

¿POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE INTRODUCIR A LOS «OMBUDSMÄNNEN» EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS DE NACIONES DE HABLA IBERICA?

A propósito de las «Bases» para orientar en Latinoamérica
la unificación legislativa en materia procesal penal,
del Prof. Dr. Jorge Clariá Olmedo

Por VICTOR FAIREN GUILLEN

SUMARIO

I. Palabras preliminares.—Origen y evolución de los Ombudsmännén.—
III. Nombramiento, régimen legal y cese.—IV. El carácter «no jurisdiccional» de los Ombudsmännén.—V. Competencias de los Ombudsmännén.
VI. Maneras de actuar. 1) *Ex officio*. 2) Las inspecciones preordenadas por la ley. 3) Las «quejas» del público. 4) Vigilancia, interpretación y comentarios a legislación y reglamentos. 5) El contacto «inmediato» con el pueblo, 6) Relaciones entre los Ombudsmännén y la prensa.—VII. Los planes de trabajo anuales de los Ombudsmännén.—VIII. El procedimiento.—IX. El final del procedimiento. 1) Favorable al funcionario o administración. 2) Desfavorable al funcionario o administración: las «recomendaciones», «sugerencias», «recordatorios», «admoniciones», «críticas» del Ombudsman. 3) Decisiones complejas. 4) Remisiones a «autoridades más apropiadas». 5) Las querellas de los Ombudsmännén en Suecia y Finlandia.—X. Las notificaciones y prosecución de los expedientes.—XI. Los «Informes» de los Ombudsmännén.—XII. Las responsabilidades de los Ombudsmännén.—XIII. Premisas elementales para admitir un Ombudsmännén en un Ordenamiento jurídico determinado.—XIV. El retraso en el despacho de los asuntos: la defensa de los «intereses difusos».—XV. Los Ombudsmännén especiales.—XVI. La introducción del Ombudsman en España.—XVII. Las posibilidades y utilidad de introducirlos en países iberoamericanos.—Bibliografía

En cumplimiento de lo acordado por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal en su reunión, celebrada en Valencia (Venezuela) durante los días 6 al 12 de agosto de 1979, nos hallamos en pleno estudio de las «Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal y exposición de motivos», elaboradas por el profesor doctor Jorge Clariá Olmedo, de la Universidad de Córdoba (República Argentina).

Como pertenecientes —a título de presidente, inmerecidamente nombrado— de la Comisión *ad hoc* allí nombrada para el estudio de los citados textos y para dar cuenta de nuestros trabajos en las siguientes jornadas y reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, en su elaboración hemos hallado algunas «Bases» que nos han hecho pensar en una posible introducción de la figura del Ombudsman o Comisionado Parlamentario para la Administración, en los países americanos de habla ibérica que aún no lo hayan introducido.

Por ello, y tan sólo en cuanto a sus relaciones con los Tribunales y con el proceso, cuando se llega al estudio de las citadas «Bases» se hallará, bien textualmente, bien en resumen, lo que a continuación exponemos.

Introducido el Ombudsman en España —bajo el inadecuado nombre de Defensor del Pueblo— por la Constitución de 1978, es lógico que antes que nadie, en los países hermanos se tenga noticia de nuestras inquietudes sobre el desarrollo legislativo futuro de la referida figura. Se nos encargó por el Instituto de Estudios Fiscales (Ministerio de Hacienda) de España, un trabajo monográfico sobre los Ombudsmänner y Comisionados Parlamentarios para la Administración y sus posibilidades prácticas en España; trabajo ya terminado y entregado, muy extenso, que esperamos vea pronto la publicidad por el Centro de Estudios Constitucionales. Lo que aquí se expone, es un simple resumen de aquél.

Como el tema —léguese a la conclusión que se llegue, positiva o negativa— es de trascendencia mundial —se habla, desde ya hace tiempo, de una «ombudsmanía»—, no estimamos inadecuado explayarnos algo sobre tal figura —no la de la «Ombudsmanía», sino sobre la de los Ombudsmänner— aprovechando la coyuntura que nos brinda el estudio de las excelentes Bases elaboradas por el profesor Clariá Olmedo; pensando, repetimos, exclusivamente, en sus relaciones con lo orgánico-jurisdiccional y con lo procesal penal.

I. El artículo 54 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, dice lo que sigue:

«Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como

alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.»

A este texto se llegó tras una larga labor; en la misma, se ve cómo nuestros legisladores, pensaban en los Ombudsmänner; figuras existentes cada vez en mayor número de países.

Durante años, y aun antes de que en España se pensase en la introducción de esta figura, habíamos venido trabajando sobre una serie de prototipos de Ombudsman (o Comisionado Parlamentario para la Administración), lo que ya pusimos de manifiesto (1) apenas comenzado el *iter* de elaboración de nuestra Ley Fundamental. El fruto de estos años de trabajo, esperemos que pronto sea publicado (2); y en tanto lo es, a título de «ano-

(1) En los coloquios sobre «La Constitución, a debate», organizados por Club Diálogos para la Democracia en Madrid y celebrados durante los días 13 al 17 de febrero de 1978; en sus págs. 28 y sig., aparece un corto resumen de nuestra ponencia a estas jornadas de estudio.

(2) El Instituto de Estudios Fiscales nos encargó la elaboración de un trabajo sobre la figura del Ombudsman y sus posibilidades de introducción en España; trabajo que resultó ser muy extenso y que entregamos a dicho Instituto el 1 de junio de 1979. En él, estudiábamos los Ordenamientos jurídicos de una serie limitada de países en los que el Ombudsman ha arraigado bien —los podríamos llamar «ordenamientos-testigo»—; ellos eran Suecia —el arquetipo—, Finlandia (de la misma familia que Suecia), Dinamarca, Noruega (de la misma familia que Dinamarca), Nueva Zelanda, Inglaterra (de la misma familia y ambos ordenamientos evidentemente inspirados en los Ombudsmen nordeuropeos; habiendo correspondido al Ombudsman de Dinamarca, profesor doctor Stephan Hurwitz, el difundir por todo el mundo, a través de conferencias y publicaciones, la «idea-madre» del Ombudsman, aunque su cuna no se hallase en Dinamarca, sino en Suecia), e Israel.

Esperemos que este voluminoso trabajo, cuyo vol. I se halla ya en impresión, a cargo del Centro de Estudios Constitucionales, no quede destinado a ser manjar de ratones en algún rincón. Mientras tanto, he aquí un resumen —forzosamente incompleto— de lo hecho.

Ya enviamos a publicación —y se halla en prensa— un trabajo sobre el «Controlador del Estado y Comisionado para las Quejas del Público» de Israel, en el cual incluíamos la traducción de la Ley reformada que lo creó y desarrolló —para la revista *Hacienda Pública Española*; que el Ombudsman israelí, toca mucho estas materias en su calidad de Controlador del Estado de Israel.

Más adelante, daremos una traducción de las Leyes de Instrucción de los Ombudsmänner de Suecia y de Finlandia; material que entendemos puede ser de utilidad si se piensa en desarrollar —así lo indica el texto constitucional— la figura del llamado Defensor del Pueblo del artículo 54 —denominación a nuestro entender inadecuada y ocasionada a confusiones— en España.

Ni en nuestro trabajo extenso citado, aún sin publicar, ni en éste, tratamos de

tación preventiva» de las prioridades, en lo que nos correspondan, daremos aquí un resumen de nuestra citada labor, acompañándola de una serie de textos legales sobre los Ombudsmännén, poco conocidos en España.

II. El Ombudsman es una figura jurídica nacida en Suecia, en el siglo XVIII, con el primitivo fin de vigilar al Consejo Real; la revolución y Constitución de 1809 lo transforman en un órgano nombrado por el Parlamento con una doble finalidad, que se conserva —o incrementa cuantitativa y cualitativamente—; la de supervisar el funcionamiento de la administra-

los Ombudsmännén «especiales», esto es, de los llamados a conocer tan sólo sobre determinadas materias (defensa del consumidor, de la naturaleza, de la bolsa, etc.), que en muchos casos no son verdaderos Ombudsmännén por no ser nombrados por los Parlamentos; ni de los Ombudsmännén regionales o locales, de mucha variedad; desde el de Toscana hasta el de Jerusalén o Tel-Aviv. Aguardamos con interés el desarrollo de los Estatutos de autonomía previstos en la Constitución y, cuando esto escribamos, aún no pasados por el referéndum, para desarrollar trabajo sobre los posibles Ombudsmännén que fijen —ya el senador Bandrés Molet propugnó la creación de Ombudsman para Euzkadi durante las discusiones del anteproyecto de Constitución en el Senado.

Entendimos que «para comenzar» era necesario hacerlo con un estudio, exhaustivo al máximo, de los países «arquetípicos» desde el punto de vista de sus Ombudsmännén. Si el trabajo sobre siete de ellos —con alusiones amplias al Médiateur francés y al Comisionado portugués— llenó no menos de setecientos folios, el trabajo sobre otros tipos hubiera supuesto otro grueso volumen, al que no renunciamos. Y, ¿qué decir de un estudio exhaustivo de todos los Ombudsmännén que hoy existen en la Tierra? Ya sólo el trabajo preliminar —la reunión de textos legales, su traducción, etc.— llevaría años; y como sucede que los Ombudsmännén, como toda institución «nace y se desarrolla», apenas hubiésemos terminado esta labor preliminar, cuando ya surgirían nuevas figuras o reformas fundamentales. El escribir sobre los Ombudsmännén es una verdadera «carrera contra el tiempo», ya que en cada Informe anual dejan ver nuevas facetas de sus actividades. De ahí la necesidad de trabajar rápidamente —como ellos lo hacen— sin perjuicio de profundizar; que lo superficial está reñido con nuestro modo de ser.

Sirva esto de excusa previa a la aparición de nuestro libro —que no renunciamos a ver— y a sus limitaciones, amén de las existentes debido a las nuestras.

Como aquí se trata de un resumen, hemos renunciado, quizá contra los cánones de la honestidad científica en apariencia, a hacer citas con las correspondientes notas; saldrían posiblemente más notas que palabras contiene este resumen. Baste saber que en el material que aquí sucintamente exponemos, hay muy poco o nada de nuestra propia aportación, a cuyo efecto, al final, damos una lista de los autores y algunas de las más importantes publicaciones que nos sirvieron para elaborar nuestro siempre citado libro; en el dicho libro se verá como escrupulosamente citamos autores, obras, «decisiones» de los Ombudsmännén estudiados, con la minucia exigible, y «a pie de texto», como debe ser.

ción, y la de defender los derechos públicos subjetivos y legítimos intereses públicos de los ciudadanos frente a aquélla.

Esta institución se ha extendido mucho por todo el mundo, contándose en la actualidad con más de ochenta países que, con diversas modalidades y amplitud de atribuciones, han creado un Ombudsman («hombre que da trámite», en traducción literal del sueco).

III. Regularmente, se exige para ser nombrado Ombudsman, y aun Ombudsman auxiliar en donde lo o los haya, el ser juristas distinguidos y de antecedentes morales y sociales impecables. De ahí va a nacer su independencia.

Por tanto, su cargo es incompatible con el de diputado parlamentario y con el de funcionario de cualquier administración (Cfr. también *infra*, § V).

Se rige por Leyes de Instrucciones dictadas por los correspondientes Parlamentos —que en ocasiones, tienen su base expresada en las mismas Constituciones; así, en la de Suecia de 1975 (reformada); en la finesa (reformada); en la danesa (reformada), etc.—. Pero obedeciendo a tales leyes, que le delimitan su campo de acción y procedimientos a seguir, los Parlamentos, se estima que *no pueden dar instrucciones* a sus Ombudsmen, «caso por caso», para cada caso determinado de que conocen; el único medio de imponérselos, una vez nombrados, es el de dictar nuevas Leyes de Instrucciones que modifiquen las anteriores, o bien, removerlos.

Originariamente, el plazo de duración en el cargo de Ombudsman, era corto —de un año—; más la experiencia ha ido aconsejando a los Parlamentos que lo nombren (por el mínimo de una legislatura) por varios años (tres, cuatro o cinco). Su mandato, es renovable por los Parlamentos —reelección— y se produce muy a menudo, lo que indica el cuidado que aquéllos ponen en escoger a «los hombres» que han de desempeñar tan espinoso cargo, ya que se trata de un caso típico en el que, la influencia del Ombudsman, más que a la Ley, se deberá al «hombre» y a sus cualidades.

Se le puede definir como comisionado del Parlamento para la supervisión de la administración, defensa de los derechos públicos y legítimos intereses de los ciudadanos frente a aquélla, dando cuenta de toda su labor periódicamente al Parlamento, o bien, cuando él estime conveniente por la gravedad de cualquier asunto. Por medio de estos informes —que no son vinculantes— llega a formular sugerencias o propuestas de reformas legislativas.

Su nombramiento, para el tipo de Ombudsman «puro», lo hacen los Parlamentos, comúnmente a propuesta de una Comisión Parlamentaria, la cual, en ciertos países, consulta también, antes de proponer candidatos, a

los jefes de los grupos políticos parlamentarios (Suecia). En otros países se nombra a propuesta de una Comisión Parlamentaria (Israel, Comisión Interna del Knesset) por el Jefe del Estado; por la Corona (Inglaterra), esto es, de hecho, por el Gobierno; en este caso, como en el de Francia —nombramiento por el Gobierno del *Médiateur*— no se trata de Ombudsmännén «puros», por ser nombrados por una autoridad a la que debieran poder «supervisar» —como ocurre en otros países, Finlandia.

Su destitución también corresponde al Parlamento, cuando el o los Ombudsmännén «ha perdido su confianza» (Suecia, Israel); en algún país —Finlandia— el Ombudsman no puede ser destituido ni siquiera por el Parlamento; éste, debe esperar que termine el plazo de su cargo, y no reelegirlo (salvo, naturalmente, que cometa un delito).

Para evitar que en la destitución de un Ombudsman interfirieran movimientos políticos inestables, en algunos países se exige para su destitución, un quórum parlamentario superior especial; el de dos tercios de los diputados parlamentarios (Noruega, Israel).

En la práctica no se ha dado nunca en los países que estudiamos (por ser los «arquetípicos» para el Ombudsman: Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega, Israel, Nueva Zelanda, Inglaterra) una destitución de un Ombudsman; a lo sumo, una amenaza de un Parlamento de «no reelegir» a un Ombudsman que se mostraba negligente (Suecia, siglo XIX); lo cual demuestra el acierto con que los Parlamentos eligen a «los hombres», superando incluso sus divergencias políticas a tal efecto; y es de desear —y así ocurre— que se elija como Ombudsman, a un personaje distinguido jurídicamente, pero alejado al máximo de la política, para que pueda evitar toda interferencia de tal tipo en el desempeño de sus funciones.

La amplitud, cada vez mayor, del campo de acción de los Ombudsmännén, ha determinado en algunos países, su desdoblamiento y nombramiento de varios; se comenzó —Suecia, Noruega— por nombrar un «Ombudsman militar», destinado a examinar y supervisar todo aquello que, en materia militar afectase a los derechos de los ciudadanos militares; se amplió el número de Ombudsmännén paulatinamente —actualmente, en Suecia, hay cuatro (en 1977 eran los doctores Lundvik, Wigelius, Uhlin y Ekberg)— o bien a nombrar un «Ayudante del Ombudsman» con casi las mismas atribuciones que el primero (Finlandia). Existen países en que sólo hay un Ombudsman militar (República Federal de Alemania) o bien Ombudsmännén civil y militar (Noruega, Israel); el Ombudsman militar sueco fue suprimido y actualmente, su trabajo lo desempeña uno de los cuatro Ombudsmén (entre 1976 y 1977, el encargado era el Ombudsman M. Karl-Erik Uhlin; y lo seguía siendo al corregir estas pruebas).

Además, cuentan con una Oficina en la que se integran secretarios, letrados y aun especialistas en otras ramas de la ciencia, los que colaboran con los Ombudsmänner y aun preparan los asuntos para su finalización, pudiendo incluso realizar inspecciones (ejemplo, Ley israelí sobre el Controlador del Estado, de 1949, arg. en Secc. 22 y sigs.; Reglas de trabajo de la Oficina del Ombudsman finés (confirmadas el 25 de septiembre de 1973 y enmendadas en lo referente al artículo 1.º, el 31 de diciembre de 1974, artículos 1.º, 3.º, 5.º y 6.º). Es especialmente nutrido el equipo del Ombudsman de Israel.

Estos funcionarios son en ocasiones nombrados por los mismos Ombudsmänner (ejemplo, Ley sueca de Instrucciones a los Ombudsmen —SFS— de 27 noviembre-18 diciembre 1975), Sección 27; «Ley de Instrucciones» al Ombudsman finés, art. 20, adicionado y enmendado por Ley de 1 de enero de 1972; Ley israelí de 1949, Secc. 22), y aun se prevé que si cesan en sus funciones, sea el mismo Ombudsman el que cuide de que no queden en situación económica desairada (sean indemnizados, art. 20 de la «Ley de Instrucciones» finesa, cit.).

IV. Para estudiar las funciones del Ombudsman hay que partir de la base de que *no es un juez ni un tribunal, que no tiene jurisdicción*. En efecto, sus acuerdos o decisiones son «sugerencias» dirigidas en su caso a una autoridad administrativa interesada en el caso concreto, o al ciudadano «quejoso»; pero *no vinculan a la administración*, la cual —aunque en la práctica sea raro el caso— puede obrar o seguir obrando contra lo «sugerido» por los Ombudsmänner. Por tanto, yerran quienes pretendan que el Ombudsman español —el Defensor del Pueblo— recuerda o tiene semejanza con el antiguo Justicia Mayor de Aragón (3). En efecto, éste tenía una importante faceta de labor como «dictaminador» —muy poco estudiada (4)—, pero sus dictámenes

(3) Hemos estudiado esta figura, sus atribuciones y sus procesos, en diversos trabajos. Así, en *Antecedentes aragoneses de los juicios de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1971; «Die aragonesische Verfassungsprozesse. Wesen und Entwicklung, Herkunft und Verbreitung», conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de Colonia en mayo de 1971 y publicadas en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 91 («Germanistische Abteilung»), Weimar, 1974, págs. 117 a 174; «La defensa del Derecho de libertad personal en la historia y en la actualidad españolas», en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 69, 1972, págs. 9 y sigs.; «Consideraciones sobre el proceso aragonés de "Manifestación de personas" en relación en el "habeas corpus" británico», en *Revista de Derecho Procesal, Publicación iberoamericana y filipina*, Madrid, 1963, I, págs. 9 y sigs., y en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, ed. Tecnos, 1969, tomo I, págs. 131 y sigs.

(4) Tratamos especialmente del «Justicia Mayor de Aragón como dictaminador» en nuestra monografía cit., «Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo», ca-

vinculaban a la autoridad que los había solicitado y la desobediencia a los mismos era castigada penalmente por el propio Justicia Mayor (5). En tanto que las «sugerencias» de los Ombudsmännén *no vinculan* a la administración interesada.

No teniendo los Ombudsmännén potestades jurisdiccionales, ¿dónde reside entonces su influencia?

En la *auctoritas*, en el sentido romano de la expresión, de la afirmación de la indiscutible validez de un acto, asentada en una serie de altos valores morales refrendados por la tradición (Alvarez Suárez). Ha sido el buen funcionamiento de los Ombudsmännén en ciertos países lo que ha basado su *auctoritas*, en el hecho de que la administración se incline ante sus «sugerencias» aunque legalmente no tengan valor coercitivo: «superioridad científica y moral».

Esta *auctoritas* no la han de conseguir los Ombudsmännén sino por su permanente contacto con el pueblo y con la administración; en un «darse a conocer» como defensor de las leyes frente a las malas interpretaciones o prácticas administrativas. De aquí que se estime que, en un país en donde «se crea» la figura del Ombudsman, una de sus fundamentales labores es la de «darse a conocer» por los interesados como defensor; labor primaria, según el Ombudsman de Israel Doctor Nebenzahl; incluso realizando viajes por el país y celebrando conferencias y diálogos «con el pueblo» a fin de que «se le conozca» (para Finlandia, véase lo que dice el propio Ombudsman Jorma S. Aalto). Sin ese «conocimiento», el Ombudsman, dado que sus «decisiones» no tienen la potestad de *coertio* —inherente a la jurisdicción, que así, le falta— deviene una figura sin trascendencia. Y la *auctoritas* se la ha ganado él, por sus propios hechos, por sus aciertos en problemas a veces muy complicados, por su discreción, ayudado potentemente por la publicidad que da oficialmente a sus actividades a través de sus «Informes», incluso en la prensa diaria, para mayor alcance y conocimiento.

pítulo II, págs. 39 a 49. Cita para quienes deseen conocer esta poco estudiada faceta de las atribuciones del Justicia Mayor de Aragón —lo ref. al escaso estudio, son palabras del profesor Tomás Valiente, en su recensión a nuestra ob. cit., en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, Madrid, 1972, núms. 2-3, pág. 728.

(5) Cfr. los Fueros I, II y III *Quod in dubiis non crassis Regens officium Gubernationes, & alii officiales tenentur consulere Iustitiam Aragonum*, de 1348, Libro I de la Recopilación foral. Por tanto, mal comenzamos si se dan a la publicidad opiniones erróneas sobre «el parecido» del Defensor del Pueblo con el Justicia Mayor de Aragón.

En nuestro libro, *El Defensor del Pueblo de la Constitución española y los Ombudsmen*, ya entregado desde fines de mayo de 1979 (T. I), para su publicación, comentamos con más amplitud este tema y los errores que ya se cometían.

Ahora bien, el hecho de que las «recomendaciones», etc., de los Ombudsmännén no sean vinculantes para los funcionarios o administradores, no impide que todos ellos se hallen sujetos a la obligación de no obstaculizarlo en el desempeño de sus funciones. En tal sentido, es muy importante la Ley inglesa sobre el Parliamentary Commissioner for the Administration de 1967, que a los efectos de esta «obstaculización» los equipara a los jueces. En efecto, la Sección 9.^a de la Ley dice que si alguien obstaculizare de cualquier manera la labor del Comisionado Parlamentario, se considerará que ha cometido desacato contra él (*contempt*. El *contempt of Court* es un desacato a un Tribunal que provoca un inmediato enjuiciamiento y condena del delincuente por el mismo Tribunal víctima del desacato; un equivalente jurisdiccional de lo que en otros países constituye objeto de «medidas disciplinarias» de tipo administrativo). En tal caso, si bien el Comisionado Parlamentario no puede proceder contra quien cometió dicho *contempt* y condenarlo, certificará del hecho y remitirá la certificación al Tribunal competente, el cual juzgará al culpable como si el *contempt* hubiera sido cometido contra él mismo.

Añadamos aquí que para garantizar su independencia se adoptan medidas a tenor de las cuales se le impide su participación activa en la política mientras desempeñe sus funciones (lo que está fijado explícitamente en la Ley israelí del Controlador del Estado, Sección 7.^a, a), y para garantizar su probidad, también Israel ha aprovechado las enseñanzas exteriores; su Ley Fundacional de 1949 declara que durante los tres años siguientes a su cese, el Controlador del Estado (y Comisionado para las Quejas del Público desde la Ley de 1971) no podrá formar parte de organismos directivos de entidades que estuvieron sujetas a sus inspecciones mientras desempeñó sus funciones (Sección 7.^a, b). Está claro que, dada la organización del Estado de Israel, existen muchas entidades que tienen relaciones de tipo económico y otros con el propio Gobierno (subvenciones, préstamos privilegiados, otros medios de ayuda) y que tales entidades están sujetas a las «inspecciones continuadas» del Ombudsman; pues bien, y por ello, éste, una vez cesado, es inhábil para desempeñar un cargo directivo en las mismas durante tres años por lo menos. Se trata de una medida de moralización que contribuye al prestigio del Ombudsman, por proteger su independencia frente a promesas, etc., que se le pudieren formular durante sus inspecciones. Desgraciadamente, no es raro el fenómeno de altos funcionarios políticos que dejan sus poltronas cambiándolas por otras no menos altas económicamente, en entidades que estuvieron más o menos conectadas con sus funciones durante el desempeño de su cargo. Y precisa poner a los Ombudsmännén a salvo de tentaciones, sustrayéndoles a bochornosos espectáculos de inmoralidad, como los que

recordamos. Y aún nos parecen pocas las limitaciones impuestas al Ombudsman en Israel; en otros países, cuyo intervencionismo sea menor, también debe procederse así.

V. Vistas estas fundamentales bases, así como la de que los Parlamentos no pueden influir en sus decisiones «caso por caso», sino tan sólo por «Leyes de Instrucciones», veamos el ámbito de sus competencias, refiriéndonos, en general, a los Ombudsmännén de los países citados.

1) Les compete la supervisión de la administración para su buen funcionamiento.

Esta supervisión, en Finlandia, llega hasta los propios ministros y al Consejo de Ministros —concurriendo con la del «Canciller de la Justicia»—; puede asistir a los Consejos de Ministros (art. 49 de la Constitución, reformado el 15 de enero de 1971) y oponerse desde allí a cualquier actividad —anteproyecto de ley, etc.— que juzgue injustos o inadecuados, teniendo a la vista la Constitución—; tiene también asiento —pero no voto— en el Parlamento (art. 59 de la Ley del Parlamento de 13 de enero de 1928). No así en Suecia y otros países en los que la responsabilidad ministerial corresponde exigirla a otros órganos.

Llega también a los tribunales —en^a Suecia y Finlandia—; puede asistir a sus deliberaciones, estudiar los autos, reclamar cualquier antecedente; los miembros del Ministerio Público deben auxiliarse, aun estando también sometidos a su supervisión [aquí puede radicar uno de los conflictos competenciales de los Ombudsmännén; con el cuerpo del Ministerio Público. No obstante, en los países en que ambos coexisten con funciones, en alguna materia paralelas, se ha llegado entre ellos a un *modus vivendi* que evita tales conflictos, o bien ha sido la propia legislación la que ha intervenido (por ejemplo, en Finlandia, atribuyendo exclusivamente al Ombudsman todo lo referente a las fuerzas armadas y al cumplimiento de las penas)].

Ahora bien, «supervisando» la actividad de los Tribunales los Ombudsmännén *no pueden atentar a su independencia*. Se hallan en un punto de equilibrio dichosamente alcanzado en los países a que nos referimos últimamente y muy difícil de sostener, pero que ha sido alcanzado.

Un retardo en el despacho de los asuntos por parte de un juez o tribunal, puede provocar una «inspección» y correspondiente «decisión» —no vinculante— del Ombudsman; una negligencia en la actuación de los mismos o del Ministerio Fiscal (esto es muy importante en los países en que éste detenta el monopolio de la acusación penal) lo mismo. E incluso puede formular él mismo querellas contra jueces y fiscales que falten a sus obligaciones (lo cual si era abundante en el siglo pasado, en la actualidad se ha

reducido enormemente, por el mejor funcionamiento de los tribunales y entrada en vigor de nuevos y mejores leyes procesales).

En la propia Constitución de Suecia de 1975 se dice que «cualquier miembro del Ministerio Público debe auxiliar al Ombudsman» (art. 6.º, capítulo 12, de la Ley de Instrumento de Gobierno).

Que la compatibilidad entre esta función «supervisora» del Ombudsman sobre los tribunales y su actuación sea en absoluto compatible con su independencia, parece difícil; pero que no es imposible, lo ha demostrado la práctica.

Contribuye en mucho a las buenas relaciones entre los Ombudsmännen y las administraciones (incluida la de Justicia, si la Constitución respectiva —Suecia, Finlandia— o las Leyes de Instrucciones lo autorizan) la «informalidad» de la actuación del Ombudsman. Con excepción de que en su procedimiento observe los principios generales comunes a todos ellos —por ejemplo, el de dar oportunidad de defenderse a las personas o entidad públicas involucradas en el caso— los Ombudsmännen cuando más familiarmente actúan —perdónese la expresión— mejor se harán comprender y llegarán a un entendimiento con dichas personas. Muchos asuntos se pueden resolver por medio de «entrevistas» —y no rígidos interrogatorios— amigables entre el Ombudsman y el o los funcionarios interesados. Y es muy grande el porcentaje de casos en los que las administraciones se han plegado a las «sugerencias» de los Ombudsmännen; a lo que auxilia la publicidad de las mismas y la actuación consecuente de la administración o funcionario interesados, a través de los «Informes» de los Ombudsmännen, tanto generales —anuales, dirigidos al Parlamento y editados para el público— como especiales, cuando algún caso concreto resulte muy importante al propio juicio del Ombudsman. Sin perjuicio de que la clave de tal influencia se halle, como dijimos, en la *auctoritas* de aquél.

2) De estos informes nos ocuparemos también posteriormente.

3) En ellos, el Ombudsman aprovecha las oportunidades que estima del caso, para «sugerir» al Parlamento correspondiente la adopción de medidas generales —nuevas leyes, reforma de las anteriores, etc.—, y siempre es escuchado con respeto, y en muchísimas ocasiones «obedecido» por los propios Parlamentos, ya que no se puede olvidar que es un Comisionado de los mismos, que sigue sus «Instrucciones». La obligación de «informar» a los Parlamentos, se halla en las Leyes de Instrucciones correspondientes; «informes» anuales siempre y especiales cuando el Ombudsman lo estime necesario o conveniente, y en algún caso —Noruega, Israel— cuando sea el propio Parlamento (*Storting, Knesset*) quien se lo pida.

VI. En cuanto a sus maneras de actuar —de iniciar su actuación—, hay varios medios.

1) Uno, al hacerlo *ex officio*, sea porque ha llegado a su conocimiento —incluso a través de la prensa— una irregularidad administrativa, sea porque la Ley de Instrucciones se lo impone.

En efecto, en algunos países —por ejemplo, Israel— se da relevancia excepcional a las «inspecciones» por el Ombudsman y sus funcionarios apoderados, de administraciones, y aun se le impone como una de sus principales obligaciones, y cada año o período se traza un plan previo de «inspecciones».

Como también la «inspección» del Ombudsman puede ser un «medio de prueba» de irregularidades administrativas, es preciso distinguir unas de otras.

A) Inspecciones «previas» al conocimiento de una irregularidad —por ejemplo, en establecimientos penitenciarios—; en el curso de las mismas, impuestas por la Ley, el Ombudsman puede descubrir tales «irregularidades» y poner mano a corregirlas a través de la correspondiente «recomendación» o «sugerencia».

B) Ya iniciado un procedimiento por cualquiera de los medios que enumeramos, el Ombudsman se considera obligado a practicar una «inspección» como medio de prueba. En tal caso, opera *a posteriori* del conocimiento de la supuesta irregularidad, y concentra su esfuerzo inspector en la investigación de la misma en concreto.

C) Esto es, las «Inspecciones preordenadas», son «abstractas» o «generales» —para descubrir «cualquier irregularidad», en tanto que, como medio de prueba, son «concretas», sobre una supuesta irregularidad ya descubierta.

2) Las inspecciones como «procedimiento completo», esto es, las «preordenadas por la Ley», tienen especial relieve en Israel. Creado en 1949 —apenas fundado el Estatuto judío— un «Controlador del Estado», sus atribuciones se reducían a las de supervisar el funcionamiento de las administraciones (para nada hablaba tal ley de su papel como receptor de quejas del público, o sea, de defensor de los derechos e intereses públicos individuales). Estas inspecciones, muy desarrolladas en su Ley fundacional y en sucesivas Instrucciones, tienen como característica la de sujetarse al principio de la «continuidad» —llamado *follow up*—; esto es, una administración que «comienza a ser inspeccionada» lo es durante un tiempo determinado, que puede alcanzar años, hasta que se vea que han desaparecido definitivamente sus irregularidades o defectuoso funcionamiento.

Son de notar las características del Estado de Israel; integrado por una pluralidad de gentes provenientes de países muy diferentes (aparte los *sabras*

o nacidos ya en territorio de Israel), que arrastraron consigo, al inmigrar, usos y costumbres muy diferentes y hasta opuestos entre sí. El unificar la labor de estas personas y grupos dando un ritmo socialista a su trabajo —muestra de ello son los *Kibbutz*— era tarea urgente y grave. De ahí la aparición de esta figura, rodeada de una fuerte cantidad de técnicos y auxiliares, y la necesidad de inspeccionar las administraciones con continuidad, sistemática y no esporádicamente, como se lo pueden permitir otros países.

De tales «inspecciones» y de las irregularidades en ellas descubiertas, así como de las «sugerencias» o «recomendaciones» o «censuras» emitidas por el Controlador como consecuencia, da éste cuenta al Knesset por medio de una Comisión especial del mismo; pero tal Comisión podía eximirle de informar formalmente —ello existe también en otros países— cuando de la actividad del controlador, publicada, pudieren devenir peligros para la seguridad nacional, para las relaciones y el comercio del Estado de Israel con otros Estados. «Inspección continuada».

Pero se produjo un extraordinario fenómeno: la Ley Fundamental del Controlador del Estado de Israel de 1949 nada le atribuía en cuanto a la defensa —siempre por medio de «recomendaciones», etc., no vinculantes, pero basadas en una *auctoritas* que pronto se ganó— de los derechos e intereses públicos subjetivos de los individuos lesionados por la administración y puestos de manifiesto a través de «quejas».

Pues bien, pese a este silencio legal los ciudadanos de Israel, comenzaron a producir «quejas» ante el Controlador del Estado, y éste, actuando *praeter legem* si no *contra legem*, comenzó a adoptar decisiones sobre tales quejas —siempre recomendaciones, sugerencias, etc.—. Esto es, se atribuyó a sí mismo, sin autorización legal, la potestad de admitir «quejas del público», de instruir, en su caso, procedimientos sobre las mismas, y de emitir al fin, si procedía, «sugerencias», «recomendaciones», «recordatorios» no vinculantes, a funcionarios y administraciones (6).

El Knesset no reaccionó ante estas actividades *contra legem* o al menos *praeter legem* y en materias de *ius cogens*, ni destituyendo al Controlador del Estado, ni promulgando una Ley en la que se le prohibiese tal especie de actuaciones; a la inversa, en 31 de marzo de 1971 se promulgó una Ley —capítulo VIII de la del Controlador del Estado de Israel de 1949— por la que se creaba el cargo de «Comisionado para las Quejas del Público»,

(6) Cfr. BOUM, «The parliamentary control over the administration, including the Ombudsman», en *Israeli reports to the seventh international Congress of Comparative Law*, The Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law, 1966, esp. págs. 61 y siguientes.

cargo acumulado al de «Controlador del Estado de Israel» en la misma persona —en concreto, en el doctor Ytzhak Nebenzahl—; pero disponiendo de una nueva «división» *ad hoc* en cuanto a medios personales y materiales, en la Oficina del primero (Sección 31).

Y este nuevo oficio estaba destinado —ya lo indica su nombre— a recibir, tramitar y contestar (siguiendo claramente el modelo nordeuropeo) «quejas del público».

Con lo cual se completaba en Israel la figura del Ombudsman con sus dos tipos de atribuciones fundamentales: la de supervisar a las administraciones y la de atender a la defensa de los derechos e intereses públicos de los ciudadanos.

Este *iter* histórico demuestra que a un Estado nuevo «nacido de la nada», no sólo se le dio la forma de Estado —unitario— y de Gobierno —republicano y no monárquico, aunque no faltasen en la Biblia ejemplos de grandes monarcas— que estimó conveniente, sino que fue organizando su administración, en lo central y en lo municipal, tal y como entendió también adecuado a sus peculiares circunstancias, sin prejuicios y sin heredar «cargas históricas» de las que tanto pesan en la legislación de los pueblos (por ejemplo, la del gran «peso» de la administración en Francia y países que se inspiraron en ella a tales efectos; la del gran «peso» de los poderes judicial y parlamentario en Inglaterra, etc.). El pueblo, los ciudadanos, de origen tan diverso y de diversas educaciones, entendió que era necesaria una figura que atendiera a sus «quejas» de modo rápido y económico; desde un principio «tomó» al Controlador del Estado de Israel como Ombudsman. Y así se le denomina ahora.

3) Otro medio —ya estamos aludiendo a él— de iniciar los Ombudsmänner sus actividades, es el de las «quejas» de los ciudadanos (advirtamos que en Israel también pueden «quejarse» las personas no israelíes).

Las «quejas» analizadas aquí de modo sintético sobre la base de la normativa de los siete países aludidos, son, en principio, «informales», fuera en lo posible del formalismo burocrático y aun judicial. Su contenido exigible es mínimo: identidad del «quejoso» y filiación completa, así como designación del funcionario u oficina pública contra la cual se dirige la queja; una breve exposición de los hechos y el acompañarla de los documentos que en su favor estime oportunos el «quejoso».

En cuanto a la «forma», regularmente, debe ser escrita y directa; pero en ciertos países se admiten también las orales y las formuladas por correo. Incluso de modo tuitivo, en algunos de ellos —Noruega, Finlandia, por ejemplo— en la misma oficina de los Ombudsmänner hay miembros de la

misma que bien reducen a escritos las «quejas orales», bien ayudan a redactarlas a los ciudadanos.

4) Otro medio de actuar el Ombudsman —esta vez en defensa de la buena legislación o reglamentación— es la de vigilar la labor legislativa del Parlamento y reglamentaria de las administraciones, emitiendo comentarios o interpretaciones escritas a las que da publicidad incluso en la prensa. Baste saber que tales interpretaciones son muy apreciadas de los Tribunales y de los letrados en ejercicio. (No en vano el Ombudsman es un «comisionado del Parlamento».)

5) También, y a efectos de difundir su labor y permanecer en contacto directo con el pueblo —principio de intermediación— algunos Ombudsmänner acuden a la celebración, durante sus viajes a comarcas alejadas sobre todo, de reuniones públicas, en las cuales expresan sus puntos de vista sobre determinados problemas y dialogan con los asistentes, resolviendo dudas y aprovechando el material reunido para sus futuras actividades. No es concebible un Ombudsman «secreto».

6) Entre los Ombudsmänner y la prensa hay relaciones recíprocas de gran interés jurídico y sociológico; ésta, al dar «noticias», pone en conocimiento del Ombudsman irregularidades sobre las que procederá sin más —la lectura de la prensa diaria es un instrumento indispensable del buen funcionamiento de la oficina de un Ombudsman, y a la recíproca, legalmente se sirve el Ombudsman de la prensa para difundir —a efectos de ejemplaridad y otros— sus decisiones (aparte los «informes» que debe presentar al Parlamento).

Y en tales «informes» aparecen en no pocas ocasiones intervenciones de los Ombudsmänner como consecuencia de noticias aparecidas en la prensa.

VII. Para cada período anual del desempeño de sus funciones, en la oficina del Ombudsman se traza un plan de trabajo desarrollando las Leyes de Instrucción y acomodándolas a las circunstancias de cada actualidad (verbigracia, mayor interés sobre la criminalidad juvenil, sobre el tráfico de drogas, sobre la prostitución), además de materias tan diferentes como lo son la vigilancia de la Seguridad Social (ésta se halla excluida del campo de acción del Parliamentary Commissioner for the Administration inglés, pero controlada por los Health Service Commissions, del pago de pensiones, de arrendamientos de viviendas construidas o subvencionadas por el Estado, etc.).

Este plan de trabajo comprende la recepción, trámite y resolución sobre «quejas»; la práctica de «inspecciones» *ex officio*; las posibles intervenciones prelegislativas del Ombudsman; la redacción de las «sugerencias», etc., y la de los «Informes». (Cuando hay varios Ombudsmänner —caso de Suecia— se distribuyen entre ellos el trabajo con unidad de criterios.) No es ex-

traño que los Ombudsmännén, al resolver casos se inspiren en doctrina sentada por sus antecesores. (Entre muchos, recordamos aquí un caso en el que el Ombudsman sueco, doctor Ulf Lundvik, en su decisión, citaba como conforme con él a su antecesor, el Ombudsman Wennergren.)

VIII. De las quejas —que las hay a millares—, se declaran inadmisibles las que el Ombudsman diputa superfetatorias, malévolas o impertinentes; de lo que da cuenta al «quejoso» de modo fundado.

En cuanto a las admitidas a trámite, es fundamental conceder derecho y oportunidad de defensa al funcionario o departamento contra los que la «queja» se dirige; defensa escrita que puede ampliarse por el Ombudsman mediante interrogatorios informales acompañados de exhibición o entrega de documentos, etc. (lo mismo que el Ombudsman puede llamar al quejoso para que complete o explique mejor su queja, o para que intente refutar la defensa de la administración o funcionario interesados). Puede llamar testigos y peritos, incluso —en los casos en que en su oficina no los haya de la especialidad requerida— extraños a ella. En Israel se ha dado el caso —por defectos en la construcción de viviendas por la agencia competente del Ministerio de la Construcción, AMIDAR— de que habiendo el Ombudsman nombrado un perito en construcción —del Instituto Oficial Technion— AMIDAR pretendió que las reparaciones se efectuarían según el plan de sus propios peritos, por lo que fue amonestada por el Ombudsman.

De especial relieve son las inspecciones como medio probatorio. Las puede proponer expresamente el «quejoso» o aparecer como necesarias o convenientes para el Ombudsman. Cuando se trata de inspecciones de prisiones, todo el procedimiento se rodea de garantías de independencia del preso o privado de libertad para comunicar con el Ombudsman; se le garantiza que las cartas dirigidas a éste lo son bajo sobre que la administración penitenciaria no puede abrir; tienen los privados de libertad derecho a conversar y hacer peticiones personalmente al Ombudsman durante sus inspecciones, fuera de la presencia de funcionarios de la administración penitenciaria. Las inspecciones, naturalmente, pueden ir combinadas con testimonios, etc.

El «secreto funcional» es muy relativo frente a los Ombudsman; inexistencia en la práctica —por razón de ley— en los países de Nordeuropa; limitado en Inglaterra el «Privilegio de la Corona», tras arduos debates de las dos Cámaras en la preparación de la Ley de 1967 que creó el Parliamentary Commissioner for the Administration (cfr. Stacey).

(Téngase en cuenta que tanto el Ombudsman como sus funcionarios están ligados por la obligación de «secreto» profesional que se entiende, en

algún país —expresamente Dinamarca— incluso al tiempo posterior al desempeño de sus funciones.)

IX. Una vez instruido el asunto, el Ombudsman le da final.

1) Este puede ser favorable al funcionario o departamento público afectados. En tal caso, el Ombudsman no sólo lo comunica al mismo y sus superiores y al «quejoso», sino que lo publica con una doble finalidad: a) la de que la justificación del funcionario o departamento sea conocida por el público en general, y b) la de que el «quejoso» se dé cuenta de las razones que el Ombudsman tiene para rechazar su queja.

2) El final puede ser desfavorable al funcionario o departamento involucrados.

En este caso, el Ombudsman emite por escrito una «recomendación» en diverso tono; desde la «sugerencia» hasta la «severa crítica», pasando por el «recordatorio», la «admonición», etc. En ningún caso tales «decisiones» afectan de modo vinculante al funcionario o departamentos interesados.

El Ombudsman, en algunos países, puede imponer a estas personas o entidades la obligación de darle cuenta de las consecuencias de su «recomendación»: si se ha cumplido o no, cómo y por qué causas; y, en su caso, vuelve a insistir, y dará cuenta al Parlamento en un Informe, si es necesario, especial. Como se ve, el Ombudsman debe tener «las espaldas bien cubiertas».

En general, ya se ha dicho que las administraciones y funcionarios se hacen eco y obedecen tales «recomendaciones» aunque jurídicamente no les vinculan. De una parte, espera la *auctoritas* del Ombudsman (si no la adquiere y conserva, está perdido); de otra, la publicidad general y parlamentaria que dará al caso. A ningún funcionario le place el hallar su nombre como desobediente al Ombudsman cuando éste le «recomendaba» la enmienda de un error, en la prensa diaria y con una publicación oficial —generalmente de gran difusión— como lo es el «Informe anual» del Ombudsman al Parlamento respectivo. En la publicación de los informes, puede omitirse el nombre de los interesados para no causar perjuicio inútil, a juicio del Ombudsman, mas por la denominación del cargo «se sabe» quién fue el funcionario afectado.

No cabe recurso alguno contra las decisiones del Ombudsman. Se pensó que debería haber un recurso de «apelación» en Suecia, mas se desechó este pensamiento, dado el carácter extrajurisdiccional y no vinculante que tienen las «decisiones del Ombudsman» (Lundvik).

3) Como consecuencia de un solo «expediente» tramitado por el Om-

budsman, pueden surgir decisiones diversas con respecto a una serie de actos; por una, dirigirse «recomendaciones» o «censuras», y por otro, expresar «no haber lugar» a tales recomendaciones o censuras (un ejemplo, lo hemos visto en un intrincado caso en el que se hallaban complicados en un asunto de espionaje, en Suecia, ciudadanos suecos. El Ombudsman, a quien llegaron muchas quejas, no censuró a la policía por haber actuado contra ellos; pero sí por haber instalado micrófonos en el domicilio particular de una dama extranjera).

4) La resolución del Ombudsman puede consistir en una declaración de que compete a «otra autoridad más apropiada» el actuar sobre el caso concreto, indicando al quejoso cual es dicha autoridad. O la de declarar que lo que procede es promover un proceso propiamente dicho.

5) En otras ocasiones, los Ombudsmen suecos procedían ellos mismos a querellarse; actualmente, en los pocos casos que se registran, simplemente ordenan a un miembro del Ministerio Público que se querelle. En algún caso —Finlandia— el Ombudsman, con autorización previa del Parlamento, puede querellarse contra ministros (y lo ha hecho en algunas ocasiones, obteniendo condenas por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones).

X. Una vez dictada esta «decisión», el Ombudsman debe notificarla a los interesados. En los fundamentos de la misma, hallarán, el funcionario, administración y ciudadano interesados, el motivo por el cual es positiva o negativa para uno de ellos.

Y en algunos países —Finlandia y especialmente Israel— el Ombudsman no da por terminada su labor hasta que no recibe de la administración o funcionario interesados, en caso de «recomendaciones», noticia sobre el cumplimiento de las mismas; y si hay incumplimiento, además de tornar a «recomendar» lo que ya hizo anteriormente (se trataría de un «recordatorio» en sentido estricto) y de la nueva publicidad correspondiente, puede dar cuenta del caso al Parlamento a través de la Comisión parlamentaria *ad hoc* (que, en Suecia, es la Comisión Constitucional del Riksdag; en Israel, la Comisión Interior o Permanente del Knesset).

XI. Además de poder dar a la publicidad general en diferentes formas sus decisiones, los Ombudsmän tienen regularmente obligación de elaborar un Informe anual dirigido al Parlamento; Informe editado o a editar (a menos que el Parlamento, por tratarse de materias muy delicadas a que se aludió, exima de publicidad al Informe o a una parte de él), que contiene un resumen de las más importantes actividades desarrolladas por el Ombudsman durante el ejercicio que finaliza. Y las estadísticas necesarias.

Tales Informes son muy apreciados por el público en general y por los juristas en especial, pues en ellos se halla «el modo de pensar y de interpretar las normas» de «alguien» que se «halla muy cerca del legislador». Incluso los Tribunales los tienen en cuenta. Por ejemplo, a la vista tenemos un caso —Israel— en el que, habiendo un ciudadano desobedecido la recomendación del Ombudsman y habiéndose planteado proceso jurisdiccional sobre el tema, el propio Tribunal Supremo, condenando (justamente al desobediente al Ombudsman), dijo que «ya era malo que se hubiera hecho necesario que se produjeran ante el Ombudsman quejas contra él; y peor, que no hubiese obedecido a su recomendación») (Kerber).

Además de los Informes generales anuales al Parlamento, los Ombudsmänner pueden dirigirlos «especiales» sobre casos extraordinarios, durante el año.

En todos esos Informes es donde el Ombudsman puede «formular sugerencias pre-legislativas», de creación de nuevas normas o de sustitución o mejora de las existentes en vigor.

Regularmente, los Informes anuales se discuten primero en la Comisión Parlamentaria *ad hoc* que emite a su vez dictamen sobre su aprobación total o parcial; pasan al Pleno, el cual opera de semejante forma.

XII. A los Ombudsmänner, por responsabilidad en el desempeño de sus funciones, los controla el Parlamento (que los nombró, aunque sea de constitución diferente por nuevas elecciones), el cual puede declarar en algunos países «que ha perdido su confianza» (Finlandia, Israel, Suecia, Inglaterra argumentalmente) y, por tanto, los cesa. En cuanto a las responsabilidades civiles y penales, habida cuenta de la altura del cargo —equivalente en muchos casos al de Magistrado de un Tribunal Supremo—, se les deberán exigir ante Tribunales superiores.

XIII. Para la introducción de los Ombudsmänner en determinados regímenes estatales jurídicos, es preciso diferenciar: A) entre aquellos que se hallan «en desarrollo», esto es, en que su propia Administración se halla en construcción, con lagunas y necesidades de crecimiento suplidas por «usos», por «prácticas» que pueden ser nocivas o incluso ilegales, y B), aquellos que se hallan «históricamente contruidos desde el punto de vista administrativo», en los que, introducir una figura más —una rueda más— en el complicado sistema de garantías de una ya potente Administración, resultará o difícil, o superflua, o inoperante, si no se transforma en un «organismo más de la simple burocracia».

Anotemos que aquél era el caso de Suecia cuando apareció el Ombudsman (en 1909) con sus trazos actuales (7); que éste es el caso de Israel, que «construyó a su propio Ombudsman progresivamente, al paso de la construcción y mayores y progresivas complicaciones de su Administración», por «haber partido de la nada, del desierto».

Mas ello no obsta a que, en otros Ordenamientos —los del tipo B)— el Ombudsman, pueda ser necesario no para construir (o mejor, ayudar a construir) administración, sino para «corregir» los defectos y achaques de lo ya construido, por causa de vejez o inadecuación a la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas de cada país.

Y que el Poder legislador utilice como «sugeridor» de reformas a un especialista de su confianza —a un «comisionado» por él mismo— puede completar la visión que del pueblo y sus situaciones tenga. Los parlamentarios, podrán dedicar más tiempo a legislar (fundamentalmente, para eso se les eligió), dejando a un lado las «quejas» —o una parte de ellas— de sus electores; encargando a un organismo especializado el cuidarse de ellas. Estas consideraciones pesaron mucho en la introducción del Comisionado Parlamentario para la Administración en Inglaterra (8). Y conste que lo que allí se calificó prematuramente de «Ministerio de estupideces» resultó ser muy útil; no todo lo que se encargaba al Comisionado era una «estupidez», y el pueblo inglés notó —*a posteriori*— la falta de este nuevo órgano en ocasiones muy sonadas en que su intervención habría sido de gran importancia (casos de Profumo, de Crichton, etc.) (9).

Pero no se puede imponer una nueva institución administrativa tan sólo por «capricho» o por la llamada «ombudsmania»; precisa tener en cuenta previamente datos reales sobre la idiosincrasia de los elementos de cada pueblo, de su educación social y política, de sus posibilidades de crear una

(7) Cfr. p. ej., arg. en STEN RUDOLPH, «Sweden's Guardians of the law. The Chancellor of Justice», en ROWAT, *The Ombudsman citizens defender*, 2.^a ed., George Allen & Unwin Ltd., 1968, págs. 20 y sigs.; BEXELIUS, «The Ombudsman for civil affairs», en ROWAT, *ob. cit.*, esp. págs. 28 y sigs., y 40 y sigs.

(8) Esta preocupación se ve a lo largo de la dilatada discusión parlamentaria inglesa que terminó con la Ley de 22 de marzo de 1967, creando al Parliamentary Commissioner for the Administration. Cfr. p. ej., STACEY, *The british Ombudsman*, Clarendon, Oxford, 1973, *passim*; arg. en el «Memorandum» elaborado en 1962 por «Justice» —Sección Británica de la Comisión Internacional de Juristas— sobre el «Informe Whyatt», en MARSHALL, «The United Kingdom», ROWAT, *ob. cit.*, págs. 83 y siguientes.

(9) Cfr. sobre el «caso Profumo» en relación con la creación del Comisionado Parlamentario inglés, STACEY, *ob. cit.*, págs. 31 y sigs., y 243; sobre el «caso Crichton Down», STACEY, *ob. cit.*, pág. 4.

verdadera *auctoritas* sin confundirla con una dictadura o con un instrumento que facilite el caos; precisa, «no crear un Ministerio de estupideces».

Lo que sí es posible que se precise, es de un instrumento que, utilizando una verdadera *auctoritas* añadiéndole una publicidad general imparcial y no facciosa, y sin llegar, en lo posible, a utilizar resortes tan graves como lo son los de un proceso penal o contencioso-administrativo, demuestre a funcionarios faltos de «educación funcional» (y «social» también; en tanto en los países escandinavos como en su seguidor en este punto, Israel, la cortesía de los funcionarios para con el público es esencial y su falta, es grave; conocemos ejemplos de «reproches» formulados por el Ombudsman israelí recientemente, a funcionarios groseros) que se «les puede poner en su lugar públicamente, sin gran esfuerzo de los Tribunales»; o bien, que «se les pueda restaurar la buena fama» oscurecida por una «queja» infundada, poniendo además de manifiesto el abuso cometido por el «quejoso» (10).

XIV. Es la contemplación en los Códigos, de fenómenos tan inadmisibles como el del retardo en el despacho de los pleitos, tanto por parte de jueces como fiscales lo que nos lleva a pensar en la posibilidad de introducir la figura del Ombudsman.

Bastante lentos son ya de por sí los incidentes que pueden retardar el curso de los juicios —por ejemplo, el de «acumulación»; el de «separación»; los de «competencia», y otros, para que se admita la lenidad de los miembros de aquéllos y de éstos —jueces y fiscales—; entendemos no ser suficiente el aplicar el «apartamiento de una causa» al juez o miembros del Tribunal que se excedió de los plazos legales para dictar sentencia; insuficiente que se confíe el monopolio —o «cuasimonopolio» de la acción penal al Ministerio Público, máxime si éste se halla ligado al Ejecutivo a través de sus jerarquías; en caso de «no-actuación» de un miembro del Ministerio Fiscal, esto es de «no querellarse» cuando procedería una querrela, los ciudadanos quedan inermes. La acción popular es un remedio muy enérgico, pero no exento de graves peligros. Pero si se la encauzase —para determinadas familias de delitos— a través de un Ombudsman o Defensor del Pueblo, en el caso de que el Ministerio Fiscal no actuase (indebidamente), podría ser aceptable en general. Y aun siendo, como somos, partidarios de la «acción penal popular» existente en España (art. 101 de la LECRIM) el hecho de que en su interposición o ejercicio —y en el de la subsiguiente o

(10) Sobre todo ello, e *in extenso* nos remitimos a nuestro libro *El Defensor del Pueblo de la Constitución española y los Ombudsmen*, entregado para publicación en mayo de 1979 al Instituto de Estudios Fiscales y en edición por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

contenida pretensión o pretensiones— interviniese un personaje de la altura jurídica y moral —*auctoritas*— que deben concurrir en un Ombudsman, constituiría, a la vez, un freno (para evitar querellas temerarias o dolosas) y un acicate (proporcionando ayuda de un especialista, en su caso) al que prepara una «acción popular».

Además, existen delitos en que la víctima, «es» una serie de personas inorganizada, sin dirigentes que la defiendan en caso de agresión contra tal multitud de personas. El Ministerio Fiscal se halla ya saturado de quehaceres; por otra parte, dichas actividades, pueden no ser delictivas, sino tan sólo ilegales administrativamente. Los recursos contencioso-administrativos, son limitados (en cuanto a la «suspensión del acuerdo recurrido») y largos —más caros—. Fenómenos como los de los atentados contra la naturaleza, que hieren a toda una comunidad sin organización —«masa difusa»—; como los de la defensa contra la elevación indebida de precios —defensa del consumidor, de la «masa de consumidores»— nos llevan hacia la figura del Ombudsman. Y, en efecto, ya existen Ombudsmen para el consumo, para la bolsa, etc. (aunque en casos, no se trate de verdaderos Ombudsmänner, ya que son nombrados por el Ejecutivo). El autocontrol de la administración, podría dar paso a un «heterocontrol» del Legislativo a través de un Comisionado, de un Ombudsman.

(No se puede dejar de citar a los cada vez más frecuentemente llamados Ombudsmänner del consumidor.)

XV. En no pocas ocasiones, se «crean» Ombudsmänner «especializados» en cuestiones candentes; mas en no pocas, no se trata de un Ombudsman «puro» —pues no nombrado por el Parlamento—, sino más bien de un «supervisor» en determinados campos de acción.

Así —sin intentar agotar la lista—, en Suecia, el llamado «Antitrust Ombudsman» (1954), es nombrado por el Gobierno y no por el Parlamento (su trabajo se basa en la Ley-Antitrust de Suecia); el «Ombudsman de los consumidores» —enero de 1971—, también es nombrado por el Gobierno y no por el Parlamento [sus atribuciones son muy importantes, ya que repercuten en la «inversión de la carga de la prueba», punto al que en Suecia se concede especial importancia (11)]; en Noruega, el Ombudsman de los

(11) Preocupa —y no sin razón— a los juristas suecos, la conexión del sistema de libre apreciación de la prueba, con el «legal», ya que las normas sobre el *quantum* de la prueba, necesario para que un tribunal pueda formar su convicción, mejor que con el problema de la «carga de la prueba», lo puede tener con un «cálculo de probabilidades».

(Aunque el problema no sea nada nuevo, ya que la «prueba legal» se ha basado

consumidores —Ley de 16 de junio de 1972 sobre el Control de Mercados— es nombrado, no por el «Storting», sino por el Rey en Consejo; y en términos generales, tampoco deben ser considerados como Ombudsmännen «puros» ni el Comisionado Parlamentario británico —nombrado «por la Corona», pero *de facto* por el Gobierno, aunque a destituir posiblemente a petición de las dos Cámaras—, ni el Médiateur francés, nombrado por el Gobierno; ni el Correctional Investigator canadiense, designado por el General Solicitor y el Privy Council; pero sí el Parliamentary Commissioner neozelandés —nombrado por el gobernador general, mas a propuesta de la Cámara de Representantes; y el israelí State Comptroller in his capacity of Commissioner for Complaints from the Public (1949-1971), nombrado por el Presidente del Estado de Israel, pero a propuesta de la Comisión Interior del Knesset y a destituir por éste (por el mismo quórum especial que en Noruega: dos tercios de los miembros del Parlamento).

En cuanto a los llamados —unas veces con exactitud, otras sin ella— Ombudsmännen regionales o locales, también hay diversidades. Puede considerarse que lo es el Defensor Cívico de la Región Toscana, ya que es nombrado por el Consejo Regional; en general, los de diversas provincias canadienses, por análoga razón; con la variante del Ombudsman de Quebec, designado por la Asamblea Legislativa mas a propuesta por el Primer Ministro; el de la ciudad de Zürich, etc.

XVI. ¿Cómo deberá constituirse y funcionar el Defensor del Pueblo en España?

Este trabajo no está concebido como para terminarlo con sugerencias para un anteproyecto de ley, tal como ha hecho algún otro autor (12), pero no entendemos abstenernos de formular algunas conclusiones al efecto.

Téngase en cuenta, en primer lugar, que se trata de una institución extraña la que en la Constitución de 1978 «nace»; y que no se puede pretender

siempre en un cálculo jurisprudencial de la «normalidad en el resultado de cada prueba, según experiencia histórica», la nueva experiencia *succa* tiene gran importancia. La doctrina, la sigue evocando (así, p. ej., EKELÖF, «Free evolution of evidence», en *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm, 1960, pág. 15 y sigs.; BOLDING, «Aspects of the burden of proof», en la misma revista, 1960, págs. 13 y sigs.; WAABEN, «Criminal responsibility and quantum of proof», siempre en la misma revista, 1965, páginas 246 y sigs.; en general, BADER GINSBURG-BRUZELIUS, *Civil procedure in Sweden*, Columbia University School of Law. Project on international procedure, Martins Nijhoff, La Haya, 1965, págs. 295 y sigs.)

(12) Así, p. ej., PELLÓN, *ob. cit.*, al final págs. 130 y sigs.; ULL FONT, *ob. cit.* al final, págs. 483 y sigs.

que *a nativitate* tenga la madurez de las que acabamos de describir; y, sin embargo, de ellas o de las semejantes de otros países, deberemos extraer una gran cantidad del material que nos sirva para construir al Defensor del Pueblo.

Habida cuenta el número de habitantes de España, no estimamos que deben nombrarse menos de cinco Ombudsmännén (Suecia ya tiene cuatro), distribuyéndose las tareas «por Ministerios» o entidades paraestatales o protegidas por el Estado; a estos cinco Ombudsmännén podrían añadirse quizá otros de atribuciones territoriales y competenciales más restringidas para regiones autónomas e incluso grandes municipios. Ahora bien, precisaría establecer muy cuidadosamente las fronteras de actuación de cada uno de ellos, para evitar actividades que condujeran a resultados contradictorios o incoherentes entre sí.

Deberían ser todos ellos juristas de reconocida probidad, ciencia y experiencia, lo más alejados posible de la política (tomando ejemplo de la ley israelí).

Su régimen de incompatibilidades —que ya se esboza en la misma Constitución, deberá ser también muy extenso y rígido; otro modelo lo podemos hallar en la ley israelí; aceptamos con agrado que una vez cesados los Ombudsmännén, en sus cargos, perdurasen durante un determinado plazo las *imposibilidades* para ser miembro directivo de alguna entidad, fuere paraestatal o protegida por el Estado de cualquier manera, fuere particular. El plazo de tres años previstos por la Ley israelí (sección 7.ª, b), parece prudencial. Debe imponerse el sistema de una «declaración de bienes o intereses económicos», de tipo público y dirigida al Parlamento, del nombrado Ombudsman (Defensor del Pueblo) antes de tomar posesión. El cese del mismo (o de los mismos) debe llevar consigo una comparación entre el volumen de bienes que el Ombudsman poseía, por sí o por persona interpuesta («testaferro») al tomar posesión de su cargo y al cesar en el mismo; naturalmente, se deberá tener en cuenta una serie de factores de «enriquecimiento honesto y justo», derivados del posible envilecimiento de la moneda, bienes adquiridos por el Ombudsman o los familiares bajo su égida con base en ingresos honestos. Esto es, todo Ombudsman, al cesar en su cargo, quedará sometido a una «inspección» de su hacienda. Debe ser el Parlamento el que decida que un Magistrado del Tribunal Supremo actúe como inspector. Del resultado de ello se dará cuenta a las Cortes Generales (a ambas Cámaras). El ex Defensor del Pueblo que resulte con fallos en este «proceso contable», podrá ser sujeto a responsabilidad civil y criminal. Si en tales casos, resultare absuelto, podrá —naturalmente— ejercitar la llamada «acción pública» de nuestra LECRIM contra aquella persona o

personas que pusieron en duda su honestidad («difamación extrajudicial») (13), pero, si se tratase de Diputados o Senadores, no precisará de «antejuicio» de los previstos en nuestra LECRIM —arts. 757 y sigs.—, ni de acudir al procedimiento previo «cuando fuese procesado un Senador o Diputado a Cortes» (arts. 750 y sigs. de la LECRIM); esto es, podrá dirigirse criminalmente contra cualquiera de los individuos que produjeron una «difamación extrajudicial», directamente, cualquiera que fuere su situación política o administrativa.

Los Defensores del Pueblo (Ombudsmänner) no deberán actuar formando «colegio»; esto es, a salvo la posibilidad de consultarse los unos a los otros, cada uno de ellos, deberá ser totalmente independiente de las opiniones de los demás; no puede haber subordinación *inter pares*, aunque sí «coordinación» de las actividades de cada uno para evitar omisiones o duplicidades. El hecho de que en Suecia existan cuatro Ombudsmen, no significa que todos queden sujetos a «instrucciones» del primero; esta materia tan vidriosa (14) de la distribución de los asuntos entre los varios Ombudsmänner (o Defensores del Pueblo) debe solucionarse, tal como en Suecia (esto es, dejando que el propio Ombudsman plural, sea el que fije sus propias competencias, sin que el Parlamento —a menos que lo haga por «Ley de Instrucciones»— pueda modificar tales criterios; siguiéndose así el principio fundamental de que «El Parlamento nombra, destituye —en casos exhaustivamente fijados— y da instrucciones a los Ombudsmänner por medio de leyes; pero no puede influir sobre éste (o éstos) caso por caso».

Siguiendo con la organización del Defensor del Pueblo (u Ombudsman) y, como se dijo, si se sigue la tendencia de nombrar, no sólo Defensores

(13) Quien desee conocer mejor lo que yo llamo «difamación judicial» o «extrajudicial» vea mi libro *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, Barcelona, ed. Bosch, 1950, págs. 131 y sigs.; nuestro trabajo «El desistimiento», en *Estudios de Derecho procesal* cit., págs. 598 y sigs. esp., y «El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil», en la misma obra, esp. págs. 632 y sigs.

Nótese que el Tribunal Supremo ha admitido nuestra noción de la que bautizamos «difamación judicial», en diversas sentencias (naturalmente, se debe a la publicidad de actuaciones procesales y está muy lejos de ser un delito; pero socialmente, se produce; y lógicamente, aun se debe arremeter con más severidad contra la «difamación extrajudicial», aunque provenga de Senadores y Diputados).

(14) Ya hay algún autor español que sugiere una distribución de competencia entre los «cuatro» Ombudsmänner que propone (Cfr. ULL PONT, *ob. cit.*, pág. 485).

Cfr. en el Informe anual 1976-1977 de los Ombudsmen de Suecia, con respecto a la distribución de sus quehaceres («The swedish Parliamentary Ombudsmen. Report for the period July 1 1976 to June 30, 1977», cit., págs. 467).

del Pueblo a escala nacional, sino también Defensores del Pueblo regionales o municipales será preciso fijar un sistema de normas que impidan las contradicciones entre las «recomendaciones» de unos u otros.

Este punto es también muy complicado. Téngase en cuenta, para comenzar, *que ni los Defensores del Pueblo nacionales ni los regionales, ni los municipales, tienen jurisdicción propiamente dicha*, sino solamente una influencia «personal» que debe construirse y luego derivarse, de su conducta personal en el oficio. Y, en segundo lugar, que teniendo todos el mismo rango extrajurisdiccional, nadie puede impedir que uno de ellos formule una «sugerencia» o «recomendación» o incluso «un áspero reproche» contra algún funcionario o autoridad administrativos; más he aquí —segunda razón—, que la aparición de Ombudsmännén regionales, provinciales o locales, pondrá de manifiesto necesidades de cada entidad interesada en determinados problemas, que en otra entidad regional, provincial o local, o bien no se manifiestan, o bien tienen signo diferente o aún contrario (me estoy acordando de los Ombudsmännén para los consumidores, que deben atender a necesidades mejor locales que nacionales y que *en ningún modo* deben ser nombrados por el Ejecutivo o por las administraciones) (sistema contrario al sueco y noruego), sino por los cuerpos constitucionalmente autorizados para asumir su «autogobierno» —leemos «normatividad estatutaria—; si de otro modo fueren nombrados, no deben ser denominados Defensores del Pueblo, para evitar confusiones. La coordinación de funciones de cada uno de estos Defensores del Pueblo va a devenir cuestión de urgencia, para conjugar las necesidades de cada región, provincia, etc., con los generales; por ello he recordado el ejemplo, primario y candente de «la defensa de los consumidores»; los géneros de consumo primario que en una «provincia» (valga el ejemplo, aunque no es exacto) «casi sobran» y, por tanto, el «mercado» es mucho más barato; en otras «faltan» o «cuasi faltan», de lo que deviene su más alto precio en el «mercado».

Las reuniones periódicas de los Ombudsmännén para cambiar impresiones y acordar unificaciones de «decisiones sobre quejas que tienen la misma base, aunque se produzcan en diferentes lugares», nos parece un elemento fundamental.

Cierto es que hay otra solución: la de los Ombudsmännén itinerantes —a través de inspecciones que les impongan sus «leyes de Instrucciones»—; si este método da excelentes resultados en algunas materias (v. gr., en los países escandinavos, las «inspecciones» de prisiones, establecimientos psiquiátricos u otros lugares en los que se hallen personas privada de su derecho de libertad de movimientos; y en Israel en las «inspecciones» severísimas, cfr. los Capítulos 2.º y 3.º de la Ley del Controlador del Estado y Co-

misionado para las Quejas del Público, tantas veces citadas *supra*), ello se debe, a nuestro entender, fundamentalmente, al sistema del *follow up* —continuación hasta el final—, «inspección continuada» israelí; los Ombudsmen nordeuropeos se quejan de las insuficiencias de personal que les impiden seguir este sistema, adoptado en Israel; débese tener *este dato real* muy en cuenta: Esto es, que, sin ninguna «Oficina» (nombre anglosajón y nordeuropeo) no debe crearse un Ombudsman para España, más aún debe constituirse una Oficina del Defensor del Pueblo, con amplias posibilidades de concierto de personal y material. De lo contrario, el futuro Defensor del Pueblo sería *a nativitate* un *ser* inane.

Se adopte o no el sistema «inspección hasta final» —el *follow up* o el semejante *post audit* (e insertamos nosotros, el de labor pre-legislativa de los Ombudsmen sin excitación de nadie, o bien como secuela de una de sus investigaciones, con lo que quedaría, a nuestro entender, al nivel de los ordenamientos jurídicos extranjeros examinados), a lo que no ha lugar, a nuestro entender, es a «crear» (?) una institución desconocida en España, sin un período de *ensayo* («de rodaje» diría algún contumaz de vehículos de motor).

Ahora bien, se nos plantea el problema clásico para este período de «ensayo» ¿Es necesaria ya una *planta* orgánica del Defensor del Pueblo?

La respuesta es «sí»; mas a los funcionarios —o empleados— que el Defensor del Pueblo escoja, preciso es, dada su «temporalidad», el dotarles de garantías frumentarias —al menos— para el día en que dejen de ser «funcionarios del Defensor del Pueblo». La Ley de Instrucciones de Finlandia, en su artículo 20 (norma, como las de los artículos 10 al 24, por Ley de 2 de enero de 1972), dice que:

«Es el mismo Ombudsman (*Eduskunan oikeusasiamies*) el que nombra y dimite a los miembros del *staff* de su oficina. Es el mismo Ombudsman el que debe acreditar que sus empleados sean indemnizados cuando dejan sus puestos.»

Cierto es que el cese de un Ombudsman no debe acarrear el cese de todos sus funcionarios —en esto discrepamos del Ordenamiento finés; no es menos cierto que se le debe dar un gran margen de autonomía para que sea él mismo quien escoja su propio personal; más entendemos que se debe tratar de «personal técnico» (consejeros técnicos, letrados), pero no del administrativo ordinario, el cual puede nutrirse —previo un curso de aprendizaje— por elementos que provengan de la administración, pero —eso sí—, dejando que sea el Ombudsman quien los escoja o devuelva a la administración de procedencia. De no aceptarse este sistema intermedio el *apparatus* de cada Ombudsman resultaría enormemente caro.

Los consejeros y letrados podrían ser encargados por los Ombudsmännén de la práctica de ciertas actividades en la investigación; pero ésta no podrá terminar nunca sin la inspección directa del Ombudsman; y tales subordinados —en esto seguimos el ordenamiento sueco, art. 15 de la Ley de Instrucciones— no podrán adoptar por sí mismos ninguna «decisión» («recomendación», «sugerencia», «reproche», etc.).

Debe también resolverse el problema de la duración del cargo de los Ombudsmännén; si los británicos lo han resuelto en favor de la «estabilidad en dicho cargo» (ya que tan sólo pueden ser cesados por S. M., por mala conducta y/o a petición de las dos Cámaras, o por jubilación, a los sesenta y cinco años) tiene el indudable atractivo de la «profesionalización» del cargo y de la seguridad que los Ombudsmännén pueden tener sobre su futuro (así opina Ull Pont y los argumentos no son desdeñables, ni mucho menos); más en contra, un Ombudsman —el primer Ombudsman sueco actual, Dr. Ulf Lundvik, no se muestra partidario de que los Ombudsmännén deban permanecer en su cargo durante más de tres períodos (en total, en Suecia, doce años), ya que podrían «adocenarse» (permítase esta no muy correcta pero sí expresiva palabra) y que precisa «renovar las ideas» de cuando en cuando en su oficina.

De los dos sistemas, estimamos preferible el escandinavo: duración de un período de cuatro años; reelegibilidad limitada, y a su cese, la concesión de una pensión honorable (no de sangrantes «derechos pasivos»). Las normas finesas resuelven el caso de que el elegido Ombudsman o Ayudante del Ombudsman, fueren funcionarios y percibieren un sueldo; al pasar a percibir el de Ombudsman, deben renunciar a la parte del mismo que está incluida dentro de los límites del de Ombudsman o Ayudante (art. 7 de la Ley de Instrucciones); cuando los futuros Defensores del Pueblo españoles provinieran de un cuerpo de funcionarios percibiendo sueldo del Estado, se podría aplicar tal disposición. Y naturalmente, como un plazo de cuatro años es largo y el vacío que el nombrado Defensor del Pueblo produce en «su administración de procedencia» puede ser grave, al nombrado se le debe considerar en la situación especial de «relevado» de tal cargo (Instrucciones finesas); sin perjuicio de que, al cesar en el cargo de Ombudsman (o de Defensor del Pueblo), pueda retornar a su cuerpo de origen (lo cual puede acarrear, evidentemente, conflictos administrativos internos, que no son imposibles de resolver), pero añadiéndose a su sueldo ordinario un exceso que a título de pensión como ex Ombudsman, llegase a alcanzar, contando con el importe de aquel sueldo, el que como Ombudsman percibía.

Lo mismo se puede predicar de aquellos funcionarios técnicos que el Ombudsman elija y que hayan de cesar con él.

Entendemos, además, que se debe evitar que el nombramiento de los Ombudsmänner coincida con el de una legislatura determinada (lo cual puede conducir a la «politización» de aquéllos); esto es, salvo que incurran en la desconfianza de la nueva legislatura —y que se prueben las razones de esta desconfianza debidamente—, los Ombudsmänner deben continuar en sus cargos hasta el final legal de los mismos. En resumen, aunque nombrado con la intervención de elementos políticos, el Ombudsman no puede estar totalmente a merced de la política; acabaríamos teniendo siempre Defensores del Pueblo (u Ombudsmänner) «mayoritarios» con el consiguiente trauma para las actuaciones de los mismos.

El personal de la Oficina de los Defensores del Pueblo debe ser suficiente y bien retribuido; los técnicos, no tienen por qué seguir la suerte de los Ombudsmen que los escogieron, a no ser que un nuevo Ombudsman renuncie a sus servicios por desconfianza fundada.

Si se piensa en todo lo que de Israel hemos dicho en cuanto a la abundancia de medios —y aún así, se debe recurrir en ocasiones a técnicos que no pertenecen a su «equipo»— piénsese en la cantidad y calidad de las personas que en España deberemos poner a las órdenes de los Defensores del Pueblo, a menos de crearlos con impotencia.

Por último, en cuanto a su remoción —salvo el caso de renuncia espontánea, extinción normal de su plazo— adoptaríamos el sistema noruego e israelí; la «desconfianza» deben manifestarla las dos Cámaras, con respectivos quórum al menos de dos tercios de sus miembros. Es un sistema que garantiza la mayor seriedad en la valoración de las causas de destitución, como coadyuva a evitar que los Defensores del Pueblo dependan de una mayoría parlamentaria unipartidista (a menos que tal mayoría sea abrumadora, pasando con mucho de los dos tercios de los representantes en cada Cámara).

Las Cortes Generales deben formular la Ley orgánica del Defensor del Pueblo (de que habla el art. 54 de la Constitución); y no vemos ninguna razón para que esta ley sea enmendada o modificada cuando las circunstancias lo aconsejen (lo mismo que ha venido sucediendo en Suecia, Finlandia e Israel); pero deberá seguirse el principio de la *independencia* de los Defensores del Pueblo; esto es, limitando al Parlamento a modificar su actividad «mediante leyes», pero no mediante intervenciones «caso por caso». Esta práctica está repudiada en los países con Ombudsman que hemos estudiado.

Vistas en el texto, *supra*, las atribuciones de los Ombudsmänner o Parlamentario Comisionado de los países que hemos estudiado, y el mismo texto del art. 54 de la Constitución, ya sabemos «aproximadamente» cuáles son los límites de sus competencias.

Los más críticos, son los relativos a sus relaciones con los tribunales y con el Ministerio Público. Han sido estudiados en el apartado V, *supra*. Para nosotros, la famosa e indebidamente temida supervisión de los tribunales suecos y fineses por los Ombudsmännren debe reducirse a un mínimo que además, se halle «dentro de la Constitución», naturalmente; así cuando se trate de «dilaciones indebidas», acudiendo a la autoridad judicial disciplinaria competente para que intervenga; o de infracciones procesales gravísimas —por inconstitucionales, por atentar contra el art. 24 de la misma— denunciándolas al Ministerio Fiscal, y si éste no interviniera, no fundamentando bien su abstención, pudiendo en tal extremo caso, intervenir el Ombudsman —pero sólo como tal, sin «resolver» sobre el fondo del asunto.

Sí que estimamos, dada la construcción actual en España del Ministerio Fiscal, que si éste se halla ligado con el Poder Ejecutivo, para tal caso, en el capítulo 6.º § 6, de nuestro libro, hemos delineado lo que podría dar la intervención —subsidiaria— del Ombudsman (o Defensor del Pueblo) en la vía penal y aun en la contencioso-administrativa.

Por otra parte, este temor de «choques» de los Ombudsmen con el Ministerio Público y con los tribunales, pertenece casi totalmente al pasado y así puede verse en el texto citado; y aun pueden evitarse, haciendo que en la oficina de los Defensores del Pueblo haya al menos un Magistrado —en comisión de servicio (15); y un miembro del Ministerio Fiscal —también en comisión de servicio—. Esto es: una intervención del Defensor del Pueblo en la administrativa, reducida al mínimo (16), pero no excluida totalmente para casos muy graves.

Por lo demás, y si se consigue salvar estos escollos —lo cual, con buena voluntad de «las partes» debe suceder; y hasta que los Tribunales defiendan, dentro de su esfera, «lo que ha hecho el Defensor del Pueblo» y que éste respete la cosa juzgada y aun se apoye en ella (hemos visto ejemplos de los dos fenómenos en Israel, *cfr. supra*)— entendemos que la parte más complicada de las competencias del Ombudsman quedará bastante aclarada (sin olvidar además, *que no tiene jurisdicción*).

Sí que admitimos que el Ombudsman pueda comparecer como parte ante los Tribunales e incluso interponer recursos, cuando estime que una sentencia contiene una doctrina no beneficiosa para el interés general.

En cuanto al resto del campo administrativo, debe caer bajo la supervisión de los Defensores del Pueblo —en la parte comprendida por la alusión del art. 54 de la Constitución—; lo cual, es evidente que va a provocar con-

(15) Tal es también la posición de ULL PONT, *ob. cit., infra*, pág. 485.

(16) Bastante más fuerte se muestra PELLÓN, *ob. cit., a. f. esp.* págs. 126 y sigs.

flictos. El que tarden en resolverse no debe desesperarnos; muchos años tardaron en Escandinavia en aposentar a las administraciones y a los Ombudsmen. La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo debe ser —dentro del enorme ámbito que le ofrece el art. 54 de la Constitución— lo más minuciosa posible, cuidando especialmente de reducir al mínimo «las zonas de fricción» entre los Defensores del Pueblo y las administraciones.

Con respecto a la intervención administrativa de tipo «discrecional», si nos parece evidente que este terreno no se puede suprimir, sí que debería darse a los Defensores del Pueblo la posibilidad de intervenir (siempre con «recomendaciones» o «sugerencias» o incluso «críticas») así como cuando se produjeran «desviaciones de poder» (17); se trataría de reducirla a una actuación «razonable», que no sea «injusta, impropia u opresiva». Ya tenemos ejemplos de ello en Nueva Zelanda y en Dinamarca, además de Israel. Y recordemos, para ahuyentar falsos temores administrativos, que el *Ombudsman* no tiene jurisdicción ni sus «sugerencias, recomendaciones, etc.» vinculan a la administración; mas recordemos igualmente que puede esgrimir ante ésta argumentos de peso formidable, los que, dada la debida publicidad, deben poder influir en la conducta de la función discrecional de la administración.

En cuanto a la interpretación de las leyes, ya es norma casi general —y «valor entendido»— que los Ombudsmänner deban poder hacerlo, sin que esta interpretación tenga otro valor que «el de su propio peso científico»; pero «creando doctrina científica», el Ombudsman puede coadyuvar —es el «impacto indirecto» de Nebenzahl— tanto a la mejora de las primeras (a través de sus informes a las Cortes o al público) como a la labor creadora de «doctrina legal» por parte del Tribunal Supremo.

¿Imposición de penas? No. Que, en determinados casos —y sobre todo, ante la inhibición del Ministerio Fiscal— pueda acusar, lo vemos claro; y que él mismo pueda imponer, más que penas, «correcciones disciplinarias» en el ejercicio de su cargo (v. gr., multa a una persona por él citada y que se niega a comparecer); sin perjuicio de que ponga los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Al deber los Defensores del Pueblo «dar cuenta las Cortes Generales» —sus Informes— estimamos que debe presentar uno, general, «anual» —siempre a través de la Comisión parlamentaria que lo controle—. Otros para «grupos de casos de importancia» e incluso informes especialísimos cuando se halle ante algún «caso» de mucha gravedad, que no admita dilación en ser puesto oficialmente en conocimiento de las Cortes.

(17) Cfr. ALZAGA, *ob. cit.*, a. f. pág. 654.

Pues bien, ya se ha visto en el texto, *supra*, cómo los Ombudsmännén, a través de estos «informes» pueden «sugerir» o «recomendar» modificaciones legislativas. Su debido (¡mucho cuidado con aislarse!) contacto con la realidad diaria, le puede hacer descubrir en la legislación —y en la normativa secundaria— defectos de gravedad a remediar. El imponerle que se abstenga de denunciar tales defectos a la autoridad interesada —la primera, las Cortes Generales— a fin de que se mejore la correspondiente normativa, nos parecería sencillamente absurdo. Estos informes deben ser considerados como una «fuente de trabajo del Parlamento».

Otro problema —éste, en cuanto a quienes pueden «quejarse» al Ombudsman— es el de si debe admitirse la posibilidad de que también sean personas jurídicas las que se «quejen». Si se admite el principio de que las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de la actuación de los Defensores del Pueblo, la contrapartida deberá ser la de admitirlas a «quejarse». Ahora bien, tan sólo debe el Ombudsman iniciar una investigación sobre tales «quejas» «cuando se estime competente», y entre las personas jurídicas, habrá conflictos que otra legislación y otras autoridades deben resolver. El que los Ombudsmen rechacen *ad limine* «quejas» «por estimar que hay otra autoridad más apropiada para resolver sobre ellas» (Suecia) es muy frecuente. Naturalmente, todo el campo de los conflictos de Derecho privado, debe estar excluido de las actividades de los Defensores del Pueblo (u Ombudsman); y en cuanto a las personas jurídicas (recordemos que hay un sistema —el inglés—, según el cual aparece como apéndice a la Ley del Comisionado Parlamentario una lista de personas jurídicas de Derecho público sujetas a él); si se tratare de una de Derecho privado, o aun tratándose de otra de Derecho público, el conflicto fuese político, debe inhibirse. Recordemos los múltiples artículos de la Constitución de 1978 que tratan de «personas jurídicas» y que por hallarse su regulación prevista en el título primero de la Ley Fundamental, admiten la intervención del Defensor del Pueblo. (Siempre «sugiriendo», «recomendando», etc. y «dando cuenta a las Cortes Generales».)

No hemos tratado aquí de los Ombudsmännén militares; tema de extraordinario interés, su examen supondría un profundo estudio previo de la organización, sistema de disciplina en el servicio y sistema «disciplinario» (que no es lo mismo) de cada ejército. Y cada uno de ellos tiene peculiaridades (no es ciertamente la misma la organización del ejército noruego —allí hay un Ombudsman militar colegiado— que la del alemán o la del israelí). Se propende a la creación de Ombudsmännén militares —que, en ocasiones, sólo tienen de Ombudsman el nombre—. Problema, pues, de gran entidad que aquí no se «margina» peyorativamente, sino que precisamente por su im-

portancia «autónoma» de los Ombudsmännén civiles (en la República Federal Alemana no hay civil, pero sí lo hay militar) se deja para estudio aparte.

¿Qué medios utilizarán los Defensores del Pueblo para iniciar sus actuaciones? El artículo 54 de la Constitución nos deja en la oscuridad.

No obstante, debemos colmar —lo deberá hacer la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo— este vacío con inspiración en el Derecho comparado. Y así aparecerá como clave de la actividad de los Defensores del Pueblo la «queja» de los ciudadanos. No debe tratarse de un acto formalista e incluso no debe impedirse que sean funcionarios de la oficina de los Defensores del Pueblo quienes ayuden a los «quejosos» a redactar sus quejas (ejemplos, en Noruega y en Finlandia); quejas orales —a ser ratificadas por escrito— o escritas, incluso admisibles por correo certificado, y con contenido individualizador del «quejoso», de la autoridad o funcionario contra quien se dirige la queja y una exposición del fondo de la misma que luego puede ser completada por los propios Defensores del Pueblo o por sus letrados.

También deberán poder los Defensores del pueblo comenzar sus actuaciones *ex officio*, bien cuando efectúen las «Inspecciones» a que la Ley Orgánica debe obligarles —y en el curso de las cuales «salte» un acto ilegal de su competencia—, bien cuando reciban noticias por otros medios de comunicación, incluidos los masivos.

Mas en cuanto a la «queja» y su presentación, hay dos sistemas diferentes: 1.º El de presentarla directamente ante el Ombudsman (y si éste se juzga incompetente, la remitirá a la autoridad que estime como tal, que muy bien puede ser un diputado o senador); y 2.º El inglés, consistente en que el «quejoso» formula la «queja» ante un diputado de los Comunes, y éste la transmite al Comisionado Parlamentario.

En este último caso, se trataba de crear «un filtro» a fin de que cuestiones absurdas —o políticas— llegasen al Comisionado Parlamentario; pero ese «filtro» tiene un inconveniente: el de hacer que los diputados y senadores —cuya fundamental misión es la de legislar— consuman tiempo en la determinación de si la queja merece o no ser transmitida al Comisionado Parlamentario o ser por aquéllos repelida *ad limine*. Ahí vemos un peligro, y lo vieron los ingleses, de tal modo que su Ley del Comisionado Parlamentario para la Administración de 22 de marzo de 1967 equipara los «actos de obstrucción de la actividad del Comisionado» al *contempt of court*, y entre tales actos debe ser incluido el de que un diputado no entregue injustificadamente una «queja» al citado Comisionado.

Un sistema de notificaciones muy complejo (Sección 10 en la Ley) asegura la actividad del Comisionado Parlamentario.

Sin embargo, y por razones de especialización, estimamos mejor el pri-

mer sistema; el «quejoso» se dirige directamente al Ombudsman (al Defensor del Pueblo en España), y es éste quien puede «desviar» las quejas de modo fundado hacia otra autoridad e incluso hacia un diputado o senador (dando cuenta a las Cortes de todo ello en informes que preferiríamos fueran mensuales) (18).

Volviendo a la iniciativa *ex officio* de los Ombudsmen y de los futuros Defensores del Pueblo en España.

En el texto, *supra*, hemos hecho especial hincapié en distinguir las «Inspecciones» que los Ombudsmen efectúan *ex officio*, con independencia de un caso concreto, «sin saber lo que van a hallar», y aquéllas que tienen lugar durante una investigación sobre personas y hechos determinados, ya iniciada, y como medio probatorio.

El primer tipo lo hallamos de extraordinaria importancia, y aún mejor si se utiliza el sistema israelí del *follow up*, de «inspección continuada» a una oficina, establecimiento, etc., que ya ha cometido una infracción. Los Defensores del Pueblo deben siempre asegurarse de cuál ha sido el comportamiento del funcionario o autoridad frente a los cuales dirigía una investigación («obedecer» o «desobedecer» sus «sugerencias, recomendaciones, recordatorios, etc.) y no debe cejar ante obstáculos que se le opongan o subterfugios, dando cuenta a las Cortes de lo que ocurra en los casos graves, así como al Ministerio Fiscal cuando surja la sospecha de haberse cometido un acto delictivo (sistema de Israel).

En el procedimiento ante el Ombudsman, deben respetarse los principios básicos del proceso: contradicción, igualdad de los interesados, competencia del Ombudsman o del funcionario en quien éste pueda delegar para ciertas actividades según lo que le ordene la Ley Orgánica; y no vemos inconveniente para que esta Ley Orgánica sea modificada cuando las circunstancias y la experiencia lo aconsejen; he ahí el ejemplo de la Ley de Instrucciones finesa, que contiene disposiciones desde 1919 hasta 1972, o el de la israelí, que promulgada solamente para un «Controlador del Estado», amplió su campo de acción al crear —en su seno— la figura (confundida personalmente con la del Controlador estatal) del «Comisionado para las quejas del público»].

Ya en el curso del procedimiento —aparte las posibilidades que deben concederse a los Defensores del Pueblo de repeler una «queja» *ad limine* por infundada totalmente o por inadmisible o por propia incompetencia—

(18) De ahí que en la Oficina de los Defensores del Pueblo deban existir letrados que preparen los borradores de informes; tal ocurre en Finlandia y en Suécia, por lo menos.

los Defensores del Pueblo deben tener a mano todos los medios de prueba admitidos por las leyes, con la corrección debida en cuanto a modernizarlos, hacerlos elásticos y evitar formalismos inútiles.

Pero la seguridad jurídica general nos lleva, como en los demás países, a fijar un límite temporal *ad quem* para la presentación de las «quejas» a los Defensores del Pueblo. Entre los plazos que observamos en el Derecho comparado, el más adecuado nos parece el de un año a partir de «la finalización de los hechos que motivaron la queja» o «del conocimiento de tales hechos por el quejoso» [fecha de conocimiento que debe ser investigada por el Ombudsman (o Defensor del Pueblo) de oficio, aun cuando el funcionario o administración sujetos a la «queja» no lo hicieren].

Pero este plazo de caducidad (mejor que de prescripción) debe tener excepciones que casi todos los ordenamientos que hemos examinado recogen: las de que el Ombudsman o el Comisionado Parlamentario conociendo los hechos tras el curso del citado año, sin embargo, considere como favorable o necesario al interés general el abrir una «investigación» de oficio, o reabrir la de una queja ya precluida que rechazó, por haber él mismo descubierto estos hechos.

Una vez terminada la «investigación», los Ombudsmänner (y los Defensores del Pueblo deberán hacerlo) notificarán su «decisión» (rechazando la queja o admitiéndola y formulando «recomendaciones», etc.) al «quejoso», a la autoridad contra la que la «queja» se dirigió y a su superior jerárquico. Si no deben admitir nunca «quejas anónimas», sin embargo estimamos favorable que los Defensores del Pueblo —como el Comisionado israelí—, llegado el momento de dirigir un «recordatorio», etc., e incluso una «reprimenda» a la autoridad o funcionario interesados, no le indiquen el nombre del «quejoso o quejosos» para evitar ulteriores conflictos y aun represalias.

(Debe depender de la discreción del Ombudsman el hacer constar en sus «Informes» los nombres y apellidos de los quejosos o sustituirlos por meras iniciales.)

Y además de estas notificaciones, los Ömbudsmänner están adscritos a dirigir «Informes» al Parlamento (a las Cortes Generales, a cada una de las dos Cámaras).

Ya hemos visto que estos «Informes» suelen ser de tres tipos: «para un caso grave en concreto», «para un grupo de casos iguales» y «anuales» —los más importantes; resumen de las actividades de los Ombudsmen durante un ejercicio anual, con exposición resumida de los casos más destacados.

Se prevé que estos «Informes» no se dirijan directamente al Pleno de las Cámaras, sino que antes pasen a discusión por la Comisión o Comité Parlamentario que controla al Ombudsman (o al Comisionado Parlamentario);

Comisión que, sea cualquiera el nombre con el que se la designe, debe ser de actuación «permanente» —lo mismo que los Ombudsmännén—; a tales reuniones críticas debe poder asistir el Ombudsman para responder a las que se le puedan hacer, y una vez terminada esta labor, no ya sólo el «Informe», sino todos sus antecedentes [y cuando se trate del «Informe anual» general, especialmente estos antecedentes comprenden «todo cuanto exista como tal en la oficina del Ombudsman (Sección 25 de la Ley de Instrucciones de Suecia)] debe pasar a las Cámaras.

Las Cámaras, a su vez, pueden discutir sobre los informes del Ombudsman antes de aprobarlos (o de rechazarlos, en su caso, aunque no conocemos ninguno). Y aquí estimamos —contrariamente a las previsiones suecas, pero de acuerdo con las finesas— parcialmente que el Ombudsman debe poder asistir a la sesión o sesiones parlamentarias en que se discuta sobre su informe o informes, con la única misión de defenderse contra los ataques que se le formulen (arg. en el art. 59 de la Ley del Parlamento finés de 13 de enero de 1928), pero nada más.

Los informes del Ombudsman (o en el futuro, de los Defensores del Pueblo) deben ser publicados, e incluso cuando se trata de «decisiones» que el Ombudsman aún no ha incluido en su «Informe» al Parlamento. Mas no debe tratarse de «publicaciones formularias», sino que exciten la sana curiosidad del pueblo sobre la actividad de sus «Defensores», a cuyo efecto los Defensores del Pueblo deben hallarse en contacto continuo con los representantes de los medios de comunicación masivos (cfr. en el texto, Lundvik). Tan sólo podría excusarse la no publicación de los «Informes» —de los que el más importante es el «anual»— si el Defensor del Pueblo —este sería un caso en que deliberasen todos— estima que por razones de la seguridad pública, de las relaciones exteriores del Estado, debe consultarse primero con los respectivos ministros, los cuales podrán impedir que se publique una parte (o aun todo) el informe. Pero para mayor seguridad, sugeriríamos que se consultase también, previa y *especialmente*, a la Comisión Parlamentaria que controla al Ombudsman (o Defensor del Pueblo).

Es natural que a los Ombudsmännén se les puedan exigir responsabilidades. Aparte de la posibilidad del Parlamento de destituirlos (esta posibilidad no existe en Finlandia) a efectos de responsabilidad criminal, dada la altura de su situación, debe actuar el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal; siendo recusable algún magistrado o incluso todos ellos, si dicha Sala —dentro de los escasos márgenes que sugerimos debe tener la actividad «supervisora» de los tribunales por parte de los Defensores del Pueblo españoles— hubiera sido sujeta efectivamente a esa «supervisión», con resultado final —no impuesto por el Defensor del Pueblo, no lo olvidemos— desfavorable. Algún

argumento en nuestro favor se halla en el artículo 8.º, cap. 12 de la Ley de Instrumento de Gobierno (Constitución) sueca.

En cuanto su posible responsabilidad civil, estimamos que correspondería en su caso el exigirla ante el Tribunal Supremo (pero evitando muchas de las enojosas formalidades del «juicio de mayor cuantía» español), a no ser que, por razón de la materia, resultara competente el Tribunal Constitucional.

Siendo el problema de las costas procesales una verdadera plaga mundial, precisará también atender a este punto en cuanto a las actividades de los Defensores del Pueblo. En principio, los ordenamientos jurídicos parecen de acuerdo en conceder la gratuidad de las «quejas» y la no intervención de letrado ni procurador, siendo sustituida la labor del primero por la potestad tuitiva de los propios Defensores del Pueblo.

Ahora bien, si en el citado procedimiento intervienen personas que no están obligadas a actuar de modo gratuito —por pertenecer a otro cuerpo de funcionarios, o a la misma oficina de los Ombudsmen (o Defensores del Pueblo— (y con ello nos estamos refiriendo a peritos y testigos), es evidente que estas personas no pueden quedar sin devengar sus lógicos honorarios o indemnizaciones.

Los diversos autores nos hablan de la modicidad del procedimiento, pero no de su gratuidad; en Inglaterra se prevé el pago, por el Comisionado Parlamentario, al quejoso o a otras personas que facilitan información en la investigación subsiguiente, de sumas para cubrir gastos en que hayan incurrido legítimamente o en compensación por el tiempo perdido (sección 7.ª, 3, de la Ley); sección muy discutida.

En algún país —Suecia— cuando el Ombudsman instruye a un «Perseguidor Público» para que formule una acusación, le pide que solicite la «ayuda legal» o «gratuidad del servicio jurídico»; análogamente en Dinamarca.

Pero la mejor arma para obtener si no la completa gratuidad sí la máxima modicidad de los procedimientos de los Ombudsmen, se halla en la imposición de una obligación de colaborar con él, impuesta a todos. Así se manifiesta la Constitución en Suecia (Ley del Instrumento de Gobierno).

Un auxiliar muy potente para obtener la máxima modicidad en el coste de los procedimientos de los Ombudsmen, se halla en una buena y extensa organización de su oficina, cuyos miembros percibirán evidentemente un sueldo, pero debe existir para ellos incompatibilidad para actuar, científica, técnica o prácticamente, en favor de particulares. Mas el problema no tiene solución general y, por el momento, pese a sus alegadas modicidades, nos hallamos ante una faceta del problema general y mundial del coste del proceso jurisdiccional.

Se ha dicho que los Ombudsmännén son excelentes «agentes de relaciones públicas» entre los ciudadanos y las administraciones, puesto que intentan hacer permeables sus relaciones (19).

Está claro que la administración constituye un grupo social muy coherente por razones históricas (y que puede llegar a dominar políticamente un país: alta «burocracia», «tecnocracia», etc.), y por estas mismas razones, es contemplada en algunos países mejor como instrumento de poder que como instrumento del bienestar general; «la burocracia se siente como un misterioso organismo, a través del cual se mueve, casi en lucha con los ciudadanos, ese Leviatán moderno que es el Estado». «En efecto, la burocracia es considerada con hostilidad, no sólo porque aparezca como un organismo enemigo y a menudo incomprensible, sino también por la razón de que la pública administración tiende en ocasiones a identificar su propio interés con el público y a tener poco en cuenta los de los particulares» (20).

Cierto es que interesa enormemente el mejorar la formación moral y espiritual de los funcionarios —ello ha sido elevado a la categoría de norma legal en Israel, y en encargado de sugerir medidas para ello es, bien el Controlador del Estado, bien el Comisionado para las quejas del público— (21). «En este campo —sigue Napione— el Ombudsman tiene una acción de gran interés, en doble aspecto: una intervención mediata (o inmediata, véase Israel), a través de la educación de los funcionarios, y otra directa, colocándose como un árbitro y guía del equilibrio de las respectivas posiciones» (22). «No sólo colma lagunas de muchos ordenamientos jurídicos, ocupándose de cuestiones que no pueden ser resueltas por medios políticos o jurídicos puros; mientras combate a una administración secreta e incontrolable, de otro lado educa al ciudadano para que comprenda y respete la acción administrativa cuando se desarrolla bien, y a colaborar con ella» (23).

Las explicaciones a los ciudadanos que ven desechadas sus quejas; sobre el buen obrar de la administración en aquel caso, le enseñan mucho, y la propia administración aprende a obrar bien con sus «recomendaciones» y aun «reprimendas» públicas.

Las relaciones públicas tienen dos vías, y los Ombudsmännén pueden «circular por ambas». Las quejas que recibe, las inspecciones, su atención a los medios de comunicación masiva, constituyen la dirección «público-Om-

(19) Cfr. NAPIONE, *ob. cit.*, al final pág. 165.

(20) Cfr. NAPIONE, *ob. cit.*, al final pág. 161.

(21) Cfr. secc. 10 (2) de la Ley israelí; la 14 (b); la 15 (h), 2.

(22) Cfr. NAPIONE, *ob. cit.*, al final pág. 162.

(23) Cfr. NAPIONE, *ob. cit.*, al final pág. 163.

budsman»; sus «decisiones» y sus informes públicos —sobre todo los «Informes anuales»— constituyen la vía «Ombudsman-público» (24).

Y con otro enfoque, los «impactos directo e indirecto de la actividad de los Ombudsmen» (25) son factores de gran influencia en la evolución de la sociedad; sus relaciones prelegislativas con los Parlamentos no pueden ser olvidadas (26).

Y terminemos este punto con palabras diferentes de igual fondo pronunciadas por Ombudsmänner tan alejados físicamente como lo son el neozelandés (en aquella época, sir Guy Powles) y el israelí (Dr. Nebenzahl).

«Me parece que el Ombudsman debe labrar y tejer su propio camino, teniendo cuidado de mantener su independencia, tanto del poder ejecutivo como del judicial, para que pueda crear una fuerte tradición crítica imparcial, de la administración gubernamental, por una parte, y de auxilio a los ciudadanos con la administración, por la otra. Si esto se logra, se servirá a la justicia, y se promoverá una administración eficiente y humanitaria» (27) (28).

Es muy pronto para formular corolarios en cuanto al «Defensor del Pueblo» del artículo 54 de nuestra Constitución; se le debe desarrollar por «Ley orgánica»; se habrá de tener en cuenta, en su día, lo que sobre esta figura pueda ser en cada región o «Comunidad Autónoma» cuando los respectivos Estatutos lleguen a entrar en vigor.

Sin embargo, en este mes de mayo de 1979 en que damos fin a las cuartillas que anteceden, ya «podemos» preopinar algo.

El «Defensor del Pueblo», tal y como se desarrollaron las discusiones parlamentarias del texto preconstitucional —y que examinamos profusamente en nuestro libro *El Defensor del Pueblo de la Constitución española y los Ombudsmen*—, es un Ombudsman; si es «completo» o «incompleto», lo veremos en su Ley Orgánica; no tiene potestad jurisdiccional; sus «decisiones» —en forma de «recomendaciones», «sugerencias», «reproches», «admoniciones», «críticas», etc., no deberán tener fuerza vinculante para las administraciones o funcionarios a quienes se dirijan —lo contrario, equivaldría a transformarlo en Tribunal, y con ello, dejaría de ser un Ombudsman—; para «mantenerse», su punto de apoyo fundamental deberá ser la *auctoritas* que adquiera. Uno de los vehículos primarios para adquirirla deberá ser

(24) Cfr. NAPIONE, *ob. cit.*, al final págs. 165-166.

(25) Cfr. NEBENZAHL, *The direct and indirect impact of the Ombudsman*, *cit.*, *passim*.

(26) Cfr. NEBENZAHL, *arg. en The Commissioner of Complaints*, *cit.*, pág. 106.

(27) Cfr. SIR GUY POWLES, párrafo repr. por NORTHEY, en *ob. cit.*, ROWAT, páginas 141 y sigs.

(28) Cfr. NEBENZAHL, *The Commissioner* *últ. cit.*, pág. 106.

—los ejemplos de Finlandia, Noruega e Israel lo indican— el «que se dé a conocer como nueva figura constitucional»; otro, que cumpla siempre cuanto prometa la letra de la ley por él interpretada; otro, el que se halle lejos de toda discusión política o partidista. Esto es, la *auctoritas* depende «del hombre»; al Parlamento tocará la enorme responsabilidad de buscarlo y elegirlo, sobreponiéndose a consideraciones políticas.

De otro lado, es cuestión de los estudiosos y de los propios «Defensores del Pueblo» el convencer a las administraciones (utilizo la expresión en sentido genérico) que en su contorno le observen de modo desconfiado, temiendo por la integridad de sus atribuciones, que no hay tal peligro (si lo hay, será porque lo creen las propias «Leyes Orgánicas»; lo cual no indicará sino que están mal hechas). En otros países, por lo que aquí brevemente se ha visto —y se verá con mayor extensión en nuestro libro citado—, se ha llegado —sin perjuicio de respetar el principio de separación de poderes— a la convicción de la necesidad de «permeabilizar» las diversas administraciones; «permeabilización» que deberá constituir una especie de «Edicto perpetuo de paz» entre ellas. La experiencia histórica de otros países ha demostrado que tales temores eran más bien «fantasmagóricos»; la sapiencia y la prudencia de unos y de otros debe consistir tanto en desvanecer tales dudas como en convencer al pueblo que «no tiene nada que temer de la nueva figura» y sí sólo esperar mejoras sociales e individuales. Todo o casi todo es problema de buenas y sinceras explicaciones.

Las esperamos, aunque naturalmente no las podamos exigir *incontinenti*, ya que la *auctoritas* —de la que deben gozar también jueces y magistrados, fiscales y directivos de administración— «no se hace en una hora», y que no admite contradicciones internas.

XVII. ¿Sería útil y posible introducir los Ombudsmänner en países iberoamericanos? Nos ha sugerido esta idea la lectura de unas Bases de las de Clariá:

«Base I.2.1.2.4. (libro I, título II Organos de persecución penal, capítulo 1 El Ministerio Fiscal, sección 1.ª Acción penal): *Retardo*.—La demora injustificada en el cumplimiento de los actos que son propios del Ministerio Fiscal, hará posible al funcionario que incurra en retardo, de las sanciones previstas para los jueces por igual inobservancia.»

«Base I.2.3.0.5 (libro I, título II Organos de persecución penal, capítulo 3 Policía): *Disciplina*.—Los integrantes de las reparticiones de prevención policial que en el ejercicio de sus funciones judiciales violen disposiciones legales o reglamentarias u omitan, retarden o cumplan negligentemente un acto de su incumbencia, serán reprimidos por los tribunales, de oficio o a requerimien-

to fiscal y previo informe del interesado, con apercibimiento o con multa de uno a quince días de su sueldo, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente. Las actuaciones se comunicarán a la autoridad administrativa.»

Habida cuenta del fenómeno tan extendido de la falta de organización de una verdadera y eficiente policía judicial, las sanciones o son lejanas o insuficientes. ¿Qué ocurrirá si el fiscal no se querrela contra un policía que viola disposiciones legales o reglamentarias —cfr., con malos tratos a detenidos, de tan frecuente como lamentable recuerdo; incumpliendo los plazos de entrega de los mismos a la autoridad judicial, etc.— y si es el Ministerio Fiscal el que monopoliza la «acción penal»? El ciudadano —la masa difusa, digamos— queda inerte. Las sanciones disciplinarias, civiles o penales que se le puedan imponer por esa negligencia, llegarán tarde, cuando es preciso operar con celeridad —economía—. Si no se admite que el ciudadano utilice la «acción popular» —o ésta se admite en «teoría», pero en la práctica no funciona bien, por su defectuosa organización legal—, el medio de suplir tales deficiencias puede hallarse también en un Ombudsman. Hay países en que puede querellarse contra magistrados y fiscales —Suecia, Finlandia— y en el pasado lo ha hecho en muchas ocasiones; en el presente, funcionando mejor, tanto la judicatura como la fiscalía —coadyuvando a ello la mejoría de la legislación procesal— es raro que un Ombudsman de tales países formule este tipo de querellas, aunque no se hallan excluidas. Mas antes de llegar a ellas se prefiere que el Ombudsman agote los «medios pacíficos» (recomendar al fiscal que se querelle; a un tribunal que despache pronto y debidamente los pleitos, sin retrasos irregulares). Y en cuanto a la policía, que tenga el control del Ombudsman, no estará de más. Los supuestos o reales —desdichadamente en no pocos, reales— casos de infracciones graves cometidas por individuos de la misma, deben merecer la atención del legislador. Ya dijimos que un proceso penal o un contencioso-administrativo —sin pensar en otros inconvenientes— tienen también el del retraso debido a su tramitación legal (de ahí la aparición de procesos cautelares como son los de «Manifestación» y *Habeas corpus*). Mas no hay por qué dejar cerrada la vía de la «recomendación pública» en tono más o menos fuerte, o bien una decisión que sin vincular a la administración jurídicamente, la descargue públicamente de cargos falsos. Aquí también podría un Ombudsman representar un importante papel (29).

(29) En las VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Valencia (Venezuela), en agosto de 1978, y en varias comunicaciones sobre el tema «El Derecho procesal y la defensa del consumidor» (ponente general profesor Rodríguez U.), se hicieron alusiones directas a los Ombudsmänner (cfr. la comunicación del profesor E. Vescovi —Montevideo— sobre el citado tema, pág. 6 y sigs.).

BIBLIOGRAFIA

- AALTO, Jorma S. (Ombudsman Parlamentario de Finlandia): *The Parliamentary Ombudsman in Finland. Positions and functions*, Helsinki, Government Printing Centre, 1976.
- ALMAGRO NOSETE: *Poder judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución, en Lecturas sobre la Constitución española*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, tomo I, especialmente págs. 328 y sigs.
- BASSOLS: «El 'Médiateur' francés», en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1977, págs. 381 y sigs.
- BEXELIUS, Alfred (Ombudsman Parlamentario de Suecia): *The Ombudsman for civil affairs*, en ROWAT: *The Ombudsman citizen's Defender*, Londres, Allen & Unwin, 1968, esp. págs. 22 y sigs.
- BOIM, Leon: *The Parliamentary control over the administration, including the Ombudsman*, en *Israeli Report to the seventh International Congress of Comparative Law*, ed. por The Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law, Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1966, esp. págs. 54 y sigs.
- BADER GINSBURG - BRUZELIUS: *Civil procedure in Sweden*, Columbia University School of Law Project on International procedure, Martinus Nijhoff, La Haya, 1965, especialmente págs. 15, 40, 109 y sigs.
- COLLIARD, Claude-Abert: *Libertés publiques*, 5.ª ed., Paris, Dalloz, esp. págs. 139 y sigs.
- FENET, Alain: *Les libertés publiques en France*, Presses Universitaires de France, Paris, 1976, esp. págs. 257 y sigs.
- FUSILIER, Raymond: *Les Monarchies Parlementaires (Etudes sur les systèmes de Gouvernement —Suède, Norvège, Danemark, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg—)*, Les éditions ouvrières, Paris, 1960, esp. págs. 189 y sigs. y 332 y sigs.
- GIL ROBLES-GIL DELGADO, Alvaro: *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, *passim*.
- HIDÉN, Mikael (ex Secretario jurídico de la Oficina del Ombudsman finés): *The Ombudsman in Finland: the first fifty Years*, Institute of Governmental Studies, University of California, 1973, *passim*.
- KÄSTARI, Paavo Kristian (Ombudsman finés, 1952-1956): *Finland's Guardians of the Law. The Chancellor of Justice and the Ombudsman*, en ROWAT, *ob. cit.*, páginas 58 y sigs.
- KÄSTARI, Paavo Kristian: *Le système constitutionnel de la Finlande et son développement*, en *Constitution de la Finlande*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Helsinki, 1969, págs. 3 y sigs.
- KERBER, Nathalie Margueritte: *L'Ombudsman israélien*, Paris, ed. A. Pedone, 1975, *passim*.
- LEGRAND, André: *L'Ombudsman scandinave. Études comparées sur le contrôle de l'administration*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, *passim*.
- LUNDAVIK, Ulf (Ombudsman de Suecia): *Comments on the Ombudsman for civil affairs*, en ROWAT, *op. cit.*, págs. 44 y sigs.
- LUNDAVIK, THYRESSON y WENNERGREN (Ombudsmen): *The Swedish Parliamentary Ombudsmen*, 2.ª ed., Estocolmo, 1976, *passim*.

- MARSHALL, Geoffrey: *The United Kingdom*, en ROWAT, *ob. cit.*, págs. 176 y sigs.
- NAPIONE, Giovanni: *Il controllore della pubblica amministrazione: l'Ombudsman*, Milán, Giuffrè, 1969, *passim*.
- NEBENZAHL, Ytzhak (Ombudsman de Israel): *The direct and indirect impact of the Ombudsmen* (Conferencia pronunciada en la Conferencia Internacional de Ombudsmen, Edmonton, Canadá, 9 de septiembre de 1976, publi. también por *The Jerusalem Post*, Jerusalem, 1977.
- NEBENZAHL, Ytzhak: *The Commissioner for complaints from the public after five year*, Opening remarks of the Commissioner at a Seminar in memory of the late speaker of the Knesset, Reuven Barkat.^a, apéndice al *The Commissioner for complaints from the public. Annual Report 6*. State of Israel, Jerusalem, enero de 1978, págs. 100 y sigs.
- NORTHEY, J. F.: *New Zealand's Parliamentary Commissioner*, en ROWAT, *ob. cit.*, págs. 127 y sigs.
- OS, Audvar (Adjunto al Procurador general de Noruega): *Norway's Ombudsmen. The Ombudsman for civil affairs*, en ROWAT, *ob. cit.*, págs. 95 y sigs.
- PEDERSEN, Miss I. M. (Juez): *Denmark's Ombudsman*, en ROWAT, *ob. cit.*, págs. 75 y sigs.
- RIVERO, Jean: *Les libertés publiques. I. Les Droit de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1973, tomo I, págs. 232 y sigs.
- ROCHE, Jean: *Libertés publiques*, 4.^a ed., Paris, Dalloz, págs. 2 y sigs. y 36 y sigs.
- STACEY, Frank: *The british Ombudsman*, Clarendon Press, Oxford, 1973, *passim*.

En los informes de los Ombudsmen suecos, doctores Lundvik, Uhlin, Wigelius y Ekberg hemos hallado abundante material. (Cfr., por ejemplo, *The swedish Parliamentary Ombudsmen. Report for the period July, 1, 1976 to June, 30, 1977*, Nordstedts Tryckeri, Stockholm, 1977); lo mismo en los que cita el antiguo Ombudsman Bexelius, e igualmente en los del Ombudsman de Israel, Dr. Nebenzahl.

En España, además de la obra de Gil Robles-Gil Delgado, ya citada, hay ya bibliografía bastante abundante.

Se trata del Ombudsman por Boquera Oliver («Derecho administrativo y socialización», en *Estudios Administrativos*, Madrid, 1965, esp. págs. 109 y sigs.); se pronunció contra él González Pérez (*Administración pública y libertad*, ed. por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1971, páginas 91 y sigs.); se ha examinado con diversa extensión y enfoques, por ejemplo, por De la Vallina Valverde («La figura del Mediador en el Derecho positivo francés», en *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 156, 1973, esp. págs. 140 a 155); por Pellón («¿Un Ombudsman para España?», en *Documentación Administrativa*, cit., número 170, Madrid, 1976 y esp. sus págs. 99 y sigs., y 120 y sigs.). Además de nuestro libro ya citado, y admitido por el Centro de Estudios Constitucionales para su publicación —lo entregamos al Instituto de Estudios Fiscales a fines de mayo de 1979— se halla admitido para su publicación en la revista *Hacienda Pública Española* (primero, para su número de marzo-abril de 1979; luego, por exceso de original, ha quedado para el número 59, monográfico sobre la Constitución) un trabajo titulado «El Ombudsman del Estado de Israel».

