaboradores y personal administrativo.
MANITOBA (Canadá)	1.000.000	Cuatro colaboradores.
NUEVA ESCOCIA (Canadá)	800.000	Un colaborador y un administrativo.
HAWAI (USA)	700.000	Ocho colaboradores.
NEBRASKA (USA)	1.500.000	Un licenciado en Derecho y un administrativo.
IOWA (USA)	2.700.000	Dos licenciados en Derecho y un administrativo.
AUSTRALIA MERIDIONAL ...	1.100.000	Seis funcionarios.

3. INDEPENDENCIA

La independencia de que goza el «Ombudsman» es una básica condición para asegurar un ejercicio adecuado de sus funciones, dotar de eficacia a su misión y lograr el prestigio de la institución. Esta cualidad, inherente al cargo en los países escandinavos desde su creación, ha contribuido señaladamente a su difusión actual. El nombramiento por el Parlamento se muestra como una forma de garantizar su independencia no sólo frente al gobierno, sino también frente al rey. A su vez, las Cámaras legislativas, tras fijar las normas a que debe ajustar su actuación, no pueden darle instrucciones sobre la manera de tratar los casos individuales ni a ningún miembro de aquéllas le es lícito interferir su actividad. Así, ha parecido conveniente afirmarlo en las leyes danesa de 1954 y noruega de 1962. La primera dice que «el *Folketing* establece las directrices generales que regulan la actividad del 'Ombudsman'. Dentro de este ámbito, es independiente del *Folketing* en el cumplimiento de sus funciones». La segunda señala que «el *Storting* establece el reglamento general sobre la actividad del 'Ombudsman'. Para lo demás desenvuelve sus funciones con plena autonomía y sin vínculos de dependencia del *Storting*».

Tanto teórica como prácticamente, el «Ombudsman» escandinavo opera con completa independencia del Gobierno y del Parlamento. Su forma de actuación está fijada en los textos constitucionales, leyes e instrucciones de los Parlamentos, pero la selección de los casos que desea investigar, el tratamiento de los mismos y las medidas a adoptar quedan a su libre criterio. Los propios partidos políticos, que se ponen de acuerdo para su nombramiento, han tratado siempre de mantenerle al margen de las luchas partidistas, reforzando su independencia. La alta estima que goza entre el público se debe, más que a sus atribuciones y poderes formales, a la propia autoridad por su imparcialidad e independencia. La elección del «Ombudsman» por la Cámara no implica nunca la sumisión de aquél a ésta. Claro está que, como delegado suyo, responde ante el Parlamento, y anualmente su labor es examinada por unos comités o comisiones parlamentarias, donde, a la vista del informe presentado,

pueden criticar su actividad tanto por acción —disconformidad con la forma en que se ha llevado algún asunto o con la decisión adoptada— como por omisión —ausencia de actuación cuando la situación lo exigía—. Si la Comisión resuelve que no merece la confianza del Parlamento y, por esta razón, corresponde separarlo del cargo antes de finalizar su mandato, debe presentar una petición en este sentido a la Cámara.

Asimismo, en el caso opuesto de nombramiento por el ejecutivo sin intervención alguna parlamentaria, la ley francesa proclama la independencia del mediador afirmando claramente en el párrafo 2.º de su artículo 1.º: «En el ámbito de su competencia no recibirá órdenes de ninguna autoridad», lo cual se completa con la inamovilidad, y muy especialmente con la inmunidad total en el ejercicio de sus funciones que recoge el artículo 3.º: «No podrá ser perseguido, requerido, arrestado detenido o juzgado a causa de las opiniones que emita o de los actos que realice en el ejercicio de sus funciones.» A nuestro juicio, el haber rechazado Francia el origen parlamentario de la institución ha forzado al legislador a tener que colocar al mediador al abrigo de toda persecución criminal para dotarle de la independencia necesaria. La norma es una consecuencia de este «pecado original» y del deseo de tratar de evitar que se convierta en una figura puramente decorativa.

Esta razón me parece que justifica la ausencia en los ordenamientos escandinavos de semejante privilegio judicial. La Constitución sueca de 1809 sujeta al «Ombudsman», «bajo todos los aspectos, a la misma responsabilidad y a los mismos deberes que las leyes civiles, penales y procesales prescriben para el Ministerio Público». Idéntica solución prevalece en Finlandia. Los ordenamientos danés y noruego guardan silencio sobre la cuestión.

El primer trasplante de la institución fuera de los países nórdicos se hizo en Nueva Zelanda, y es donde, también por primera vez en el mundo, aparece una regulación de esta materia. Bajo el título «inmunidad y privilegios procesales», el artículo 22 de la Ley de 1962 impide al titular del cargo y su personal ser llamados para prestar testimonio ante ningún tribunal ni en ningún

procedimiento por hechos de que hayan conocido en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, les pone al amparo de toda acción civil o criminal por hechos u opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones, salvo que hayan actuado de mala fe.

Con ligeras variantes, las mismas prescripciones se encuentran en las provincias canadienses, Estados Unidos y Australia. Alberta y Nueva Brunswick proclaman la inmunidad, salvo el caso de mala fe; Quebec la aplica a los actos realizados de buena fe en el ejercicio de sus funciones, y Australia Occidental condiciona el ejercicio de las acciones civiles y criminales a la previa autorización del Tribunal Supremo, cuidando de añadir que éste se asegurará de que está bien fundada la alegación de mala fe.

Tiende a completar la independencia del cargo el carácter definitivo de sus acuerdos, resoluciones o recomendaciones. Contra ellos no cabe recurso alguno ante otro órgano. En los países escandinavos, el funcionario o autoridad que encuentre injusta o vejatoria la investigación a que ha sido sometido o la decisión adoptada, no tiene más vía que una de carácter informal, y es la de solicitar un examen cuidadoso de su caso a las Comisiones parlamentarias encargadas de fiscalizar los resultados de la actividad del «Ombudsman».

El primer texto legislativo recogiendo expresamente este principio pertenece a Nueva Zelanda, «los procedimientos y decisiones del delegado no pueden ser impugnados, revisados, anulados o llevados ante los órganos judiciales», salvo en caso de incompetencia. La norma se ha extendido a otros textos de América y Australia. Australia Occidental precisa que sólo el Tribunal Supremo podrá interpretar y dictaminar sobre la incompetencia.

Asimismo podemos encuadrar, dentro de la normativa que tiende a conseguir la independencia, aquellas disposiciones referentes a las incompatibilidades para ejercer el cargo. La imposibilidad de desempeñar el mandato parlamentario es una constante en todos los países, y en alguno de ellos, incluso, se precisa que no haya pertenecido a las Cámaras legislativas en un período anterior a su elección. Así, en Australia Occidental se

exige para el cargo que la persona no haya sido miembro de cualquiera de los Parlamentos de los Estados federados o del Parlamento federal durante los tres años anteriores a su nombramiento. No suelen recogerse incompatibilidades con cargos electivos de la Administración Local (salvo Francia, Israel, la isla de Mauricio y las islas Fidji), pero quedan encajadas dentro de las existentes para el ejercicio de cargos públicos.

En cuanto a la enumeración de las prohibiciones, es frecuente encontrarse con las de ejercer genéricamente todo cargo público o privado, prohibición de la que puede excepcionalmente ser dispensado por el Parlamento (Dinamarca, Noruega, provincias canadienses y Australia Occidental), o bien por el primer ministro (Nueva Zelanda). A este respecto, Israel es quien se ha mostrado más metódico, ya que, tras prohibir al controlador participar en actividad política durante toda la duración del cargo, acude al sistema de lista, y en cinco números recoge las prohibiciones que, en síntesis, son las siguientes: ser miembro del *Knesset* o de un consejo regional; ser administrador de sociedades o empresas comerciales con ánimo de lucro; ejercer actividades industriales, comerciales o profesionales; tomar parte directa o indirectamente en empresas o instituciones controladas por el Gobierno o que ostenten concesiones administrativas y adquirir, arrendar, aceptar donaciones o poseer por cualquier título bienes muebles o inmuebles propiedad del Estado.

4. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA

El Derecho comparado nos muestra dos criterios para delimitar la competencia del «Ombudsman»: o bien se acude a un criterio definitorio señalando genérica y ampliamente la esfera de actuación, o bien se utiliza el criterio enunciativo, fijando con carácter limitativo las ramas de la Administración y los organismos que pueden ser objeto de investigación.

A su vez, dentro del primero, cabe atender al funcionario como sujeto fiscalizable o al concepto de Administración. Aquél es el seguido en Suecia y Finlandia. El artículo 96 de la Constitución

sueca de 1809 somete al control del «Ombudsman» a «todos los funcionarios públicos», y el artículo primero de la Instrucción de 29 de diciembre de 1967 alude a la vigilancia de «los funcionarios del Estado y las demás personas sometidas a responsabilidad administrativa». El concepto de funcionario es extremadamente amplio y viene determinado por el Código Penal (*Brotsbalken*), entendiéndose por tal los jueces, los demás funcionarios del Estado que no pueden ser relevados de su cargo más que por procedimiento disciplinario o judicial, así como aquellos que ocupan puestos de confianza, de los cuales pueden ser destituidos. Abarca tanto a los funcionarios de carrera como a los eventuales e interinos, incluso de aquellos establecimientos de interés público y ciertos cargos municipales. En Finlandia aún es más amplio el concepto de funcionario público a efectos de fiscalización del «Ombudsman», donde también está referido a las disposiciones del Código Penal, que sancionan los delitos y faltas cometidos por aquéllos y abarca toda la Administración: funcionarios de la Administración Central, de la local y eclesiásticos (éstos también entran dentro de la vigilancia del cargo sueco).

Dinamarca, al introducir la institución acude a un criterio delimitador de la Administración. El artículo primero de su Ley de 1954 se refiere al control de «la Administración civil y militar del Estado y de la Administración local». Según la Ley noruega de 1962, incumbe al «Ombudsman» «asegurar que en la Administración Pública no se cometan violaciones de la Ley en perjuicio de los ciudadanos», agregando el Reglamento de 1968 «mediante decisiones de los órganos administrativos y que los funcionarios y las otras personas que actúen en nombre de la Administración Pública no realicen actos ilegítimos u omisiones en el cumplimiento de sus funciones». Las provincias canadienses de Alberta y Nueva Brunswick aluden a «cualquier acción u omisión referente a la actividad administrativa de cualquier departamento, órgano u oficina que incida en la esfera de los derechos o intereses subjetivos de una persona o entidad». Quebec se refiere a organismos «que dependan del Gobierno o de uno de sus departamentos». La delimitación de la competencia a base

de lo que se entiende por Administración Pública u organismo administrativo se encuentra, asimismo, en otros países.

En Francia el concepto de «servicio público» sirve para acotar el campo de actuación del mediador, ya que éste puede investigar el funcionamiento de la Administración del Estado, de los entes públicos territoriales y de cualquier otro organismo, investido de una misión de servicio público.

El sistema enunciativo fue utilizado primeramente por Israel. La Ley sobre el controlador del Estado, en su artículo noveno y bajo el título «Entes sujetos al control», contiene ocho apartados con carácter taxativo, a los que extiende su inspección, pero esta lista no da una enumeración pormenorizada de cuáles son, sino que sus enunciados son amplios y pueden dar lugar a dificultades interpretativas; así, por ejemplo, el número cinco cita «todas las empresas, instituciones, organizaciones y otras entidades en cuya gestión participa el Gobierno».

Nueva Zelanda, en esta línea, somete a la vigilancia del delegado parlamentario todos los actos u omisiones referentes a cuestiones administrativas imputables a los Ministerios u organismos citados en el anexo de la Ley. Este contiene en su parte primera la mención de 42 Ministerios y servicios públicos; en la parte segunda (otros organismos) se citan 22 establecimientos públicos, dotados de mayor o menor autonomía, y en la parte tercera (entidades locales) solamente se recogen dos: las *Hospital Boards* y *Education Boards*. Para dar flexibilidad, el artículo 22 permite al gobernador general modificar el anexo por Decreto (*Order in Council*) cuando sea suprimido cualquiera de los órganos citados, se modifique su denominación o se cree uno nuevo.

Asimismo, Gran Bretaña condiciona la investigación del delegado a los actos de los Ministerios y autoridades mencionados en el anexo 2 de la Ley. En él se recogen 44 departamentos y servicios, que componen la mayoría de las grandes administraciones centrales. Como excepción se veda toda intervención en relación con actuaciones o materias especificadas en el anexo 3, aun tratándose de actividad de la Administración Central. Estas se refieren principalmente a las relaciones internacionales, administración de los dominios, extradición, seguridad del Estado,

procedimientos civiles, criminales o militares, indulto, funcionamiento de hospitales, contratos administrativos y operaciones comerciales, medidas referentes a cuestiones de personal de las Fuerzas Armadas y del *Civil Service*, así como la concesión de honores y recompensas. Los anexos pueden ser modificados por Decreto, pero, a su vez, cabe anular tal modificación por acuerdo de cualquiera de las dos Cámaras del Parlamento.

Australia Occidental también ha acogido el sistema de lista para delimitar la jurisdicción del «Ombudsman».

Ahora bien, cualquiera que sea el método utilizado, siempre se plantearán, en mayor o menor medida, casos dudosos, bien se refieran a si se posee la cualidad de funcionario público, si se trata de un órgano administrativo o si un servicio u organismo en concreto se encuentra incluido en la tabla delimitadora. Ante la realidad de que el legislador no puede resolver todos los supuestos que la práctica presenta, la regla general es que se trata del propio «Ombudsman», quien discrecionalmente decide si el asunto entra dentro de los límites de su competencia o no. Decisión que tiene carácter definitivo, salvo aquellos ordenamientos que han previsto una consulta potestativa de aquél a la más alta magistratura de la nación. En Nueva Zelanda, el delegado puede, «cuando le parezca oportuno», acudir al Tribunal Supremo, el cual resolverá de conformidad con la *Declaratory Judgments Act* de 1908. Norma análoga encontramos en Nueva Brunswick y Alberta, aunque, en ésta, la consulta debe estar motivada por «un caso particular o una determinada categoría de casos». También en Australia, el «Ombudsman» puede consultar al Tribunal Supremo del Estado federado.

5. DERECHO DE CONTROL

El control se extiende sobre la Administración pública y sus funcionarios. Sin embargo, para perfilar la extensión en que este control se ejerce, es necesario hacer ciertas matizaciones en lo referente a los ministros, Administración local, jueces y tribunales.

a) *Ministros*

En cuanto a los ministros, las soluciones varían. En Suecia, la fiscalización del *Justitieombudsman* no alcanza a los miembros del Gobierno. Sus actos quedan fuera de la jurisdicción de aquél. La razón alegada tiene un puro carácter formal, y es la de que aquéllos carecen de atribuciones para adoptar decisiones. Todos los asuntos de gobierno se resuelven en reunión del Consejo de Ministros, donde, según la Constitución, sólo el Rey decide. El poder ejecutivo está en manos del Rey en Consejo. Los miembros del Gobierno sólo son sus consejeros o asesores. Únicamente el Parlamento puede fiscalizar la manera en que los ministros desempeñan sus funciones e iniciar proceso ante un Tribunal especial. En este caso, el «Ombudsman» tiene el deber constitucional de actuar como ministerio público. Esta acción ha caído en desuso; el último proceso ocurrió en 1854. Los suecos se muestran conformes con tal criterio, y ello es así porque estiman que de esta manera se mantiene al cargo alejado de toda injerencia política. Si pudiera intervenir contra los miembros del Gobierno, se exponería a que fuera utilizado en las luchas políticas y en las campañas electorales. Esta ausencia de control, que pudiera interpretarse como una grave derogación del ámbito de fiscalización en el país que es la cuna de la institución, no tiene apenas trascendencia práctica, por la peculiaridad del sistema administrativo sueco, que lo diferencia de otros países: la separación entre Gobierno y Administración. Las autoridades administrativas, las grandes administraciones centrales, tienen una gran independencia, tanto teórica como práctica, frente a los Ministerios, de tal manera que un ministro no puede ordenar a un organismo administrativo que actúe en un determinado sentido o que adopte una específica decisión en un caso concreto. Por ello, se ha podido decir que los Ministerios suecos constituyen una especie de Estados Mayores con un número muy limitado de funcionarios (25).

(25) Cfr. K. HOLMGREN, Magistrado del Tribunal Supremo Administrativo en Suecia: «La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'ombudsman». *Droit Social*, 1969, febrero, pp. 69-74.

En Finlandia, según los artículos 2.º y 4.º del Reglamento del «Ombudsman» de 1920, puede asistir a las reuniones del Gobierno y examinar las actas de las sesiones. Si considera que el propio Consejo de Ministros o alguno de sus miembros ha actuado contra la Ley, debe ponerlo en conocimiento del Gobierno, indicando el motivo. Caso de no ser tomado en consideración, puede plantear la cuestión ante el Parlamento, y si éste decide acusar a un ministro, el «Ombudsman» ejercita la acción penal.

En Dinamarca, los ministros son verdaderos jefes de las dependencias administrativas. Adoptan resoluciones y dan instrucciones a las autoridades inferiores. De aquí que, al implantarse la institución, prevaleciera la opinión de que, para proteger con eficacia y amplitud los derechos de los ciudadanos, los ministros no debían escapar al control del titular del cargo. Así se recoge en el artículo 4.º de la Ley de 1953. Ahora bien, todo ministro es miembro del Gobierno y suprema autoridad administrativa, adopta decisiones de carácter político y resoluciones administrativas. Su responsabilidad es doble, y el control del «Ombudsman» queda limitado a la actividad propiamente administrativa, tanto por acción como por omisión. En Noruega no compete al «Ombudsman» fiscalizar las decisiones adoptadas en Consejo de Ministros (art. 4.º de la Ley de 1962), pero puede enjuiciar las decisiones tomadas individualmente por cada uno de ellos en su condición de jefe de un Departamento. El mismo criterio se sigue en Quebec (art. 16 de la Ley de 1968). Sin embargo, en los sucesivos trasplantes de la institución se ha ido introduciendo la regla de excluir el conocimiento de la actuación de los ministros.

b) *Administración local*

En esta materia, las soluciones adoptadas por el Derecho comparado también varían, dados los diferentes puntos de vista y la dificultad de conciliar y encontrar un equilibrio entre la protección de los administrados que trata de garantizar el «Ombudsman» y las exigencias que la autonomía de los entes locales comporta. En Suecia, desde su origen, todas las autoridades y funcionarios locales estaban exceptuados de esta fiscalización. A la

vista de que el número de quejas contra órganos de la Administración local iba en aumento y sobre las cuales el *Justitiaebudsman* se declaraba incompetente, sin entrar a examinar el fondo de la cuestión, el Gobierno y el Parlamento acordaron concederle un derecho de control. La controversia y la oposición fue viva, pero la situación cambió en 1957. Desde entonces, las juntas y funcionarios locales—pero no los miembros elegidos para los concejos municipales y locales—se hallan sujetos a fiscalización. Sin embargo, ésta es limitada. El control debe practicarse teniendo en cuenta las peculiaridades de la autonomía local, y el «Ombudsman» sólo debe intervenir cuando el interesado haya acudido previamente ante las propias autoridades locales o en alzada y no existan dudas de haberse cometido una acción atentatoria a la libertad personal o una falta grave en el ejercicio de sus funciones.

Dinamarca, asimismo, excluyó la esfera local de la competencia del cargo cuando éste fue creado, pero en 1962 modificó la Ley de 1954 y su artículo 4.º afirma la sujeción de los funcionarios de la Administración local a dicho control, pero sólo para las materias sobre las cuales cabe recurso ante una autoridad de la Administración Central. El resto de la actividad de los entes locales escapa de su competencia, salvo que el «Ombudsman» actúe por propia iniciativa o se trate de una flagrante violación de las disposiciones legales. Con un proceso análogo al de los dos países señalados, Noruega, que en un principio sometió a este control sólo la actividad de la Administración central, fue ampliando su esfera de actuación. Primero se hizo en un campo que se consideró esencial, el relacionado con la privación de libertad, otorgándose competencia al «Ombudsman» para conocer del asunto cualesquiera que fuesen los órganos centrales o locales intervinientes (establecimientos penitenciarios, centros de protección de menores, centros antialcohólicos u hospitales psiquiátricos municipales). Además se reconoció a cualquier persona que se halla privada de libertad por cualquier motivo, el derecho a dirigirle libremente su correspondencia, llegándose en 1969 a someter la Administración local a la vigilancia del cargo, aunque con algunas restricciones.

Asimismo, en Finlandia, Israel y Francia, los titulares del cargo ejercen su control sobre los entes locales, y en Irlanda del Norte, al crearse en noviembre de 1969, junto al delegado parlamentario, un comisario para las Reclamaciones, se le otorgaron facultades de control sobre las autoridades locales.

Frente a este criterio, abundan los ejemplos en que la Administración local queda al margen de este tipo de fiscalización, si bien en Gran Bretaña la cuestión es ampliamente controvertida y fue objeto de un Libro blanco del Gobierno laborista en 1970.

c) *Jueces y Tribunales*

Salvo en Suecia y Finlandia, los órganos judiciales escapan al control del «Ombudsman». En estos países, la sumisión a su poder investigador se debe a razones históricas. Durante mucho tiempo, los Tribunales estuvieron sometidos a la autoridad real y colocados en el mismo plano que los órganos administrativos, faltando una clara separación orgánica entre Justicia y Administración. En realidad, a lo largo de su historia, los distintos titulares del cargo han fiscalizado preferentemente a los Tribunales y otras autoridades con ellos relacionadas, y sólo en época reciente la Administración propiamente dicha pasó a ser objeto destacado de su control. Todos los miembros de la judicatura están sujetos a supervisión, pero los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Supremo Administrativo gozan de un trato de favor, han de haber cometido una grave infracción. En efecto, el artículo 101 de la Constitución sueca de 1809 establece la obligación del «Ombudsman» de denunciar al culpable ante un tribunal especial (*Riksratt*) sólo en el caso de que «por interés personal, iniquidad o negligencia hubiera dictado una resolución manifiestamente injusta, contraria a la clara letra de la ley o a la evidencia de hechos debidamente probados».

Los juristas suecos se muestran partidarios de su sistema, alegando que la independencia judicial no significa que deban estar libres de responsabilidad o a salvo de crítica cuando infrinjan las normas legales, basándose en un principio constitucional:

los Tribunales deben ser «independientes bajo la ley, pero no soberanos por encima de ella». El examen de los informes anuales del «Ombudsman» pone de relieve de cuánta utilidad ha sido el sometimiento de su actividad a este tipo de fiscalización. Se citan las declaraciones de culpabilidad y las sanciones pecuniarias impuestas a un juez por haber ayudado a un amigo, abogado, a redactar varios escritos que debía presentar ante otros tribunales, mediante el pago de una suma de dinero; a otro por haber inducido a una de las partes a prestarle una cierta cantidad antes de la celebración de un juicio en el que debía entender, o el de otro juez que, deseando celebrar el proceso criminal con rapidez, presionó a los acusados a confesar, bajo la amenaza de condenarles a penas más graves si no lo hacían. A consecuencia de acciones del «Ombudsman» se ha sancionado a varios jueces por demorar la tramitación de los procedimientos o por haber tenido una conducta impropia con las partes o los testigos.

Los dos países nórdicos restantes no han seguido el modelo sueco y finlandés; la razón alegada es que el control del «Ombudsman» pondría en peligro la independencia de los tribunales y que ya se contaba con propios órganos de fiscalización. En Dinamarca, un tribunal especial, y en Noruega, el Ministerio de Justicia. La materia es polémica y discutible, puesto que por este mismo criterio podría alegarse que la Administración también cuenta en su seno con medios de control, basados en la vía jerárquica, en las diferentes inspecciones y en el procedimiento disciplinario. Sin embargo, todavía más polémico y controvertido puede ser uno de los extremos a que llega la fiscalización judicial por parte del «Ombudsman» sueco; éste supervisa incluso la forma en que los jueces y tribunales han aplicado e interpretado la ley.

6. SITUACIÓN DE LAS RECLAMACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Para sintetizar, exponemos seguidamente, en forma de tabla comparativa, los procedimientos entrados en las oficinas de los «Ombudsmans» nacionales y provinciales más destacados, así

como la tramitación dada y tanto por ciento de reclamaciones estimadas. Un juicio aproximativo sobre su labor puede deducirse atendiendo al número de habitantes y al de funcionarios encargados de su examen, que figura en el cuadro anterior, pero sobre todos resalta el caso de Gran Bretaña, que con la más numerosa población y la más amplia plantilla de personal —55 millones y 60, respectivamente— sólo ha registrado 573 reclamaciones en 1972, y el de Israel, que, con tres millones de habitantes y 17 licenciados en Derecho, ha tenido 7.490 quejas.

7. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

a) *De oficio*

El «Ombudsman» puede iniciar su investigación por propia iniciativa, sin necesidad de ser instado por un particular. Esta es la regla general, y sus fuentes de actuación suelen ser las visitas de inspección y los artículos aparecidos en la prensa. En concreto, el titular del cargo sueco y su personal realizan inspecciones, sin previo aviso, en tribunales y órganos administrativos, comprobando si existe trabajo atrasado y si los casos se tramitan con la celeridad debida. Toma al azar algunos expedientes, llevándoselos a su dependencia para examinarlos en cuanto a tramitación y fallo. Los «Ombudsman» escandinavos dedican una especial atención a la visita a las cárceles, establecimientos penitenciarios o de internamiento, conversando con las personas que allí se encuentran sobre el régimen y forma en que son tratados, incluso fuera de la presencia de sus vigilantes. Las visitas y viajes que, en un principio fueron muy frecuentes, se han ido relegando debido al incremento del número de reclamaciones y la necesidad de atenderlas y estudiarlas.

Estas visitas sorpresivas de la institución escandinava han sido paliadas en algunas de las sucesivas implantaciones. Así el artículo 23 de la ley neozelandesa exige la previa notificación al jefe del Departamento o del ente afectado. Análogo criterio se sigue en las provincias canadienses y en Australia.

La lectura de la prensa también proporciona en ocasiones motivos de actuación, bien porque denuncie específicamente defectos

ESTADOS Y PROVINCIAS	Población	Pendientes del año anterior — Nuevas	Total	Rechazadas sin investi- gación	Termina- das	Estimadas	Tanto por ciento	Pendientes a fin de año
SUECIA:								
1971	7.600.000	850						
		3.531	4.381	1.137	1.973	618	17,5	1.114
FINLANDIA:								
1971	4.600.000	279						
		903	1.182	387	558	54	6	224
DINAMARCA:								
De 1-VI-1972 a 1-VI- 1973	4.700.000	55						
		1.841	1.896	1.408	646	140	7,5	102
NORUEGA:								
1972	3.700.000	131						
		1.476	1.807	881	513	273	18,5	213
NUEVA ZELANDA:								
De 1-IV-1972 a 31-III- 1973	2.700.000	1.409	1.409	358	554	154	10,9	163
GRAN BRETAÑA:								
1972	55.000.000	156						
		573	729	318	261	79	13,7	133
IRLANDA DEL NORTE:								
1972	1.500.000							
Deleg. Parl.		4 y 26	30	13	9	2	7,6	7
Comis. Reclam.		121 y 431	552	102	303	28	6,4	112
ISRAEL:								
De 22-IX-1971 a 9-IX- 1972	3.000.000	7.490	7.490	920	2.960	1.390	18,5	3.210
FRANCIA:								
1973	50.000.000	1.773	1.773	564	469	182	10,3	740

ALBERTA (Canadá): De 1-XI-1971 a 31-X-1972	1.500.000	135 815	950	259	325	63	7,6	121
NUEVA BRUNSWICK (Canadá): 1972	600.000	31 280	311	124	91	42	15	23
QUEBEC (Canadá): 1972	6.000.000	80 5.758	5.838	3.069	2.113	548	9,4	41
MANITOBA (Canadá): 1972	1.000.000	20 487	507	136	200	81	16,5	33
NUEVA ESCOCIA (Canadá): 1972	800.000	36 297	333		82	52	17,5	26
HAWAI (USA): De 1-VII-1971 a 30-VI-1972	700.000	94 1.687	1.772	358	596	232	13,6	95
NEBRASKA (USA): 1972	1.500.000	809	809	193	288	150	18,5	52
IOWA (USA): De 1-X-1971 a 31-XII-1972	2.700.000	1.934	1.934					
AUSTRALIA OCCIDENTAL: De 1-VII-1972 a 30-VI-1973	800.000	806	806	295	231	93	11,5	188
AUSTRALIA MERIDIONAL: De 14-XII-1972 a 30-VI-1973	1.100.000	308	308	100	70	16	4,9	135

o anomalías administrativas, bien porque se deduzca de las informaciones periodísticas.

Excepción a la iniciación de oficio la encontramos en los sistemas inglés y francés. En ellos sólo puede comenzar la actuación mediante requerimiento de los particulares. En Francia, la posibilidad de actuar de oficio fue propuesta por la Comisión de leyes de la Asamblea Nacional, alegando que así se permitiría remediar la posible timidez del ciudadano e investigar sobre prácticas que son condenables, aunque no afecten directamente a ninguna persona. El Gobierno se opuso objetando que esta disposición se opondría «a la filosofía misma de la institución», ya que, si el Mediador no es más que el portavoz de intereses privados, es lógico que intervenga sólo a requerimiento de los particulares.

b) *A instancia de parte*

En Suecia y Finlandia no se exige ningún requisito subjetivo por parte del reclamante. Cualquier persona puede presentar una queja, sin necesidad de que sea afectado en sus derechos o intereses. Se ha considerado que el interés general es suficiente para poner en marcha el procedimiento investigador. Tal criterio fue seguido en Dinamarca y en Alemania Federal, pero Noruega fue el primer país que introdujo una restricción en este punto.

Según el artículo 6.º de la Ley de 1962, «cualquiera que considere haber sido lesionado en sus derechos por la Administración Pública puede recurrir al "Ombudsman"». Este requisito de ser interesado ha sido reproducido, con ciertas variantes, en las leyes posteriores. Nueva Zelanda permite al delegado parlamentario no iniciar su actuación si considera que «el interés personal del reclamante es insuficiente» (art. 14, núm. 2 c), y la ley inglesa exige al particular la alegación de «haber sufrido agravio a consecuencia de un acto de mala administración» (art. 5.º, 1) (26). En las provincias canadienses es necesaria la condición de inte-

(26) Sobre el concepto de mala administración, ver ANDRÉ LEGRAND: «Le Commissaire Parlementaire pour l'Administration, Ombudsman britannique», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1969, núm. 2, pp. 250-258.

resado, teniendo el «Ombudsman» una facultad discrecional en la apreciación de tal cualidad. Así, en Quebec se le faculta para rechazar la apertura o la prosecución de una investigación si considera que falta un «interés personal suficiente» (art. 18).

En cuanto al cauce que deben seguir los escritos se utiliza la vía directa del reclamante al «Ombudsman». Sólo cabe señalar dos desviaciones a esta norma: Gran Bretaña y Francia. Aquella nación fue la primera en apartarse del criterio general. La Ley de 1967 exige que los escritos se dirijan a un miembro de la Cámara de los Comunes, el cual decide si da traslado, o no, de la misma al *Parliamentary Commissioner*. La razón de tal innovación no se debe a razones cualitativas, sino cuantitativas. Su fundamento no está en la tradición parlamentaria inglesa, sino en el temor de que en un país con más de 50 millones de habitantes, si todos pudieran dirigirse según su personal criterio al delegado, éste quedaría sumergido en una avalancha de reclamaciones, mientras que, a través del filtro parlamentario, los escritos serían tamizados y cribados antes de darles curso. Así lo prueba la propuesta original del informe elaborado por el *Whyatt Committee*, en el que se consideraba tal medida con carácter temporal, la cual debía ser abandonada a favor del acceso directo tan pronto como la experiencia lo permitiera. El texto no ha recogido esta recomendación y ha consagrado tal vía como el único cauce utilizable.

Tal preocupación también parece haber pesado sobre el legislador francés de 1973, puesto que sólo cabe dirigirse al *Mediateur* a través de un diputado o senador, los cuales darán curso al escrito si estiman que entra dentro de su competencia y merece su intervención (art. 6.º). Se rechazó una propuesta del Senado tendente a aumentar el número de personas aptas para jugar el papel de intermediario. Sin embargo, la innovación indicada no deja de ser susceptible de críticas, como más adelante indicaremos.

Los reclamantes pueden ser personas físicas o jurídicas, aunque, por excepción, Francia lo restringe a las primeras, rechazando la intervención no sólo de sociedades y asociaciones que gozan de personalidad jurídica, sino de aquellas agrupaciones carentes

de la misma. No obstante la letra de la ley, el mediador,—según consta en su primer informe anual— ha realizado una loable interpretación de la misma, admitiendo y tramitando, en algunos casos, las quejas cuando su autor se ve afectado, él mismo, por la situación que denuncia. Así, en la número 242, ha admitido una demanda del gerente de una sociedad al desprenderse que estaba afectado por las dificultades sociales que exponía.

Asimismo, Francia establece otra restricción. Sólo los administrados pueden solicitar la intervención del mediador. El artículo 8.º de la Ley de 1973 le prohíbe conocer de las discrepancias surgidas entre distintos órganos de la Administración y sus agentes. Estos no pueden elevarle reclamaciones. Se ha estimado que los funcionarios disponen del cauce necesario para hacer valer sus derechos y no es conveniente ofrecerles una garantía suplementaria. Se ha configurado la institución únicamente como un instrumento para humanizar las relaciones entre la Administración y el público. Anteriormente Gran Bretaña siguió análogo criterio. El número 10 del anexo 3 de la Ley de 1967 considera como materia no sujeta a investigación «toda medida que se tome con relación a nombramientos, separaciones, paga, jubilación u otros asuntos de personal» referentes al personal de la Administración civil o militar.

En cuanto a la nacionalidad del reclamante, no se establecen distinciones. También los extranjeros pueden utilizar esta vía sin discriminación alguna. Gran Bretaña exige que los hechos motivo de la queja no se hayan producido en el extranjero. El texto literal del artículo 6.º, número 4 dice lo siguiente: «No se sustanciará reclamación alguna en virtud de la presente ley a menos que la persona agraviada resida en el Reino Unido (o, si ha muerto, que residiera en él al tiempo de su muerte) o que la reclamación se refiera a actuaciones relativas al agraviado en época en que se hallaba en el Reino Unido o en instalaciones de una zona especificada en el sentido de la Ley de Plataforma Continental de 1964 (*Continental Shelf Act*) o en un navío o aeronave matriculado en el Reino Unido, o bien a actuaciones relativas a derechos u obligaciones que hubieren nacido o surgido en el Reino Unido, o en esa instalación, navío o aeronave.»

Un tratamiento especial suelen recibir las personas privadas de su libertad por cualquier causa: detenidos por la policía, en prisión preventiva o cumpliendo condena en prisiones, reclusos por enfermedades mentales en hospitales o establecimientos psiquiátricos, menores internados en centros de corrección, etc. Todos ellos pueden dirigirse, sin restricción alguna, al «Ombudsman». Recogido tal derecho en la normativa de los países escandinavos, se ha extendido a los textos legales de Israel, Nueva Zelanda, provincias canadienses, Hawái, Iowa y Australia Occidental. El artículo 7.º del Reglamento sueco de 1967 permite a tales personas elevar escritos sin ningún impedimento y sin las limitaciones de correspondencia a que puedan estar sujetos. El artículo 6.º de la ley noruega de 1962 les faculta para enviar su reclamación por carta certificada. El artículo 13 de la ley neozelandesa, también de 1962, dice que «la carta debe ser inmediatamente enviada al comisario, sin ser abierta por los responsables de la custodia del remitente». En análogos términos se pronuncia el artículo 21 de la Ley del Defensor del ciudadano en Quebec: el escrito ha de transmitirse inmediatamente «sin llegar a conocer su contenido».

c) *Requisitos y plazo*

Forma escrita.—La manera de plantear las quejas es simple y sencilla. Sólo se exige la redacción por escrito, que debe ir firmada por el reclamante con la indicación de su nombre y domicilio. No es necesaria formalidad alguna en cuanto a la exposición del contenido, ni se precisa la asistencia de letrado o procurador, pero debe ser el propio interesado quien firme el escrito. La Ley inglesa prevé el supuesto de que hubiese fallecido o fuera incapaz, en cuyo caso podrá formularse la reclamación por medio de representante (que habrá de ser persona física) o por un miembro de su familia (art. 6.º, 2). De la exigencia de la firma se desprende la inadmisibilidad de los escritos anónimos. Estos se rechazan de plano, salvo que el «Ombudsman», utilizando su propio poder de apertura del procedimiento de oficio, considere conveniente investigar los hechos denunciados. El artículo 8.º de la Ley alemana dice tajantemente que «no se to-

marán en consideración las peticiones anónimas». En la práctica de Suecia y Finlandia se han admitido las reclamaciones verbales, hechas durante las visitas que pueden realizar los administrados a las oficinas. En Hawái, Nebraska e Israel se reciben quejas por teléfono que pueden, posteriormente, ser pasadas a forma escrita.

La gratuidad es la regla general. Sólo Nueva Zelanda exige el abono de una libra por cada reclamación, salvo que sea dispensado de dicho pago en atención a las circunstancias (art. 13). En cambio, el ordenamiento inglés prevé la posibilidad de pagar al autor de la reclamación o testigos ciertas sumas por razón de gastos o de indemnizaciones por pérdida de tiempo (art. 7.º, 3).

Necesidad de agotar la vía administrativa.—Una de las cuestiones a saber es la de si puede acudirse ante el «Ombudsman» planteando las quejas antes o después de haber utilizado la vía de los recursos administrativos. Naturalmente, la presentación de reclamaciones y la puesta en marcha de una investigación por parte de aquél en nada afecta ni paraliza los plazos ni el cauce del procedimiento administrativo, pero lo importante es conocer si la utilización de los recursos precedentes actúa como previa condición de admisibilidad de los escritos.

En Suecia, a falta de un texto legislativo expreso, se introdujo la práctica de poner en conocimiento del reclamante la posibilidad de acudir ante una autoridad superior, o bien de enviar la queja directamente a la autoridad administrativa competente. Esta segunda práctica fue recogida por el artículo 9.º del Reglamento de 1967 al indicar que, si la cuestión puede ser adecuadamente instruida y decidida por una autoridad diferente del «Ombudsman», y si tal autoridad no la ha examinado previamente, aquél puede trasladarla a ésta para su tramitación. De ello debe darse cuenta al reclamante. Es decir, se le concede una facultad discrecional para decidir lo que debe hacer, de tal manera que, si lo estima oportuno, puede abrir investigación o, incluso, archivarla, si es «de escaso interés desde un punto de vista general o particular».

La legislación finlandesa guarda silencio, pero no así la danesa, que obliga a interponer previamente el recurso jerárquico correspondiente. Según el artículo 6.º de la ley de 1954, «las re-

clamaciones contra actos sobre los cuales puede recurrirse ante una superior autoridad administrativa no pueden presentarse ante el "Ombudsman" sino cuando la autoridad superior no ha hecho pública su decisión». En el sucesivo trasplante de la institución a Noruega se da una regulación más detallada de esta cuestión en el artículo 5.º del Reglamento de 1968. El escrito debe rechazarse de plano si puede utilizarse un recurso jerárquico, pero se debe instruir al reclamante sobre el procedimiento a utilizar y cabe también su admisión y examen cuando haya «fundados motivos de urgencia». Si ha transcurrido el plazo para interponer el recurso, el «Ombudsman» decide, en atención a las circunstancias, si abre su investigación. Cuando en el contenido de la queja existan varios hechos y algunos puedan ser objeto de recurso administrativo, ha de indicar al reclamante la conveniencia de utilizar esta vía, o puede remitirlo directamente al órgano competente. Para evitar cualquier duda interpretativa, el propio precepto legal se cuida de decir que estas normas no son de aplicación cuando sea el Rey la única autoridad competente para decidir el recurso. Es decir, se entiende agotada la vía administrativa y abierta la del «Ombudsman» cuando se ha llegado a la autoridad superior dentro del Ministerio. Asimismo, se prohíbe la actuación de aquél cuando han intervenido anteriormente sobre el hecho que constituye objeto de la reclamación el *Storting*, el *Odelsting* o el *Protokollkomitéen* (27).

La necesidad de agotar la vía administrativa suele encontrarse en los ordenamientos posteriores, en unos casos como requisito *sine quo non*, y en otros, como una exigencia que lo único que produce es la puesta en juego de una facultad discrecional del «Ombudsman» para iniciar, o no, su actividad. En este último sentido están los textos de Nueva Zelanda, provincias canadienses, Australia y Estados federados de USA. Así,

(27) El *Storting* (Parlamento) se divide al comienzo de cada legislatura, mediante elecciones en su propio seno, en *Lagting* (Cámara alta) y *Odelsting* (Cámara baja). El *Protokollkomitéen* es una Comisión permanente de la Cámara baja para examinar si los actos del Gobierno se conforman a las normas constitucionales y legislativas vigentes, así como para llevar el control contable de los órganos del Estado durante el año fiscal precedente. Para esta misión se incorporan cinco *Riksrevisorer*.

el artículo 14 de la ley neozelandesa permite al delegado parlamentario no continuar examinando la reclamación si considera que la ley o la práctica administrativa vigente establecen «un remedio adecuado o un derecho de alzada distinto del derecho de petición al Parlamento».

La ley francesa de 1973 preceptúa en su artículo 7.º que «la reclamación debe ser precedida de las *démarches nécessaires* ante las administraciones afectadas». El texto no precisa la naturaleza de los «trámites necesarios», y la doctrina del país vecino ha puesto de relieve las diferentes interpretaciones que cabe dar a la frase: ¿deberán utilizarse los recursos jerárquicos o graciabiles o bastarán simples reclamaciones previas, escritas u orales? Los debates parlamentarios no aportan ningún dato aclaratorio; sólo indican que fue rechazada una enmienda en el sentido de que «la reclamación debe ser acompañada de la prueba de que los trámites necesarios han sido utilizados ante las administraciones u organismos competentes». De la misma manera, se ignora si el cumplimiento de estos trámites previos ha de hacerse antes de cursar la reclamación al parlamentario-intermediario o pueden realizarse antes de que el escrito entre en la oficina del mediador.

Debe tenerse muy en cuenta que a través de la acción de oficio (no reconocida en Gran Bretaña y Francia) el «Ombudsman», si bien puede rechazar las quejas que no hayan agotado la vía administrativa, puede, también, actuar por propia iniciativa, si estima que el contenido, los hechos denunciados, merecen ser esclarecidos.

Compatibilidad con los recursos jurisdiccionales.—Los ordenamientos escandinavos no impiden la presentación de reclamaciones cuando se tiene abierta la impugnación de los actos administrativos por vía judicial. El particular afectado puede utilizar ambos caminos, sucesiva o simultáneamente. Las amplias facultades de que gozan los titulares del cargo en orden a la apreciación de las condiciones de admisibilidad de las quejas, les dejan suficiente margen para decidir lo más conveniente al analizar cada caso en concreto. Es práctica usual que se absten-

gan de intervenir cuando un procedimiento se ha entablado ante un órgano jurisdiccional, lo cual no restringe al «Ombudsman» sueco o finlandés —al tener concedido un derecho de control sobre los jueces y tribunales— para ejercitar posteriormente su fiscalización sobre la tramitación y decisión judicial. El artículo 6.º de las directrices danesas para el «Ombudsman», de 9 de febrero de 1962, señala que, si éste considera que el asunto pertenece a la competencia de los tribunales ordinarios, debe indicárselo al reclamante e, incluso, puede recomendar que le sea concedida asistencia legal gratuita.

El sistema francés también permite dirigirse al mediador sin haber utilizado previamente el cauce judicial. Así se desprende del artículo 7.º, párrafo segundo, de la ley de 1973 al establecer que la reclamación no interrumpe los plazos de los recursos ante las jurisdicciones correspondientes. Es decir, con posterioridad puede utilizarse la pertinente acción judicial, pero la actuación de los tribunales tiene primacía, ya que el artículo 11 le prohíbe intervenir en un procedimiento entablado ante cualquier jurisdicción ni poner en duda la legitimidad o el fundamento de una decisión judicial.

En Gran Bretaña, el *Parliamentary Commissioner* no puede abrir investigación alguna sobre cualquier actuación respecto de la cual la persona agraviada tuviere o hubiere tenido un derecho de recurso, traslado o revisión ante un tribunal, pero, con un criterio flexible, se autoriza su actuación «si le consta que en las circunstancias del caso no es razonable esperar que dicha persona utilice o haya utilizado su derecho o defensa» (artículo 5, 2). Normas análogas se encuentran en Israel, isla de Mauricio, Manitoba, Saskatchewan y Australia.

Otros ordenamientos establecen una preferencia absoluta de la vía judicial sobre la del «Ombudsman». Nueva Brunswick le prohíbe iniciar su investigación contra los actos u omisiones para los que la ley reconozca un derecho de recurrir ante «un órgano jurisdiccional legalmente establecido» (art. 12). Criterio semejante se sigue en Nueva Zelanda, Quebec y Nueva Escocia. Cabe asimismo dejar en absoluta libertad al titular del cargo para decidir la conducta a seguir. Es lo que hace Nebraska cuando

estima que «el reclamante podría racionalmente utilizar un remedio diverso» (art. 8). A falta de precisión legal sobre lo que se entiende por «racional» y «remedio», queda un amplio margen para interpretar tales términos y decidir, en consecuencia.

Plazo.—Suecia, Finlandia y Alemania no establecen plazo alguno para presentar las reclamaciones. Dinamarca fue el país que primero fijó el de un año, ejemplo que ha sido seguido por varios países. Ahora bien, en cuanto a la fecha inicial del cómputo, pueden señalarse dos criterios: el danés y noruego, que parten del momento en el cual ocurrieron los hechos (art. 6.º de sus leyes respectivas), y aquel otro que, con mayor lógica, arranca de la fecha en que tuvo conocimiento el interesado. Nueva Zelanda utiliza esta expresión, autorizando al delegado para no iniciar, o no proseguir el examen del asunto cuando «el reclamante hubiera tenido conocimiento al menos doce meses antes de la fecha de presentación de su escrito» (art. 14, 2). Igualmente, Gran Bretaña dice, en el artículo 6.º, 3, de la Ley de 1967, que «no se sustanciará reclamación alguna a menos que se formule a un miembro de la Cámara de los Comunes dentro de los doce meses siguientes al día en que la persona agraviada hubiera tenido la primera noticia de los extremos que se expongan en la queja», si bien tan tajante precepto queda a continuación paliado al permitir abrir investigación si «entiende que hay circunstancias especiales que lo justifiquen».

Es frecuente encontrar el señalamiento del plazo de doce meses, pero que no opera como absoluta condición de inadmisibilidad, sino que permite al «Ombudsman» rechazarla, si lo considera conveniente. Por ejemplo, la provincia canadiense de Alberta deja la cuestión «a su discreción» (art. 14) y Mauricio establece que no se dará curso «si la reclamación ha sido presentada con un retraso superior a los doce meses», pero añadiendo «sin ningún motivo válido» (art. 97, 7, de la Constitución).

8. FACULTADES

a) *En cuanto a la tramitación*

El derecho comparado nos muestra, sin excepción, la más absoluta libertad de los distintos «Ombudsmans» en la dirección y conducción de su actividad supervisora. El procedimiento carece de formalismo y de trámites preclusivos, por lo que los medios de prueba y métodos a utilizar quedan a su racional criterio. Es frecuente encontrar unas directrices o normas de actuación emanadas del Parlamento, o insertas dentro de la reglamentación específica de la institución, pero todas ellas son de tal generalidad, que dejan un amplio espectro de posibilidades. Todos los órganos administrativos están obligados a colaborar y a facilitar su investigación, e incluso se prevé en Suecia que, al solicitar de autoridades y funcionarios informes y explicaciones, puede obligarles a depositar hasta mil coronas (art. 10 de la Instrucción de 29 de diciembre de 1967), las cuales perderá si estima insuficientes las aclaraciones o la asistencia prestada. En Nueva Zelanda puede citar y tomar declaración bajo juramento a los funcionarios públicos a fin de suministrarle información, considerándose tal trámite como procedimiento judicial a efectos del artículo 108 de la ley penal (*Crimes Act 1961*) sobre falso testimonio (art. 16 de la ley de 1962). En la ley danesa se evita esta ficción, mediante el sistema de llamar a los testigos a deponer ante un juzgado (art. 7.º 4), con lo cual quedan sometidos a la autoridad judicial y a las correspondientes penas por desacato, desobediencia y falso testimonio. El mismo criterio sigue Noruega. La ley inglesa establece que el delegado parlamentario tiene «los mismos poderes que un tribunal, por lo que se refiere a la comparencia e interrogatorio de testigos (incluyendo la prestación de juramento) y a la presentación de documentos» (art. 8.º, 2). Si una persona obstaculiza sin excusa legal al delegado o a cualquier funcionario de su oficina «se hace culpable de una acción u omisión que constituiría desacato a tribunal (*contempt of court*) si se estuviera tramitando la investigación por vía judicial» y puede dar traslado de la infracción al tribunal (art. 9.º, 1). Ha de hacerse notar que las previsiones

legales no se aplican, porque siempre se presta—de buen o de mal grado—la colaboración pedida.

La forma usual de proceder al iniciar la investigación, bien sea a instancia del particular, o por propia iniciativa, consiste en solicitar del órgano afectado la entrega de la documentación correspondiente al caso o a la decisión administrativa cuestionada, porque en la mayoría de las ocasiones el examen de la documentación, por sí sola, permite determinar si la reclamación es justificada. La obligatoriedad de remitir cuantos antecedentes sean pedidos es una regla sin excepción en todos los textos legislativos, y en algunos, como Noruega, se expresa que, para obtener las informaciones requeridas, se aplican las normas del procedimiento judicial contenidas en los artículos 204 al 209 de la ley de Enjuiciamiento (art. 7.º).

Si del examen documental no se desprende con claridad un juicio sobre la cuestión, el «Ombudsman» escandinavo suele exigir de la autoridad o funcionario afectado una explicación por escrito, que puede transmitir al reclamante. Si tampoco existe base suficiente para formarse un estado de opinión, puede solicitar de la policía que efectúe una investigación más a fondo. También cabe la celebración de un juicio oral ante el «Ombudsman» o alguno de los letrados de su oficina para tratar de esclarecer la verdad. Suelen encontrarse en los distintos ordenamientos normas referentes a la obligatoriedad de comunicar al superior jerárquico la iniciación de la investigación, así como a la posibilidad de expresar su criterio al funcionario sospechoso de haber cometido alguna irregularidad, e incluso Dinamarca le concede la facultad de solicitar, en cualquier momento, que la cuestión sea referida al órgano al cual corresponde la incoación de procedimiento disciplinario, en cuyo caso el «Ombudsman» suspende su tramitación, debiendo ser informado sobre el resultado del mismo (art. 8.º).

El requerimiento de los documentos y la entrada en las dependencias administrativas para examinarlos, tomar datos y verificar las comprobaciones pertinentes «sobre el terreno», puede hacerse en cualquier fase de la tramitación. No cabe la negativa a la exhibición documental aunque el público no tenga acceso

a ellos o no sean conocidos ni puestos de manifiesto a los interesados. Gran Bretaña se cuida de precisar que ninguna obligación de guardar secreto ni restricción de otra clase «será de aplicación a la comunicación de datos para los fines de cualquier investigación en el marco de la presente ley. La Corona no tendrá derecho, con motivo de cualquier investigación de esta índole, a privilegio alguno de los que otorga la ley en los procedimientos judiciales en relación con la presentación de documentos» (art. 8.º, 3). Queda así prohibido utilizar el tradicional «privilegio de la Corona». En Francia se expresa que no puede rehusarse la entrega al mediador de documentos o expedientes alegando «el carácter secreto o confidencial» de los mismos (art. 13). La razón de este principio se encuentra en la necesidad de contrapesar la general ausencia de publicidad para las actuaciones administrativas y el carácter secreto de sus documentos, así como en facilitar una información real y veraz que contribuya a esclarecer la cuestión para que la opinión final del «Ombudsman» sea lo más acertada posible.

A consecuencia de este libre acceso a todos los antecedentes se establece el deber de guardar secreto profesional tanto para el titular como para el personal de su oficina, obligación que Dinamarca y Noruega hacen extensiva aunque se haya cesado en sus funciones (arts. 8.º y 9.º de sus leyes respectivas). La ley inglesa (art. 11) prohíbe revelar la información obtenida, salvo en los tres casos que enumera, impidiendo al delegado y sus funcionarios ser citados en ningún procedimiento para dar testimonio sobre cualquier materia que haya llegado a su conocimiento en el transcurso de una investigación.

Como es lógico, tiene su excepción en aquellas materias que afectan al secreto de Estado. Los ordenamientos posteriores a los de los países escandinavos suelen recoger con cierto detalle tales restricciones. Así, en Nueva Zelanda, los límites al poder de investigación del comisario en su solicitud de información, contestación o exhibición de documentos, los fija el procurador general si determina que se puede causar perjuicio a la seguridad interna o externa o a las relaciones internacionales o puede implicar la divulgación de deliberaciones o procedimientos del

Consejo de Ministros en cuestiones de naturaleza secreta, reservada o que causen perjuicio al interés público (art. 17). Normas análogas existen en las provincias canadienses y Australia. La ley inglesa prohíbe a cualquier persona suministrar información o presentar documentos referentes a deliberaciones del Consejo de Ministros o de un Comité del Consejo, precisándose la expedición de un certificado en tal sentido por el secretario del Consejo, con el visto bueno del primer ministro (art. 8.º). Francia alude a documentos concernientes «a la Defensa Nacional, a la Seguridad del Estado o a la Política Exterior» (art. 13).

b) *En cuanto a la resolución*

El «Ombudsman» no puede modificar una resolución administrativa, aun cuando la considere injusta, inadecuada o contraria a la legalidad. No constituye un eslabón superior a la Administración pública que pueda arrogarse atribuciones resolutorias, recabar la competencia y adoptar una decisión ajustada a Derecho. Sólo ejerce un control *post factum*, implicando que puede expresar su opinión sobre los puntos controvertidos, proponiendo la adopción de medidas pertinentes o formulando críticas, pero sus declaraciones o criterios personales carecen de fuerza obligatoria frente a la Administración. No obstante, se da por supuesto que, en la práctica, las autoridades administrativas deben aceptar el juicio emitido por el «Ombudsman» y, para lograrlo, los distintos ordenamientos ponen a su disposición un variado arsenal de medios utilizables para evitar que sus pronunciamientos se conviertan en puras declaraciones pláticas, principalmente la apelación a la opinión pública y al Parlamento. De otra manera, la institución tendría muy poco que ofrecer y no habría alcanzado tan vertiginosa difusión en los últimos años.

Los «Ombudsmans» sueco y finlandés presentan una característica que les diferencia netamente de las posteriores implantaciones: su carácter de Ministerio público, no sólo porque en Suecia se le declara sometido a las mismas normas establecidas para el Ministerio fiscal (art. 96 de la Constitución de 1809), sino porque puede, «en calidad de Ministerio público», promover un

procedimiento cada vez que se hayan cometido violaciones de leyes u omitido el cumplimiento de un deber inherente al servicio (art. 2.º de la Instrucción de 1967) y se le obliga a denunciar al culpable y a ejercitar la acción penal en los supuestos enumerados en los artículos 101 y 102 de la Constitución, y 16 y 17 de la Instrucción sueca, así como en los artículos 4.º al 6.º del Reglamento finlandés de 1920. Este carácter de acusador público y de procurador del Parlamento—que se explica por razones históricas y geográficas—le lleva a guardar cierta semejanza con el procurador soviético. Aun partiendo de principios distintos, ambos utilizan dos formas idénticas: acción penal ante la justicia y recomendaciones u observaciones a las autoridades administrativas (28).

En los años posteriores a su creación, el «Ombudsman» sueco era ante todo un fiscal. El error o descuido de los funcionarios, aunque fueran leves, determinaba una acción judicial. Gradualmente, fue abandonándose la práctica de entablar actuaciones ante los tribunales cuando se trataba de faltas de escasa importancia y fue siendo sustituida por la advertencia al funcionario.

Hoy en día la forma más corriente de actuar es la advertencia. Su objeto no se limita a la represión del funcionario que ha cometido una falta. Se realiza la censura del procedimiento incorrecto para conseguir una mejor protección de los derechos a largo plazo. Por ello, se formula de modo que sirva de información no sólo a quien ha obrado deficientemente, sino también a otros funcionarios, evitando una repetición de la actuación incorrecta. Así se promueve un mejor conocimiento del contenido de la ley, pues todas las decisiones importantes que toma el «Ombudsman» son publicadas en los informes anuales. La mayoría de los funcionarios leen los informes, al menos en lo que afecta a su propio ámbito administrativo, con lo que el «Ombudsman» contribuye sustancialmente a la mejora de las actuaciones y al fomento de la seguridad jurídica (29).

Con frecuencia y como resultado de la gestión del *Justitieombudsman*, el funcionario que ha cometido un error o negli-

(28) Cfr. sobre este punto ANDRÉ LEGRAND: *L'Ombudsman Scandinave*, cit., pp. 497-498.

(29) BEKELIUS: *Coloquio Internacional*, cit., p. 213.

gencia, ha abonado daños y perjuicios a la parte perjudicada, evitándose de esta manera su posterior reclamación ante los tribunales. También puede solicitar del Gobierno el resarcimiento con cargo a fondos públicos, siendo estas peticiones casi siempre atendidas.

En Dinamarca, las facultades del «Ombudsman» en cuanto a la resolución del caso planteado quedan reducidas al ejercicio de un poder de recomendación, que se ejercita de la siguiente manera: si considera que un ministro o ex ministro es responsable con arreglo a las leyes civiles o penales, presenta un escrito en tal sentido a la Comisión especial del Parlamento; si estima que se ha cometido un delito, puede solicitar de la autoridad judicial la iniciación de un sumario; si aprecia la necesidad de procedimiento disciplinario, solicita de la autoridad competente la apertura del mismo; si no existen motivos para las actuaciones anteriores, comunica su criterio sobre la cuestión a la persona afectada (art. 9.º de las Directrices de 1962).

En Nueva Zelanda, cuando el delegado estima se ha cometido una infracción, traslada su propio parecer motivado, con sus recomendaciones, a la Administración afectada, enviando copia al ministro competente. Si dentro de un término razonable no se ha tomado ninguna medida adecuada, puede ponerlo en conocimiento del primer ministro y del Parlamento (art. 19 de la ley de 1962).

Normas análogas se encuentran en los restantes ordenamientos. El «Ombudsman» británico, si estima que la injusticia no ha sido reparada, o no va a serlo, puede remitir a cada una de las Cámaras del Parlamento un informe especial (art. 10, 3), el cual, con la consiguiente publicidad que le acompaña, es una eficaz arma frente a la obstinada conducta de la Administración. De aquí que sea frecuente encontrarlo recogido en el Derecho comparado. El mediador francés, caso de no ser atendidas sus propuestas y recomendaciones, puede hacerlas públicas mediante un informe especial al presidente de la República y al Parlamento (art. 9.º).

Destaquemos asimismo que, a consecuencia de la actividad de la institución, se observa a veces la manera diferente en que

los diversos organismos aplican una disposición legal, o las lagunas o deficiencias legislativas. Una parte trascendental de su labor consiste en contribuir a lograr mayor uniformidad en la aplicación de las normas y en promover la reforma legislativa mediante recomendaciones al Gobierno y Parlamento.

c) *El informe anual*

Regla sin excepción para todos los «Ombudsmans» es la obligatoriedad de presentar un informe anual al Parlamento, conteniendo un balance de su actividad, señalando los defectos u omisiones encontrados en el Derecho positivo y presentando propuestas para su perfeccionamiento. Dicho informe se publica y puede ser conocido por cualquiera. Tal difusión constituye un arma eficaz frente a la Administración y el Gobierno. La publicidad del defectuoso o anormal funcionamiento de la actividad administrativa constituye un evidente poder persuasorio para su corrección.

En los países escandinavos, Israel y Gran Bretaña, el informe anual, antes de ser elevado al Parlamento, se remite a cada una de las Comisiones especiales designadas dentro de la Cámara para relacionarse con el «Ombudsman», las cuales lo examinan y emiten su opinión. De todas ellas, quien funciona con más rigor y eficacia es la británica. El *Select Committee* examina con gran detenimiento el informe, solicita aclaraciones si las estima necesarias y apoya con firmeza las recomendaciones y puntos de vista expuestos. Supone un valioso apoyo para la labor realizada. Desde 1972 se ha introducido la práctica de enviar, además del informe anual, unos informes parciales cuatro veces al año conteniendo el texto íntegro de los asuntos tramitados durante el trimestre, con lo que el Comité parlamentario puede llevar a cabo un examen completo.

En algunos ordenamientos, el informe anual debe presentarse no sólo al legislativo, sino también al ejecutivo. En Hawái, Nebraska, Iowa y Mauricio, al gobernador; en Francia, al presidente de la República, y en Australia Meridional se envía al Gobierno, el cual lo transmite a las dos Cámaras del Parlamento.

IV. Consideraciones críticas

No resulta sencillo, a la vista de los textos legales y de la literatura jurídica, sintetizar en unas líneas la opinión que merecen las sucesivas metamorfosis de la institución y exponer un juicio de valor, porque el enfoque de cualquier cuestión puede realizarse desde distintos ángulos, y siempre estará matizado por el criterio subjetivo de su autor. De otra parte, el funcionamiento y la eficacia de determinados órganos puede ser positivo, a pesar de tener un escaso bagaje jurídico, mientras otros, que nacen provistos de un adecuado arsenal de medios legales, pueden resultar inoperantes en la práctica. Para ello se precisaría la constatación real de su modo de actuación y el grado de fiabilidad que la opinión pública le presta. Con estas limitaciones escribimos las siguientes líneas.

a) El enorme desarrollo de toda Administración moderna, su injerencia en campos anteriormente reservados a los particulares, la participación del Estado en actividades económicas y sociales, la extensión de los fines a realizar, ha dado lugar a lo que se ha calificado de «explosión burocrática», acompañada del ejercicio de las exorbitantes potestades administrativas. La supremacía de la Administración y la creciente amplitud de su esfera de actuación no ha sido acompañada de un progreso acompasado de los tradicionales medios de control. Estos se han ido quedando poco a poco anquilosados, sin adaptarse a la dinámica de los tiempos actuales. Ni el control interno, jerárquico, ni el control parlamentario, se han revelado eficaces para frenar el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo.

El control judicial tiene más ventajas. Permite a un juez independiente e imparcial examinar la actuación administrativa, aplicar las normas y dictar una resolución ejecutiva. No podemos poner en duda los méritos y la eficacia de la tutela jurisdiccional, pero el hombre de la calle, el anónimo administrado, no encuentra suficiente otorgar a estos órganos—llámense tribunales ordinarios, administrativos, contenciosos o *Conseil d'Etat*—el monopolio de todos los remedios que puede hallar frente a

la Administración pública, porque el control judicial tampoco ha evolucionado al compás del desenvolvimiento de los fines de aquélla. En unos países, la falta de especialización de los magistrados; en otros, su desconexión de la realidad en que los órganos administrativos se mueven, y en casi todos, la existencia de unos procedimientos arcaicos y complejos que desesperan al administrado: lentitud excesiva, exigencia de condiciones de admisibilidad, plazos, reglas procesales, designación de abogado, abono de honorarios y costas... A este respecto recuerdo la frase que un abogado ponía en boca de una autoridad administrativa: «Recurra, recurra usted, que hasta que se dicte sentencia definitiva el edificio se habrá terminado, los pisos se habrán vendido a terceros y esto no lo mueve nadie.» Todo ello hace que la interposición de recursos contenciosos se haya convertido en un artículo de lujo que muy pocos utilizan. El volumen de procedimientos judiciales que anualmente se tramitan no es más que una pequeñísima muestra de los casos de irregular actuación administrativa, los cuales, por otra parte, son inevitables, dada la falibilidad de la naturaleza humana y la expansión de la actividad de los órganos públicos.

Por ello, no es de extrañar la buena acogida que se ha dispensado a la institución sueca. El «Ombudsman» ofrece simplicidad en su concepción y un procedimiento ágil, gratuito, rápido y flexible. Al administrado le basta con dirigir un escrito desprovisto de formalidades, y las actuaciones se ponen en marcha, con unos medios de investigación eficaces y apropiados para tomar conocimiento de la realidad: examen de todos los documentos, interrogatorio de funcionarios y entrada en las dependencias administrativas. No se precisa asistencia técnica alguna para el reclamante ni caben los orgumentos sutiles, dilaciones, práctica de pruebas y demoras que un letrado puede utilizar. Además, el «Ombudsman» tiene un campo de fiscalización más amplio que el juez; no sólo vigila la aplicación de la ley, sino que examina prácticas administrativas y formas de actuación que no quedan bajo el control jurisdiccional; vela por la moral administrativa en su más amplio sentido; resuelve—como los tribunales—el caso concreto, y sobre él extrae conclusiones de

general aplicación, realizando una crítica constructiva de las deficiencias detectadas, dando consejos y recomendaciones para mejorar las relaciones Administración-administrado.

Ahora bien, en ningún caso «Ombudsman» y tribunales son términos contradictorios ni excluyentes. Ambos deben coexistir y cada uno tiene su papel que jugar como controladores de la Administración. Así se ha puesto de relieve en los países donde se ha introducido esta pieza nueva en un mecanismo ya en funcionamiento; ni ha rechinado el engranaje, ni se ha desprendido ninguna de las existentes. Lo importante es plantear la cuestión en términos de complementariedad y no en términos de rivalidad.

b) La experiencia extranjera nos muestra que la figura del «Ombudsman» ha adquirido un grado de aplicabilidad tal, que su implantación es posible dentro de diversos sistemas políticos en los cuales pueda encontrarse la presencia de las fundamentales características del Estado de derecho, entendiendo esta noción en un sentido amplio, e incluso, en los países del este de Europa, bajo el clima de la legalidad socialista y con regímenes autoritarios, funciona otra institución en cierto modo análoga, la «Prokuratúra».

El magistrado sueco Kjellin señaló que «no hay razones para suponer que la institución del «Ombudsman» daría resultados valiosos únicamente en los Estados donde imperan condiciones excepcionalmente estables, con sistemas jurídicos uniformes y de larga tradición. La institución ha desempeñado un papel importante en Suecia desde comienzos del siglo XIX, cuando el país acababa de sufrir una revolución y no podía considerársele, en forma alguna, altamente desarrollado (30). Esto es cierto, pero la finalidad que persiguió el Parlamento al crear la figura fue la de salvaguardar las libertades de los ciudadanos ante el temor de un Gobierno despótico por parte del sucesor extranjero de Carlos XIII (31). Este deseo me parece verdaderamente importante

(30) BORJ KJELLIN: *Los recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio abusivo del poder administrativo, con especial referencia al papel de las instituciones parlamentarias*. Naciones Unidas. Doc. núm. 62-05841, p. 28.

(31) Fue BERNADOTTE, quien reinó con el nombre de Carlos XIV desde 1818 a 1844.

para el éxito de la institución, sentir y vivir la idea de la justicia y tener el firme propósito de someter la actividad administrativa a los principios de legalidad, responsabilidad e imparcialidad.

El deseo de reforzar las garantías individuales frente a los posibles abusos de la Administración ha de ser sincero, pero se precisa un cierto substrato para que el trasplante del órgano no sufra una total metamorfosis y quede desnaturalizado. Por ello, su implantación en aquellos de los llamados países en vía de desarrollo, que cuentan con un ejecutivo omnímodo, un legislativo ineficaz y están faltos de una base cultural y cívica suficiente, el «Ombudsman» corre el riesgo de quedarse sin voz, o de asumir funciones de un poder judicial inexistente, convirtiéndose en consejero y juez a la vez, pero supeditado a los dictados presidenciales y, en el mejor de los casos, tratar de emular a nuestro Justicia Mayor de Aragón, nacido en el siglo XII (32), cuyas virtudes y cualidades, independencia, inamovilidad y responsabilidad única ante las Cortes, le han merecido ser citado en las excelentes monografías de Haller (33) y Legrand (34) como precursor del «Ombudsman».

c) Las condiciones ideales en que se desenvuelve el «Ombudsman» son difíciles de encontrar fuera de Escandinavia:

(32) Jaime I en las Cortes de Ejea de los Caballeros de 1265 nombre al «Justicia» juez especial para que sentenciase los litigios que se plantearan entre la nobleza y el Rey. Las Cortes de Zaragoza de 1283 extendieron su competencia para conocer y sentenciar los pleitos entre el Rey y «los ciudadanos y los hombres buenos de las Villas de Aragón, Ribagorza y Reinos de Valencia y Teruel». Consiguió la inamovilidad y la inviolabilidad de su persona. Desde 1349 tuvo un lugarteniente y más tarde cinco, que habían de ser «juristas o letrados». Debía guardar y hacer guardar los fueros y libertades del Reino, de los cuales era depositario y custodio. El Justiciazo de Aragón fue calando en la conciencia popular, incrementando sus atribuciones y gozó de un merecido prestigio. Además de Juez, tenía atribuida la interpretación y aclaración de los fueros, dándoles carácter general. Era nombrado por el Rey entre la clase de los caballeros y sólo respondía ante las Cortes. Felipe V suprimió la institución y los fueros, en 1707. Cfr. VÍCTOR FAIREN GUILLÉN y bibliografía citada, en «La defensa del derecho de libertad personal en la historia y en la actualidad españolas», *Revista de Administración Pública*, núm. 69, septiembre-octubre 1972, páginas 9-58.

(33) WALTER HALLER: *Der schwedische Justitieombudsman. Eine Einrichtung zur Verstärkung des Rechtsschutzes und der parlamentarischen Kontrolle im Hinblick auf das Verhalten von Organen der Verwaltung und der Rechtspflege*. Zurich, 1964, páginas 21-22.

(34) ANDRÉ LEGRAND: *L'Ombudsman Scandinave*, París, 1970, p. 27.

sólidas y tradicionales instituciones democráticas, alto nivel de vida, civismo, aceptable dimensión territorial, población no excesiva, fácil acceso entre ciudadanos y autoridades y sentido de la responsabilidad por parte de la Administración. Al trasplantar la institución a otros países, se ha pretendido adaptarla a las peculiares exigencias de cada uno, y creo que con cierto temor ante la excesiva eficacia que podía alcanzar la innovación, por lo que el «Ombudsman» ha ido perdiendo algunas de sus atribuciones originales y ha sido despojado, poco a poco, de gran parte de sus vestiduras.

En unos casos ha sido la presión de la opinión pública; en otros, promesas electorales, quienes han compelido a los Gobiernos a introducir la institución, y éstos la han aceptado, pero procurando que la fiscalización e injerencia quedara dentro de ciertos límites, porque la seducción que el «Ombudsman» ejerce es innegable hasta el punto que, hoy en día, casi todos pretenden tener órganos semejantes. El uso y abuso de la palabra ha llegado a tal extremo, que, con una evidente degradación del concepto, se ha calificado de «Ombudsman presidencial» en Venezuela (35) a «un comisionado del presidente de la República para que conozca y tramite las denuncias, quejas y reclamos que los ciudadanos formulen al Ejecutivo Nacional sobre el mal funcionamiento de los servicios públicos, la incorrecta administración de los fondos públicos, el tráfico de influencias y, en general, sobre cualquier irregularidad administrativa.» (36), el cual es libremente designado y destituido por el presidente, quien controla sus actividades, sólo con su anuencia puede visitar órganos y servicios administrativos, y su memoria anual se destina únicamente al propio presidente de la República, sin recibir publicidad alguna (37).

d) En los países escandinavos, los autores consideran condición previa para que pueda funcionar eficientemente la institución que el Parlamento tenga la autoridad y facultades nece-

(35) GUILLERMO QUINTERO: «La experiencia venezolana del Ombudsman presidencial», *Rev. Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 3 de 1972, pp. 312-318.

(36) Decreto núm. 85, de 16 de julio de 1969, creando el cargo.

(37) QUINTERO, art. cit., pp. 314-315.

sarias para conferir verdaderos poderes. Así ocurre en ellos, aquél nombra y destituye al titular del cargo, pero ya se ha señalado cómo, en los trasplantes sucesivos, se ha ido dando mayor intervención al ejecutivo, hasta llegar a Gran Bretaña, donde le designa la Corona, y en Francia, el Consejo de Ministros. Por ello, no podemos aceptar las palabras del mediador francés en el sentido de que «el nombramiento del "Ombudsman" por el Parlamento está muy lejos de ser la regla general. El ejemplo británico es significativo a este respecto» (38). Todo lo contrario, el ejemplo inglés, y especialmente el posterior francés, constituyen la excepción, al desligar totalmente la designación de la intervención parlamentaria.

El acceso directo al «Ombudsman» nos parece la vía más adecuada para hacer llegar las quejas, y es el aceptado por todos, salvo Gran Bretaña y Francia, que exigen a los reclamantes dirigir sus escritos a un miembro de la Cámara de los Comunes o a un diputado o senador, respectivamente, los cuales, tras examinarlas, deciden si las cursan a su destinatario. Este filtro parlamentario, que Cohen en un crítico artículo califica irónicamente de *happy solution* (39), fue motivado por el temor de que el nuevo cargo se viera inundado por un aluvión de expedientes. La realidad ha demostrado que no ha sido así, pues en Gran Bretaña las quejas se han mantenido dentro de unos límites muy aceptables, e incluso han disminuido: 1.069, en 1967; 1.120, en 1968; 645, en 1970; 548, en 1971, y 573, en 1972.

Encontramos bastantes más inconvenientes que ventajas con este cauce intermedio. Por sí solo no es suficiente para revitalizar unas Cámaras adormecidas. El filtro únicamente puede conducir a dos resultados: o no funciona y se transmiten todas las reclamaciones, quizá para complacer a los electores, o por falta de tiempo o ganas para estudiarlas, con lo que no sirve más que para aumentar las molestias del administrado; o funciona, convirtiendo al diputado en un árbitro, en un calificador «en primera instancia» de la competencia y esfera de atribucio-

(38) *Rapport annuel du Médiateur*, París, 1974, p. 66.

(39) LIONEL H. COHEN: «The Parliamentary Commissioner and the "M. P. filter"», *Public Law*, otoño 1972, p. 204.

nes del *Parliamentary Commissioner* o del *Médiateur*, con los graves riesgos que lleva implícita tal calificación y que depende y es tan variable como los componentes de las Cámaras, lo que ha de llevar a una disparidad de criterios para casos análogos según las condiciones de aptitud, formación profesional, conveniencia política, etc., de cada uno. Si no se dota a los parlamentarios de los medios materiales y de asistencia técnica precisos, su tendencia será a transmitir la casi totalidad de los escritos como está sucediendo ahora.

e) Dado que el «Ombudsman» carece de atribuciones para anular actos administrativos y dictar resoluciones, su utilidad reside en las facultades exhaustivas de investigación y en la fuerza de su poder persuasivo frente a los órganos administrativos. Esta «magistratura de persuasión», como la ha calificado La Pégola (40), o poder de recomendación, para ser efectivo, ha de apoyarse en unos medios de difusión tales que permitan dar a conocer al Parlamento y a la opinión pública los casos en que la Administración obstaculiza o incumple los consejos y propuestas.

A este respecto, todos los ordenamientos han puesto a disposición del «Ombudsman» los adecuados medios disuasorios, incluso en aquellos países donde está peor dotado, como son Gran Bretaña y Francia. La ley inglesa le da las siguientes medidas de publicidad: una respuesta directa al miembro de la Cámara de los Comunes que transmitió la reclamación; un informe especial a cada una de las Cámaras si juzga que «la injusticia no ha sido reparada o no va a serlo»; un informe al Parlamento relativo a cuestiones de carácter general y un informe anual a ambas Cámaras. El mediador francés dispone de algo menos: si no recibe respuesta satisfactoria en el plazo que haya fijado, puede hacer públicas sus gestiones y propuestas en un informe especial, publicado y presentado al presidente de la República y al Parlamento. Tiene también la posibilidad de recogerlo en el informe anual.

f) De todos los trasplantes de la institución, probablemente la que ha recibido más severas críticas ha sido su última meta-

(40) ANTONIO LA PÉGOLA en *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, cit., p. 14.

morfosis: el *Médiateur*, no sólo porque los franceses, y en particular los especialistas extranjeros, han cantado las excelencias del Consejo de Estado, sino porque, a la vista de la ley de 1973, el mediador se nos muestra como un «Ombudsman» depauperado, como una sombra del sueco. La oposición socialista, en diciembre de 1972, le tachó de «Ombudsman descolorado» (41); Grjebine, de «muro de las lamentaciones» (42); para Chapuisat, es una «versión edulcorada» un «Ombudsman sacrificado», algo así como «un primer oficinista del Gobierno, una especie de ministro delegado para los conflictos con los administrados» (43). Otros, como Amson, alegan la insuficiencia y el esfuerzo inútil que supone su creación, haciendo semejante los efectos de la ley de 1973 a los de trazar una raya en el agua (44).

En términos más moderados, para Legrand, «el mediador francés constituye una nueva alteración del modelo clásico de «Ombudsman» (45). Esta apreciación es rigurosamente cierta; las variaciones son evidentes y la pérdida y limitación de sus poderes, clarísimas. Pero sólo su funcionamiento, su arraigo en la opinión pública, nos dirá si el esfuerzo ha valido la pena. El señor Pinay, primer mediador, ha expuesto sus proyectos y realizaciones (46). El balance es alentador, y el paso de los años nos dirá si contribuirá decisivamente a mejorar la actuación administrativa.

En suma, siempre que se den las condiciones básicas, apuntadas anteriormente, el substrato fundamental para que pueda germinar la institución (47), es preferible tener un «Ombuds-

(41) Cita de GARANT: *Du Protecteur du citoyen québécois au Médiateur français*, cit., p. 240.

(42) ANDRÉ GRJEBINE: «De l'Ombudsman au médiateur. En France, un défenseur des citoyens ou un mur des lamentations?», *Combat*, 31 de octubre de 1972.

(43) LOUIS JÉRÔME CHAPUISAT: «Le Médiateur français ou l'Ombudsman sacrifié», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 2, 1974, pp. 109 y 124.

(44) DANIEL AMSON: «L'institution du Médiateur: Un coup d'épée dans l'eau», *La Semaine Juridique*, núm. 17, 25 de abril de 1973.

(45) ANDRÉ LEGRAND: «Médiateur ou Ombudsman?», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 5, 20 de mayo de 1973, p. 236.

(46) ANTOINE PINAY: «Le Médiateur», entrevista en *Le Figaro*, 5 de febrero de 1973. «Quelques réflexions sur l'institution du médiateur», *La Revue Administrative*, número 158, noviembre-diciembre 1973, pp. 815-819, y en su primer informe anual 1974.

(47) Cfr. CHARLES T. BURBRIDGE: «Problems of transferring the Ombudsman Plan», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 2 de 1974, pp. 103-108.

man» *capitis diminuido* a no poseerlo. En cuanto a su implantación en España, el tema merece un mayor comentario, pero ya que hemos sido los adelantados del cargo sueco con nuestro Justicia Mayor de Aragón, no estaría de más el estudiar sus posibilidades. Aquí, como en otras cuestiones, vamos a la zaga de Europa; sería conveniente que acabáramos sumándonos a la pujante corriente, no sólo europea, sino también mundial.