

II. EXTRANJERO

CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONTROLES EXTRAJURISDICCIONALES DE LA ADMINISTRACION: EN TORNO A LA REFORMA DEL ESTATUTO DEL «MEDIATEUR» FRANCES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PARADIGMA DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO: 1. *La Justicia Administrativa: ¿Crisis o insuficiencia?* 2. *Necesidad del Derecho administrativo de atender a los controles extrajurisdiccionales.*—III. EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LA ADMINISTRACIÓN.—IV. LOS CONTROLES EXTRAJURISDICCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. *El modelo escandinavo: el OMBUDSMAN.* 2. *La adaptación británica: el Comisario Parlamentario para la Administración.*—V. LA RECEPCIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO: EL MEDIATEUR. VI. LAS PRIMERAS EXPERIENCIAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL MEDIATEUR: PERSPECTIVAS.—VII. PRINCIPALES INNOVACIONES EN LA RECIENTE REFORMA DEL ESTATUTO DEL MEDIATEUR: 1. *Modificación de las condiciones de acceso al Mediateur.* 2. *Posibilidades de interferir el funcionamiento de la Administración: Recomendaciones y proposición de soluciones equitativas.* 3. *Otorgamiento de mayores facilidades para la realización de investigaciones: atenuación del principio de la responsabilidad jerárquica ministerial.* 4. *Intervención en el control de la ejecución de las sentencias judiciales.* 5. *Exclusión de las materias relativas a la función pública: revisión parcial de este criterio.*—VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley de 24 de diciembre de 1976 ha modificado y revisado parcialmente la institución francesa del *Mediateur*, creada por la Ley de 3 de enero de 1973. De esta forma vuelve a cobrar actualidad esta institución *sui generis* que representa la primera iniciativa en un país de régimen administrativo—seguido de Portugal con la introducción del proveedor de Justicia en 1975—de incorporar un modelo extrajurisdiccional de control de la Administración que en cierta medida se inspira en el modelo escandinavo del *Ombudsman*. En líneas generales podría decirse que el fenómeno de la «ombudsmania» (1), después de haber traspasado, en una primera fase, las fronteras escandinavas para pasar al mundo anglosajón se dispone ahora invadir los países de Derecho administrativo. Si bien es cierto que en la instauración del *Mediateur* la influencia del *Ombudsman* ha sido sensible, no obstante su regulación positiva y los rumbos que recientemente ha seguido dicha institución permiten indicar que su configuración reviste caracteres de cierta originalidad que le distancian sensiblemente del modelo escandinavo y que merecen ser estudiados con cierta atención.

(1) *Vid.* P. GARANT: *Du protecteur du citoyen quebecois au mediateur français: l'Ombudsmanie en francophonie*, A. J., «DA», mayo 1974, p. 241.

El interés que suscita la figura del *Mediateur* es doble. Por una parte, supone un importante ensayo de insertar en un sistema de Derecho administrativo un control extrajurisdiccional, haciéndolo compatible y sin interferencias con la Justicia administrativa. Por otra parte, la necesidad o exigencia de su instauración—a menos de que se tratara de un simple tributo a la moda o de un planteamiento falso o erróneo—está denunciando la existencia de una importante laguna o insatisfacción en el sistema de la justicia administrativa hasta ahora valorado como un excelente medio de garantía de las libertades públicas en los países de Derecho administrativo. Para ponderar ambos aspectos se hace necesario llevar unas reflexiones previas antes de examinar el alcance de la figura y de su reciente reforma.

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PARADIGMA DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

1. *La justicia administrativa: ¿crisis o insuficiencia?*

Creemos que puede suscribirse plenamente la afirmación de MERKL según la cual la introducción de la jurisdicción contencioso-administrativa y su efectivo funcionamiento constituye «un testimonio vivo de que el liberalismo llevaba en su programa algo más que frases vacías» (2). Efectivamente, la sumisión del Estado o el Poder al Derecho a través del cauce jurisdiccional entraña una de las conquistas de las que el Derecho administrativo puede sentirse más orgulloso por cuanto su razón de ser estriba en aportar las técnicas jurídicas para la mejor consecución de este preciado objetivo para la libertad de los ciudadanos, puesto que como ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA «sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada. El ciudadano se encuentra con el Poder primariamente como poder administrativo» (3).

La justicia administrativa no es una institución abstracta e intemporal, integrada por técnicas substantivas y procesales decantadas con trazos definitivos; por el contrario, gravitan en su conformación condicionamientos históricos, vinculaciones ideológicas y exigencias de técnica jurídica. Todo ello constituye un claro indicio de que el sistema de justicia administrativa es un producto histórico (4) y como tal

(2) A. MERKL: *Teoría general del Derecho administrativo*, ob. cit., p. 470.

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, núm. 38 de esta REVISTA, mayo-agosto, 1962, p. 161.

(4) Muy interesante a este respecto el penetrante y crítico trabajo de F. P. BENOIT: *Les fondaments de la justice administrative*, en «Melanges Offerts a Marcel WALINE»; *Le juge et le droit public*, II. Paris, 1974, pp. 282 y ss. El autor sostiene la tesis de que el auténtico fundamento de la justicia administrativa descansa en una voluntad política, constante y positiva de aceptar un control de los actos técnicos del poder público por las estructuras contenciosas; y en un temperamento nacional favorable al fenómeno administrativo y poco dado a admitir a que los

precisa de adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales e ideológicas para hacer frente a los nuevos retos que le lanza el poder político en su incesante lucha por lograr áreas inmunes. El arsenal de técnicas jurídicas y procesales acumuladas a través de casi más de un siglo y medio de funcionamiento de la justicia administrativa evidencian la vitalidad renovadora del Derecho administrativo y su directa vinculación a los problemas masivos y sustanciales de la problemática jurídico-política. Con ello no puede afirmarse, ni mucho menos compartirse, que el jurista pueda sentirse complacido y satisfecho de su ejecutoria, antes al contrario, debe someter su técnica jurídica y la herencia recibida a un constante proceso de autocrítica por cuanto recientemente es perceptible que en el horizonte científico se aprecian signos y propósitos renovadores así como críticas que afectan a la esencia y funcionalidad del sistema de justicia administrativa, todo ello producto, sin duda, de las frustraciones del propio sistema. Este estado de opinión a que aludimos ha sido perfectamente captado y expuesto por DEBBASCH al denunciar que «durante mucho tiempo, la doctrina se ha extasiado ante los progresos de los recursos contenciosos y ha admirado la capacidad de invención del Consejo de Estado. Después, gracias a los esfuerzos del juez, el derecho administrativo ha alcanzado una fase de madurez y no ha aparecido ninguna perspectiva nueva de progreso. Los autores han buscado entonces determinar en qué medida la Administración se encuentra «efectivamente» sometida al Derecho. Después la crítica ha reemplazado a la alabanza. Denunciar las insuficiencias de la situación actual «no significa desconocer que el Consejo de Estado ha conseguido realizar cierta servidumbre de la Administración al Derecho», sino sencillamente desear que esta servidumbre se refuerce y se adapte a las nuevas formas de acción administrativa» (5).

La cita que hemos transcrito, con toda la simplificación propia de la descripción de una situación muy compleja, acierta a poner el dedo en la llaga del problema planteado: necesidad de verificar el grado real de eficacia del sistema de protección jurisdiccional administrativo. Los juristas se han dado cuenta de que era preciso salir de la atmósfera intimista del propio sistema jurisdiccional y elevar sus puntos de vista comparando con otros esquemas y planteamientos. El resultado de este proceso de autocrítica ha provocado cierta desilusión y amargura por cuanto ha evidenciado que ni el sistema funciona con la perfección deseada ni cubre todas las áreas y modalidades o facetas de la actuación administrativa en su constante proceso de transformación. Sin ánimo de agotar el repertorio crítico en

poderes políticos se entreguen a otras personas distintas que a los representantes de la nación. La justicia administrativa no depende de la lógica, sino de la firmeza de esta voluntad y de la permanencia de este temperamento. La justicia administrativa no es un problema de técnica jurídica, es uno de los elementos esenciales de nuestra concepción del Estado» (294-5).

(5) CH. DEBBASCH: *Ciencia administrativa*, Estudios Administrativos. ENAP, 1975, p. 498.

torno al sistema jurisdiccional administrativo, pasamos a examinar algunos extremos que presentan un interés más relevante:

— El sistema de la justicia administrativa está configurado y así ha nacido y se ha desarrollado como una garantía de los derechos e intereses de los administrados. Ello significa, por lo pronto, que es un medio de control cuyo funcionamiento descansa exclusivamente en la voluntad o en la iniciativa de los particulares; las ilegalidades de la Administración sólo son objeto de reparación y eliminación en cuanto son denunciadas y demandadas por los particulares afectados. En el plano sociológico se ha comprobado que la puesta en funcionamiento del mecanismo procesal no tiene lugar cada vez que se produce una ilegalidad o un perjuicio, sino que su utilización está cada día más en conexión con el *status* profesional y social, posición, económica y grado de preparación intelectual. No se trata, por lo tanto, de un medio de control de utilización universal, sino cualificado (6).

La vinculación del medio jurisdiccional al interés del administrado comporta restricciones en la legitimación y en especial en las facultades del juez en orden a la salvaguardia del derecho objetivo y al enjuiciamiento de sus infracciones (en el caso de nuestro derecho positivo, inclusive en el recurso de lesividad se plantea la pugna entre la valoración subjetiva y la objetiva (7) de los motivos). Como ha señalado con acierto MERKL, «ha sido la ideología liberal la que ha concebido la justicia administrativa como una protección del individuo frente a la colectividad organizada en Estado, y así se explica que la protección de los derechos subjetivos pareciera más urgente y se llevara a la práctica con anterioridad al derecho objetivo» (8). Evidentemente, esta protección a los derechos subjetivos ha rendido un importante tributo a la garantía de la libertad individual—basta recordar los excesos de los Estados totalitarios en orden a un contencioso de base objetiva—, pero parece que ha llegado el momento de una ampliación de la base de la justicia administrativa para que a través de la misma se consiga, con las innovaciones de técnica jurídica que se estimen precisas, la garantía de los intereses colectivos y comunitarios en abierto paralelismo institucional de la entidad sometida a control. No cabe mayor contrasentido que asignar una finalidad de conformación social a la actividad administrativa—superadora de las limitaciones de signo liberal en lo económico y social— y apreciar la verificación del cumplimiento de esta misión desde una óptica meramente individualista.

— Entre las limitaciones inherentes al propio sistema de justicia administrativa debe señalarse la imprecisión en el mismo reparto de

(6) Sobre estos extremos, el interesante artículo de A. NIETO. *La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo*, núm. 78 de esta REVISTA, enero-abril 1975, pp. 9 y ss. También puede consultarse sobre algunos problemas concretos J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La justicia administrativa en España*, C. Civitas, 1974.

(7) Vid. M. F. CLAVERO ARÉVALO: *El recurso contencioso-administrativo objetivo de lesividad*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 1952, pp. 653-671.

(8) A. MERKL: *Teoría general del Derecho administrativo*, ob. cit., p. 492.

competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la ordinaria, imprecisión que origina o puede originar confusión en el planteamiento mismo de los recursos ante la jurisdicción efectivamente competente. Este reparto jurisdiccional en el control de la Administración es, a su vez, transunto del trasfondo político que lo inspira; rivalidad entre el juez civil y administrativo, dualismo ideológico institucional entre ambos órdenes jurisdiccionales —con un marcado reflejo en materia de garantía y defensa de los derechos individuales (9)—; mantenimiento de la creencia de que la jurisdicción ordinaria sigue siendo el reducto y baluarte de la defensa de los derechos individuales, otorgando vías excepcionales de protección más allá de los instrumentos administrativos —la problemática de la vía de hecho constituye el exponente más relevante (10)— y acentuando el matiz individualista del control jurisdiccional.

En orden a los fallos que manifiestan los propios mecanismos sustantivos y procesales del sistema de justicia administrativa apenas es necesario insistir por ser ampliamente conocidos: carácter no suspensivo de los recursos; ausencia de auténticas vías de ejecución de sentencias, tanto en el orden contencioso como en el ordinario, por el propio mecanismo de ejecución como por protección de los bienes y derechos estatales para hacer efectivo por vía subsidiaria; debilidad de las técnicas para luchar contra la inactividad formal y material de la Administración o contra la arbitrariedad administrativa.

— Una de las causas que tienen un mayor peso específico en la situación de crisis por la que está atravesando el control jurisdiccional radica sin lugar a dudas en la propia crisis del principio de legalidad, tanto en sentido formal de predominio del origen reglamentario de las normas como en el contenido material de la legalidad que sufre importantes transformaciones respecto al modelo tradicional de normatividad en beneficio indudable de la propia Administración. La extensión del poder reglamentario a todas las áreas de la legalidad y no sólo a las propiamente administrativas ha permitido a J. RIVERO formular una aguda observación en el sentido de que frente a la antigua concepción del reglamento como ejecución de la ley, en nuestros días «la promulgación de los reglamentos, en sus diversos dominios, constituye propiamente la última fase de la operación legiferante y no la primera etapa de su ejecución» (11), lo cual invita, según el mismo autor, a preguntarse si efectivamente el juez del contencioso-administrativo es simplemente el guardián de la legalidad administrativa o, por el contrario, es un *gardien administratif de la legalité*. Indudablemente éste deterioro de la legalidad —que en materia de libertades públicas y en materia de intervención de la Administra-

(9) Vid. P. BRETTON: *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, «LGDJ», 1964.

(10) Vid. M. DEBARY: *La voie de fait en droit administratif*, «LGDJ», París, 1960.

(11) J. RIVERO: *Le juge administratif: gardien de legalité administrative ou gardien administratif de la legalité?*, en «*Mélanges Offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*», París, «LGDJ», 1974, p. 705.

ción en la economía adquieren caracteres muy agudos—tiene una importancia de primer orden en la falta de eficacia del control jurisdiccional de la Administración, exigiendo del juez la utilización de nuevos principios generales del Derecho y los principios institucionales de las respectivas ramas del ordenamiento jurídico (12).

— No cabe duda, por último, que uno de los factores que han contribuido más a provocar la consciencia de la crisis de confianza en la eficacia del control jurisdiccional ha sido la emergencia en países sin tradición de Derecho administrativo (países escandinavos y mundo anglosajón) de nuevos tipos de control extrajurisdiccional (*Ombudsman* y comisario parlamentario) para atender a áreas hasta ahora inmunes en sus propios planteamientos institucionales y que afectan a materias tan decisivas para las libertades públicas como la arbitrariedad, el trato discriminatorio y toda la patología que comprende la denominación anglosajona de *maladministration* (13). El jurista de Derecho administrativo, a la vista de la aparición de estas nuevas fórmulas de control, se ha sentido subyugado y ha procedido al análisis comparativo entre la eficacia protectora del sistema anglosajón y el continental de Derecho administrativo, y ha trazado un balance—a veces no efectuado con el suficiente rigor crítico—eminentemente negativo y pesimista sobre el alcance real del modelo de justicia administrativa.

2. Necesidad del Derecho administrativo de atender a los controles extrajudiciales

Todo este movimiento de crisis o de preocupación por la eficacia real de la justicia administrativa ha sido extraordinariamente beneficioso por cuanto ha abierto un nuevo capítulo en el campo del Derecho administrativo, un capítulo no rigurosamente nuevo en el orden material, pero sí en su enfoque y valoración. Nos referimos en concreto a la creciente valoración de los medios de control extrajudiciales de la Administración, hasta ahora prácticamente abandonados en el plano material y pedagógico del Derecho administrativo, a excepción de los controles propiamente administrativos que tienen una larga tradición. En efecto, los controles externos a la Administración, pero de naturaleza no jurisdiccional—en concreto los de origen parlamen-

(12) El problema que se denuncia en el texto tiene una dimensión general y afecta a los distintos sistemas jurídicos. Para un examen de esta situación en el mundo norteamericano y los esfuerzos de la justicia por controlar los procesos de decisión en materia económica bajo el principio del «rule of reasonableness». Vid. M. GAIN, *Le controle juridictionnel de l'interventionisme économique: l'exemple des commissions américaines*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 1974, núm. 4, pp. 1080 y ss.

(13) Un exhaustivo análisis del concepto de «maladministration» desde la perspectiva anglosajona y su posible incorporación al derecho continental: P. SABOURIN, *Recherches sur la notion de malaadministration dans le système français*, «Actualité Juridique. Droit Administratif», septiembre, 1974, p. 396.

tario y mixto—son objeto de una reciente consideración y estudio e incorporación al tratamiento científico del Derecho administrativo.

Con independencia de la significación metodológica que pueda tener este cambio de perspectiva, cabe subrayar que esta toma de conciencia marca una línea de actuación correcta e indudablemente fructífera por cuanto implica reconocer el papel exacto que corresponde al control judicial como medio fundamental para la existencia del Estado de Derecho, pero no exclusivo en el sentido de que no merezca prestar atención a los demás tipos de control por irrelevantes. La perspectiva que se vislumbra es la de armonizar, integrar y complementar la serie de controles existentes, reconociendo a cada uno sus ventajas y limitaciones, pero valorando la eficacia sustantiva de todos ellos para poder articular el auténtico estatuto de control de la Administración.

Los controles de tipo parlamentario o los de naturaleza extrajurisdiccional, e inclusive los que atienden al rendimiento de los servicios y a su eficacia, pueden aportar positivas realidades que coadyuven a paliar en alguna medida los defectos o lagunas que deja el control propiamente jurisdiccional. Por cuanto es evidente, por más esfuerzos de fidelidad y de adhesión que se lleven a cabo en orden a la bondad del control jurisdiccional, éste arrastra limitaciones originales de difícil superación. Una vez más debemos de acudir a la clarividente visión de HAURIUO sobre el sentido originario de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a los sistemas anglosajones; en efecto, según el prestigioso autor, el Derecho administrativo, cuyo modelo o prototipo es el francés, ha insertado su raíz última en el acto administrativo, auténtico protagonista del control jurisdiccional «por razones políticas, no ha sido el funcionario el directamente responsable, es el acto considerado en sí mismo el que ha respondido de su validez; se ha hecho el proceso al acto como en la Edad Media se hacía el proceso al cadáver. Al principio ha sido una especie de Derecho penal, ya que el exceso de poder es un vicio, algo así como una falta del acto; es el acto el que es vituperado y corregido en nombre de la moralidad administrativa; las penalidades son la anulación o la aniquilación del acto. Sin embargo, acto seguido, junto a la cuestión del vicio del acto se ha planteado la de la responsabilidad de un patrimonio, al menos en los casos donde se hacía sentir particularmente la necesidad de compensaciones pecuniarias; pero es necesario resaltar que la solución no se ha buscado por el lado de la responsabilidad del funcionario que realizó el acto; estos procesos contra funcionarios han tenido siempre entre nosotros motivación en represalias políticas y, por lo mismo, han sido siempre obstaculizados; es la persona moral administrativa por cuya cuenta se realizó el acto la que ha sido considerada como deudora de la indemnización por daños (14).

(14) M. HAURIUO: *Precis de droit administratif et de droit public general*, 1903. Prólogo a la quinta edición.

Esta larga cita —pero fecunda— de HAURIUO plasma de forma inequívoca el carácter fundamental del control jurisdiccional de la Administración, que a la vez constituye su limitación más significativa: el recurso contencioso-administrativo es un recurso al acto administrativo —nuestra Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa en su preámbulo reitera específicamente esta concepción— y, en consecuencia, todo lo que no pueda reconducirse a esta noción de acto administrativo en sentido estricto escapa o queda al margen de la jurisdicción contenciosa. Mientras la morfología de la actividad administrativa podía encerrarse plenamente o reducirse a efectos jurisdiccionales al concepto de acto administrativo, el control jurisdiccional mantuvo su plenitud y vigor, sin que por la doctrina ni por los particulares se aspirara a otras fórmulas. Hoy día existen matices muy significativos de la actividad administrativa que difícilmente son reconvertibles a esta noción exacta —aunque flexible, como lo demuestra el proceso de su evolución y transformación— de acto administrativo. En consecuencia, todo lo que escapa a este horizonte debe ser controlado a través de otros medios complementarios, justificándose así plenamente este nuevo capítulo, sustantivo y pedagógico, del Derecho administrativo.

III. EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LA ADMINISTRACIÓN

El control parlamentario sobre la Administración y sus distintos medios de ejercicio —votación del presupuesto, peticiones, ruegos y preguntas, interpelaciones y constitución de comisiones de investigación y de estudio— han sido considerados como temas marginales al Derecho administrativo, bien por considerar que por su naturaleza específica corresponden a otras disciplinas, como el Derecho constitucional o parlamentario, bien por entender que su escasa eficacia práctica o la sanción brutal que algunos de estos medios llevan aparejados —como la caída del Gobierno en el caso de las interpelaciones que llevan conexas una votación de confianza— les convierten en simples medios de control indirectos o a lo sumo complementarios con escasa o ninguna relevancia jurídica. Esta actitud tradicional entendemos que debe ser corregida por cuanto el desentenderse de la virtualidad de toda esta serie de controles implica mutilar excesivamente el horizonte que integra el trasfondo del control de la Administración en un momento en que la prepotencia de la actividad administrativa y de sus diversas manifestaciones adquieren un relieve importantísimo con grave amenaza para la seguridad del administrado. Urge, en consecuencia, que el Derecho administrativo incorpore en el marco de sus preocupaciones el tema o la consideración de los controles parlamentarios, a sabiendas de su propia naturaleza complementaria y del convencimiento de que en ningún caso podrán sustituir —tanto

por la eficacia como por la garantía—al control puramente jurisdiccional (15).

Estas consideraciones preliminares no tienen otro objetivo que llamar la atención sobre la importancia creciente del tema, sin que pretendamos en la presente ocasión entrar en el fondo de su problemática; simplemente queremos subrayar algunas de las cuestiones, polémicas que afectan a este tipo de control y remitirnos a una experiencia concreta—que juzgamos del máximo interés—relativa a nuestro sistema parlamentario.

La primera nota sobresaliente en orden a este tipo de controles que conviene retener es la mayor eficacia e intensidad del control de la Administración en los regímenes de separación rígida de poderes—normalmente de tipo presidencialista—que en los propiamente parlamentarios y, por lo tanto, de separación flexible o matizada de poderes. La causa de este fenómeno radica en que el aislamiento rígido de poderes convierte, en frase de DEBBASCH (16), a la Administración en un dominio que se disputan ávidamente el ejecutivo y el legislativo, mientras que en los regímenes de tipo parlamentario, al ser el Gobierno una representación de la mayoría parlamentaria, el Parlamento descarga en gran medida en el Gobierno la función de controlar a la Administración. Ejemplo relevante de cuanto decimos lo constituyen las Comisiones de Investigación del Congreso de los Estados Unidos—prototipo de régimen presidencial—que experimentan un creciente poder de control sobre la Administración, usurpando al ejecutivo el nombramiento de autoridades administrativas y llevando a cabo una obstrucción a través de las investigaciones sobre la actividad administrativa ordinaria y su adecuado desarrollo con una clara finalidad política más que como garantía directa del administrado, hasta el punto de que, como ha señalado un estudioso francés, *dans la mesure au il est impossible pour une assemble de gouverner un pays, elle exercera son pouvoir a empêcher le gouvernement de le diriger* (17).

En los países propiamente parlamentarios el control de la Cámara no ha adquirido la proporción que en el país norteamericano, aun cuando disponga—cada vez de una forma más mediatizada—de la suprema facultad de derrotar al Gobierno. Ello explica que el control siga ejerciéndose a través de los medios clásicos de las peticiones, ruegos y preguntas y votación del presupuesto, que constituye el expediente más rico en perspectivas para analizar críticamente la actuación administrativa. En líneas generales puede decirse que esta serie de controles encuentran algunas dificultades técnicas para su desarrollo: acumulación de peticiones de información, retraso en las

(15) Una visión general sobre los controles parlamentarios GIOVANNI NAPIONE, *L'Ombudsman*, Giuffrè Editore, 1969, pp. 235-237.

(16) CH. DEBASCH: *L'Administration ou pouvoir*, Calmann-Levy, 1969, pp. 14-16.

(17) J. M. GROUZATIER: *La role des commissions d'enquete au congres des Etats-Unis*, «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 1975, julio-agosto número 4.

contestaciones gubernamentales, eficacia relativa en la fuerza vinculante de los compromisos de reparación asumidos, etc. Pero en todo caso lo que merece subrayarse es la extraordinaria desproporción entre la capacidad de información del Parlamento y el auténtico monopolio de que dispone la Administración; sin un apoyo técnico y mancomunado, el parlamentario no puede contrastar ni en definitiva dialogar con la Administración para ejercer el control sobre materias trascendentales como la política económica, asuntos espaciales y militares. Ello ha determinado la aparición en algunos paramentos de organismos especializados—la División de Investigaciones sobre la Ciencia y la Política, en el Congreso USA, o la *Division des Informations Parlamentaires et Administratives*, en el Parlamento francés (18)—en la elaboración de una propia información «neutral» frente a la que suministra la propia Administración para el debido ejercicio de la vía de control.

En nuestro país hemos asistido recientemente a un florecimiento y potenciación del control parlamentario de la Administración que se evidencia en el acusado incremento del número de ruegos y peticiones de información a la Administración y en las preguntas concretas que se formulan a los ministros en las sesiones informativas en las Comisiones de las Cortes. Al mismo tiempo debe señalarse como un paso positivo la actitud de las Cortes ante la Memoria de la ejecución del III Plan de Desarrollo (bienio 1972-73). Como es sabido, el artículo 65 del texto refundido de la Ley del Plan prevé la remisión a las Cortes de una Memoria sobre la ejecución del respectivo Plan en el segundo bienio de actuación, y precisa que «la Comisión correspondiente, como Comisión de estudio, conforme a lo previsto en el apartado II del artículo 15 de la Ley Constitutiva de las Cortes, examinará dicha Memoria y emitirá el informe y las propuestas oportunas, que serán elevadas al Gobierno». Pues bien, el examen de la Memoria de los Planes de Desarrollo, que venía siendo un trámite sin especial relevancia, súbitamente ha cambiado de signo y el informe de la Comisión parlamentaria se ha convertido en una auténtica evaluación crítica de origen parlamentario y de sometimiento al Gobierno de iniciativas y propuestas que carece de antecedentes y de paralelismo en otras materias (19).

Con la aprobación de la Ley para la Reforma Política, de 5 de enero de 1977, se inicia un proceso de reforma constitucional que como efecto inmediato comporta un modelo distinto de parlamentarismo que indudablemente ha de inaugurar en nuestra realidad constitucional y administrativa un nuevo capítulo en la problemática del control parlamentario de la Administración. Sobre las futuras líneas

(18) Vid. M. E. WENG: *Problèmes actuelles des parlements*. Symposium international. Gêneve, 1966. «Bulletin Interparlementaire, 1966», núm. 1, 1966, pp. 32 y ss., y A. CHANDERNAGOR: *Un parlement, pour quoi faire?*, E. Galimard, 1967, pp. 163-5.

(19) Vid. Comisión de Planificación del Desarrollo de las Cortes Españolas: *Informe sobre Memoria de ejecución del III Plan de Desarrollo: en el bienio 1972-73*. Madrid, octubre 1974.

de esta nueva configuración del control parlamentario de la Administración, en los momentos actuales, nada puede adelantarse, puesto que se hace preciso esperar al desarrollo de la reforma constitucional y, en concreto, de la propia Ley para la Reforma Política.

IV. LOS CONTROLES EXTRAJURISDICCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *El modelo escandinavo: el «Ombudsman»*

La extensión fuera de su ámbito autóctono de la figura del *Ombudsman* y su adaptación por otros países, inclusive de tradición de Derecho administrativo, permite registrar una nueva tipología de controles que convencionalmente denominamos extrajudiciales por cuanto ni son propiamente parlamentarios—con gran acierto puntualiza F. BENVENUTI que son *longa manus* del propio Parlamento» (20— ni administrativos; la única nota común es que no son propiamente jurisdiccionales.

Las singularidades que concurren en el modelo original y autóctono escandinavo del *Ombudsman* son tan peculiares y se inscriben de forma tan sustantiva en el modelo nacional y cultural, que resulta fuera de lugar intentar una aproximación al mismo (21). Únicamente cabe registrar que se trata de una figura original de control de la Administración que incide de una manera eficaz y peculiar en la defensa y amparo de los derechos de los administrados y que ha sido objeto de imitación y adaptación por parte de otros países dentro y fuera de la órbita del Derecho administrativo. Por todo ello nos remitiremos simplemente a las adaptaciones del mundo anglosajón y francés.

2. *La adaptación británica: el comisario parlamentario para la Administración*

La referencia al modelo inglés de comisario parlamentario para la Administración tiene importancia no sólo por cuanto implica un supuesto más de exportación de la institución escandinava del *Ombudsman* a un país de honda trascendencia política y parlamentaria, sino especialmente por las circunstancias que han motivado su institución al presentarse como una alternativa o sustitución del sistema de la jurisdicción contenciosa-administrativa (22).

(20) F. BENVENUTI: Prólogo a la obra de G. NAPIONE, *L'Ombudsman*. Giuffrè, 1969, p. VIII.

(21) Sobre la figura nos remitimos a la obra más completa sobre el tema: A. LEGRAN: *L'Ombudsman scandinave. Etude compare sur le controle de l'administration*, «LGDJ», 1970. En la literatura española la reciente obra de A. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, *El control parlamentario de la administración (el Ombudsman)*, Madrid, 1976.

(22) Vid. G. LANGROD: *L'option britannique en faveur de l'Ombudsman*, en «Revue Administrative», 1967, pp. 451 y ss.

La figura del comisario parlamentario para la Administración adquirió existencia legal en virtud de la Ley de 22 de marzo de 1967, si bien a la misma precedió un largo y polémico proceso de estudio y discusión sobre la situación jurídica y posibilidades de defensa del ciudadano ante la Administración que arranca fundamentalmente del llamado Informe WHYATT (1961). El centro de gravedad de la cuestión debe situarse en la indefensión o defectuosa defensa del ciudadano ante la actuación Administrativa de matiz eminentemente gestora (seguridad social, sanidad, expropiaciones...) por no poder acudir a la jurisdicción ordinaria o no existir un tribunal administrativo que pueda satisfacer su pretensión o el procedimiento legal oportuno. La extraordinaria proliferación de tribunales administrativos—superior a los dos mil— creados para entender en materias singulares en forma de simples apéndices de los servicios públicos instituidos han llegado a ocupar un papel muy importante en la esfera jurídica del administrado—con un cierto paralelismo al que en los países continentales corresponde a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa—, si bien su constitución ha sido un tanto anárquica y su funcionamiento muy dispar. A raíz del famoso Informe FRANKS (1957), se lleva a cabo un profundo análisis crítico de la justificación de estos tribunales, quedando definitivamente de manifiesto su legalidad e indudable necesidad de esta forma sistema cuasijudicial; lo que sí se rechaza con evidente firmeza por dicho Comité es la creación de una Sala administrativa—para las apelaciones de los tribunales administrativos—en el Tribunal Supremo, renovándose de esta forma el tradicional repudio al modelo de Derecho administrativo continental.

Con las medidas adoptadas por el Gobierno sobre los tribunales administrativos, inspiradas en el Informe FRANKS, se inaugura una nueva etapa en la vida administrativa inglesa, si bien se precia inmediatamente la existencia de una grave e importante laguna en el sistema que implica una auténtica denegación de justicia: las situaciones en que el ciudadano no puede presentar una queja o un recurso ante un tribunal administrativo contra una autoridad administrativa, bien por no existir dicho tribunal, bien por falta de procedimiento legal. En 1959 JUSTICE—Sección Británica de la Comisión Internacional de Juristas—decide abordar el estudio de este problema, así como la posibilidad de introducir mejoras, teniendo particularmente en cuenta la institución escandinava del *Ombudsman* (23). Los frutos de este importante e independiente trabajo se contienen en el Informe WHYATT de 1961, que ha constituido la base de discusión y antecedente de la ley de 1967, puesto que cabe afirmar que en líneas generales se sigue la orientación del Informe, aun cuando en algunos importantes extremos es más restrictiva y se queda a mitad de camino.

(23) A. A. DE C. HUNTER: *La institución del Ombudsman y su posible adopción en Gran Bretaña*, en «Revista de la Comisión Internacional de Juristas», vol. IV, 1962, p. 171, y *The Ombudsman citizen's defender*, E. DONALD, C. ROWAR, Londres, 1968.

Los extremos más relevantes que conviene retener de esta institución son los siguientes (24):

— Su nombramiento se lleva a cabo por la Corona y puede ser prorrogado mientras observe buena conducta, si bien su cese puede producirse por una moción de ambas Cámaras. El desempeño de este cargo es incompatible con el de miembro de la Cámara de los Comunes: dentro de las consignaciones presupuestarias puede nombrar funcionarios auxiliares; tiene además la consideración personal de miembro de Consejo de Tribunales.

— La función principal del comisario es la de llevar a cabo investigaciones sobre actuaciones desarrolladas por los departamentos ministeriales y autoridades administrativas, con excepción de las materias que se refieren a relaciones internacionales, delitos contra la seguridad del Estado, expropiación forzosa, función pública y concesión de honores y distinciones.

— Como nota fundamental y típica debe señalarse que los ciudadanos no tienen acceso directo al comisario, sino a través de una reclamación formulada ante un diputado de la Cámara de los Comunes, alegando haber sufrido agravio a consecuencia de un acto de mala administración (*mal administration*) relacionado con la actuación de la autoridad correspondiente. La actuación del comisario no podrá iniciarse hasta la recepción del ruego formulado por un diputado de dicha Cámara de que abra una investigación sobre el asunto. Desde el punto de vista objetivo, la investigación sólo se iniciará cuando se compruebe que la persona agraviada no ha tenido derecho de recurso o apelación ante un tribunal o no hubiere tenido defensa por vía de procedimiento ante los tribunales, salvo que, a juicio del comisario, coste que en las circunstancias del caso no es razonable esperar que la persona interesada utilice o haya utilizado su derecho a la defensa.

Se ha hecho observar cómo la nota de la falta de libre acceso del ciudadano ante el comisario se debe a la gran tradición del control sobre la Administración (ruegos y preguntas) que llevan a cabo los parlamentarios británicos y que, por tanto, dicha institución podría amenazarla; en todo caso el comisario debe ser un órgano de auxilio y de asistencia y no de reemplazamiento del diputado.

El Informe WHYATT ponía de relieve que los dos defectos principales que debían eliminarse del sistema administrativo y ofrecer la correspondiente garantía eran las decisiones discrecionales de los funcionarios en las que el reclamante discrepa de la manera, de la forma en que el funcionario ha empleado sus potestades discrecionales y los llamados supuestos de actos de mala administración, en los que la queja versa sobre la actuación incompetente o injusta que puede ocasionar daños o perjuicios por ineficacia, error o negligencia del

(24) En el «Boletín de Legislación Extranjera», Cortes Españolas abril-junio 1969 (número 178) se puede consultar el texto de la Ley.

funcionario. Para atender a la primera categoría de quejas se recomendaba la creación de un tribunal general que entendiera de tales quejas contra decisiones discrecionales donde no haya tribunales administrativos; para la segunda serie de cuestiones se recomendaba la institución del comisario parlamentario. La ley de 1967 desarrolló esta última alternativa—sobre la primera no se tienen noticias sobre su viabilidad—para atender a estos supuestos de mala administración, concepto indeterminado en su formulación, pero que atiende a aquellos supuestos en que el administrado ha experimentado un daño a raíz de un trato injusto de la Administración, daño que no ha podido ser reparado por una vía ordinaria o por intervención de un tribunal administrativo.

— Se ha subrayado que la función del comisario es simplemente la de llevar a cabo una investigación administrativa, con plena libertad de actuación, con audiencia de las autoridades y funcionarios afectados, y sin que su tramitación comporte la suspensión de la actuación administrativa. Del resultado de la investigación se dará cuenta al diputado de la Cámara de los Comunes que la hubiese promovido y al funcionario superior o autoridad del organismo administrativo en cuestión. Como facultad o atribución privilegiada del comisario debe anotarse la que le corresponde, en los casos de que juzga que se ha inferido un trato injusto a la persona agraviada por culpa de la Administración y que la injusticia no ha sido reparada o no va a serlo, la posibilidad de remitir a cada una de las Cámaras del Parlamento un informe especial sobre el caso. Además, anualmente, someterá un informe general sobre el desempeño de sus funciones.

Como recapitulación puede decirse que nos hallamos ante una institución singular que responde a las coordenadas del planteamiento jurídico-político británico y que algunas de sus funciones en el sistema continental son perfectamente atendidas por la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien hay que añadir que el concepto de *maladministration* evidentemente comporta unas peculiaridades especiales que difícilmente pueden en su totalidad ser controladas por medios jurisdiccionales, por lo que es preciso tener en cuenta la virtualidad y posible eficacia de la misma.

V. LA RECEPCIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO: EL «MEDIATEUR» FRANCÉS

La recepción en Francia, cuna del sistema de Derecho administrativo o del régimen administrativo, de una institución como el *Mediateur*, con evidentes influencias con el *Ombudsman* escandinavo, merece ser destacado por cuanto supone la primera experiencia de conexión entre un sistema de control jurisdiccional con otro de carácter extrajurisdiccional, circunstancia que justifica que recientemente

se haya suscitado el interrogante sobre si el *Mediateur* constituye un aliado o un rival de la jurisdicción contencioso-administrativa (25).

Desde hacía algún tiempo en Francia se venía discutiendo sobre las deficiencias de la jurisdicción contenciosa para control de algunos aspectos de la actividad administrativa, especialmente en materia de libertades públicas y de la necesidad de buscar nuevos rumbos o de perfeccionar los mecanismos técnicos de aquella jurisdicción. La doctrina científica, si bien difundía y prestaba atención especial al *Ombudsman* escandinavo y a su proyección en otros países, no patrocinaba en absoluto su implantación; más bien adoptaba una actitud defensiva y de marcado signo nacionalista: así, en un estudio comparativo sobre el *Ombudsman*, la ponencia francesa N. QUESTIAUX (26) afirmaba abiertamente que las funciones de aquél son asumidas por los tribunales de la jurisdicción contenciosa, y de forma más contundente DRAGO, en el prólogo al más documentado estudio comparativo publicado sobre el tema, proclama que «el mejor *Ombudsman*, el Consejo de Estado» (27). En este clima de cierto escepticismo resultó sorprendente la decisión gubernamental de crear un *Mediateur*, encargado de mejorar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, que si bien manifiestamente se proclama distinto del modelo escandinavo, no deja de guardar cierto paralelismo, al menos en la laguna que pretende colmar, aun cuando en sus prerrogativas y estatuto jurídico las divergencias son acusadas. Todo ello explica que el anuncio de su futura implantación no suscitara excesivo entusiasmo y que en un plazo brevísimo y sin apenas debate—al contrario del comisario parlamentario británico, cuya gestación fue lenta y polémica—el Parlamento francés aprobara por Ley de 3 de enero de 1973 su creación.

Como han señalado los primeros comentaristas, una cierta imprecisión institucional y vaguedad concurren en esta nueva figura de nombramiento puramente gubernativo por un período de seis años e incompatible con el mandato parlamentario. La función principal del *Mediateur* es iniciar las investigaciones precisas a la vista de las reclamaciones formuladas por personas físicas; en este extremo, la legislación es muy estricta, a través de un diputado o senador que tenga relación con la actuación disconforme «a la misión de *service public qu'il doit assurer*» por parte de los organismos del Estado, Administración local, entidades públicas y cualquier otro organismo *investi d'une mission de service public*. Las reclamaciones no tienen carácter suspensivo de la actividad, no pueden versar sobre materias de función pública o de personal, y no interrumpen los plazos para la interposición de los recursos correspondientes; en todo caso le está prohibido la crítica a las decisiones jurisprudenciales y la intervención en

(25) R. PIEROT: *Le Mediateur: rival ou allié du juge administratif?*, en «*Mélanges Offererts a Marcel Waline*», II, Paris, «LGDJ», 1974, pp. 683-701.

(26) N. QUESTIAUX: *How administrative courts the need*, en «*The Ombudsman Citizen's Defender*», ob. cit., pp. 217-225.

(27) DRAGO en el prólogo a A. LEGRAN, *L'Ombudsman*, op. cit., p. 1970.

un asunto que está pendiente ante los tribunales. En el ejercicio de su función, el *Mediateur* se limita a formular recomendaciones por vía de persuasión en relación al organismo cuya actuación es objeto de enjuiciamiento; en el caso de que dicho organismo no se acomode a las recomendaciones o proposiciones, acude al expediente de la publicidad de sus actuaciones y eventualmente puede dar el tanto de culpa a los organismos competentes para la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, si bien en todo caso deberá darse a la publicidad la postura del organismo correspondiente y observarse el secreto profesional (28).

VI. LAS PRIMERAS EXPERIENCIAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL «MEDIATEUR»

La experiencia desarrollada, a través de los tres primeros años de funcionamiento de esta institución singular, en cierta medida ajena al régimen administrativo (así ha podido decirse que su creación significa un auténtico «palo de ciego»), ha evidenciado, de una parte, que su funcionamiento no es incompatible—antes al contrario en algunos puntos puede ser un valioso aliado—con la jurisdicción contencioso-administrativa y, por otra parte, que, teniendo en cuenta su imprecisa factura, su funcionalidad puede orientarse positivamente hacia la consecución de determinados objetivos que en la actualidad cumplen muy defectuosamente otras instituciones constitucionales y administrativas. Sobre la base empírica de los dos primeros Informes anuales que ha elaborado el *Mediateur*, MESCHERIAKOFF ha trazado, en un meritorio trabajo (29) las líneas fundamentales que permiten provisionalmente una caracterización institucional de esta figura. La primera conclusión que cabe confirmar es que el *Mediateur* no ha pretendido erigirse en protector o defensor de las libertades públicas, sino que ha acen-tuado—como era el propósito que motivó su creación—el rasgo de su caracterización como intercesor, mediador, mandatario o portavoz de los intereses de los particulares o de los administrados frente a la Administración cuando ésta no ha dado satisfacción a sus pretensiones. Según estas primeras experiencias, el *Mediateur* no ha reivindicado la defensa de las libertades públicas—alejándose definitivamente del modelo propio del *Ombudsman*—, sino que ha pretendido seguir fiel a los propósitos iniciales, inaugurando una singladura *sui generis* y pragmática que, al mismo tiempo, no suponga en absoluto interferencia con el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por una parte su misión no radica en censurar los actos de la Administración, sino en incitar a ésta a reconsiderar su actuación, sugiriendo

(28) A. S. MESCHERIAKOFF: *Le mediateur: un Ombudsman français?*, en «Bulletin de IIAP», núm. 26, abril-junio 1973.

En la bibliografía española V. DE LA VALLINA VELARDE, *La figura del mediador en el Derecho positivo francés*, «Documentación Administrativa» núm. 156, 1973.

(29) A. S. MESCHERIAKOFF: *Le mediateur deux ans apres*, «Bulletin de IIAP» número 35, julio-septiembre 1975, pp. 45 y ss.

para ello las medidas oportunas; por otra, no ha dejado de abordar la problemática conocida como *maladministration* (actuación por negligencia, retraso, arbitrariedad o simple inactividad), pero sin inmiscuirse en los motivos de ilegalidad, denunciado exclusivamente el funcionamiento defectuoso de los servicios públicos. En definitiva, los rasgos que definen al *Mediateur* son según MESCHERIACOFF: controlador de la Administración y de su actuación defectuosa, consejero jurídico de los administrados y detector de posibles reformas a introducir en la Administración y en su ordenamiento jurídico (30).

Estas primeras manifestaciones revelan, como ha señalado ya la doctrina, que el *Mediateur* ha venido en realidad a cubrir el vacío «material» de una antigua institución que los órganos que la detentan cumplen defectuosamente: el derecho de Petición. Efectivamente, el derecho de Petición ante el Parlamento y ante la propia Administración es una institución con amplia tradición en Francia, hasta el extremo de que SIEYÉS—quien la define como «la voz del pueblo exponiendo sus reclamaciones y formulando sus necesidades»—la tipificaba como una de las cinco funciones o poderes del Estado. Ahora bien, tanto en Francia como en los demás países se trata de una función en franca decadencia y desuso, en parte por haber sido reemplazada por otras instituciones (asociaciones o partidos) (31), pero, sobre todo, por la escasa eficacia práctica que su ejercicio comporta y las dificultades del parlamentario para presionar sobre la Administración. A juicio de MESCHERIACOFF, la instauración del *Mediateur* se ha revelado como un medio eficaz para revitalizar esta institución, ya que aquél se muestra como un instrumento idóneo y adaptado a las circunstancias actuales para hacer efectivo el derecho de petición; el *Mediateur*, de hecho, actúa como correa de transmisión entre el administrado y la Administración, disponiendo de poderes de influencia y de presión de mayor alcance que el parlamentario tradicional. Esta conversión del *Mediateur* en sucedáneo de la función de petición lógicamente, a la larga, como señala el autor citado, debe comportar reformas sustanciales en su estatuto; su constitucionalización y su nombramiento por el propio Parlamento aparecen como peticiones de principio irreversibles.

La reciente reforma de 24 de diciembre de 1976 del estatuto del *Mediateur* no afecta a las cuestiones cruciales de su estructura institucional, sino que se trata simplemente de una remodelación y un perfeccionamiento de su capacidad de actuación a la vista de las experiencias que su funcionamiento ha revelado como necesarias. Con todo, las revisiones introducidas son de singular importancia en cuanto vienen a reafirmar el rumbo originariamente emprendido por esta singular institución—sustitución o nueva presentación del derecho de

(30) A. S. MESCHERIACOFF: *Le mediateur deux ans apres*, op. cit., pp. 64-67.

(31) Sobre la evolución del Derecho de petición: J. RIVERO, *Les libertes publiques*, «PUF», 1973, pp. 245-247.

petición tradicional—y ponen de relieve los defectos de la actividad administrativa que pretenden corregirse por no tener en los medios tradicionales de control la adecuada solución.

VII. PRINCIPALES INNOVACIONES EN LA RECIENTE REFORMA DEL ESTATUTO DEL «MEDIATEUR»

1. *Modificación de las condiciones de acceso al «Mediateur»*

En la primitiva redacción de la Ley de 1973 la posibilidad de acceder al *Mediateur*, a través de un parlamentario, estaba rigurosamente limitado a las personas físicas, con exclusión total de las personas jurídicas. Muchas fueron las críticas que en la tramitación parlamentaria de la Ley se suscitaron en torno a esta limitación, pero el único resultado positivo fue la sustitución de la primitiva locución «ciudadano» por «persona física», y ello por entender que, conforme a los principios tradicionales del Derecho francés, no podía limitarse el acceso al *Mediateur* a los extranjeros residentes en este país. La revisión de 1976 ha paliado parcialmente las restricciones originarias, a todas luces injustificadas en un momento en que las asociaciones y otras entidades representativas tienen un papel muy significativo, al presumir como individuales las reclamaciones «presentadas en nombre de una persona moral si la persona física que la formula está ella misma interesada directamente». Se trata, evidentemente, de una fórmula de compromiso que debe valorarse como un intento de hacer accesible dicha institución a todo tipo de personas.

Mayor relieve presenta la modificación relativa a la posibilidad de que los propios parlamentarios, individualmente o a través de las Comisiones permanentes de las dos Cámaras, puedan directamente dirigir reclamaciones o solicitudes de investigación al *Mediateur*. Con ello se subraya la tendencia ya apuntada de una nueva versión del tradicional derecho de petición en el sentido de que los propios parlamentarios delegan en cierta medida en el *Mediateur* o se sirven de él para el ejercicio de dicha función. Al mismo tiempo, sin embargo, se acrecienta la contradicción en torno a esta figura por cuanto su nombramiento sigue siendo exclusivamente gubernamental.

2. *Posibilidades de interferir el funcionamiento de la Administración: recomendaciones y proposición de soluciones equitativas.*

Como señala expresivamente LEGRAND (32), la institucionalización de la figura del *Mediateur* responde a un claro propósito de introducir un medio complementario y no concurrential respecto al control judicial de la Administración (es decir, el contencioso-administrativo). De

(32) A. LEGRAND: *Mediateur ou Ombudsman?*, «AJDA», mayo 1973, pp. 229 y ss.

este punto de partida se deriva que la ley fundacional delimitara claramente las funciones del *Mediateur* respecto al juez administrativo, de tal suerte que no se interfirieran en su funcionamiento ni se otorgaran prerrogativas a aquel que le pudieran otorgar una situación de privilegio respecto al juez administrativo. El artículo 11 de su estatuto proclamaba de forma nítida que «el *Mediateur* no puede intervenir en un procedimiento iniciado ante la jurisdicción ni revisar los fundamentos de una decisión jurisdiccional»; al mismo tiempo sus cometidos en orden al funcionamiento de la Administración activa quedaban reducidos a formular recomendaciones al organismo correspondiente y presentarle iniciativas en orden a su mejor funcionamiento. Pese a esta contundente separación, la doctrina desde un principio intuyó la posibilidad de colisiones en función de la interpretación extensiva de que pudiera ser objeto la ley. Así, R. PIEROT, en un interesante artículo que lleva el expresivo título de *Le Mediateur: rival ou allié du juge administratif?*, detectó una serie de puntos de colisión que permiten pronosticar que aquél, en virtud de la flexibilidad de su procedimiento y la facilidad de acceso por parte de los ciudadanos, podía convertirse con el tiempo en un serio rival o antagonista del juez administrativo, tanto por lo que respecta a su protagonismo en la vida administrativa como por sus potestades de actuación (33).

La reciente reforma del estatuto del *Mediateur* ha venido a confirmar en cierta medida la posibilidad de esta rivalidad, al otorgar a aquél facultades que desestabilizan el equilibrio y la separación entre ambas instituciones en detrimento del juez administrativo. Por lo pronto, si bien se reitera el principio de que el *Mediateur* no puede intervenir cuando está iniciado un procedimiento judicial, ni mucho menos revisar los fundamentos de una decisión judicial; se le permite, no obstante, en la nueva redacción del artículo 10, en ambos supuestos, formular recomendaciones al organismo demandado. Es decir, se permite al *Mediateur* actuar—aunque sea sólo por vía de recomendaciones que, por supuesto, no tienen efectos vinculantes desde el punto de vista jurídico—estando iniciado un procedimiento judicial o habiendo éste concluido por sentencia. Sólo la experiencia, evidentemente, demostrará el alcance y eficacia de estas facultades, pero es obvio que la actuación de *Mediateur*, con sus recomendaciones, puede influir en la satisfacción extraprocesal de la pretensión, provocando la interrupción del proceso por desestimiento o por un allanamiento de la propia Administración. Más difícil de precisar es el sentido de las recomendaciones cuando se ha producido ya la sentencia judicial, pues en este caso sólo cabe presumir que aquéllas tengan por objeto un mejor cumplimiento de la propia sentencia.

De mayor significación es la nueva facultad que se otorga al *Mediateur* por el nuevo artículo 3, al habilitársele para formular reco-

(33) R. PIEROT, en *Melanges Offersts a Marcel Waline (La juge et le droit public)*, tomo II, Paris, 1974, pp. 684 y ss.

mendaciones al organismo actuante para resolver en equidad la petición del solicitante cuando «la aplicación de disposiciones legislativas o reglamentarias den lugar a una iniquidad». Paralelamente se le reconoce la posibilidad de «proponer a la autoridad competente todas las medidas que estime convenientes para remediarla y sugerir las modificaciones que crea oportunas aportar a los textos legislativos o reglamentarios». Claramente cabe apreciar una posición de privilegio del *Mediateur* respecto al juez administrativo, que tiene absolutamente prohibido, en virtud del principio consustancial al régimen administrativo de separación entre Administración y tribunales (consagrado a partir de la Ley 16-24 de agosto de 1790), interferir las operaciones administrativas con requerimientos, recomendaciones o iniciativas. Esta especie de función de valedor o defensor de «equidad» que se atribuye al *Mediateur* es un factor absolutamente nuevo en los dominios del régimen administrativo que había sido ya intuido por LEGRAND al calificar el papel a desempeñar por aquél como «una especie de médico de extremaunción al postular, en colaboración con la Administración, la resolución de un caso que no sería susceptible de solución por las vías ortodoxas» (34).

3. Otorgamiento de mayores facilidades para la realización de investigaciones. Atenuación del principio de la responsabilidad jerárquica ministerial.

La inserción de la figura del *Mediateur* en el contexto institucional francés se ha llevado a la práctica con un claro propósito de prudencia y cautela a fin de no trastocar el cuadro de funcionamiento de las instituciones políticas y administrativas. Ello explica que su capacidad de actuación haya sido configurada de modo limitado, a fin de no alterar los principios clásicos de la estructuración y organización administrativa. En particular, por lo que afecta al tema esencialísimo de las facultades de investigación y control sobre la Administración, se ha intentado definir las sin menoscabo absoluto del tradicional principio de la responsabilidad jerárquica ministerial, según el cual el Ministro es el único responsable de la actuación de los funcionarios sometidos a su jerarquía. De esta suerte las facultades del *Mediateur* se ven condicionadas por este principio que exige la previa conformidad del Ministro para acceder a la documentación y entrevistarse con los funcionarios, lo que equivale, en frase de GHANDERNAGOR ante la Asamblea Nacional, a que «el poder de control depende íntimamente de la buena voluntad del controlado» (35).

Si bien el principio general es que «los Ministros y todas las autoridades públicas deben facilitar la labor del mediador» (art. 12), lo

(34) A. LEGRAND: *Mediateur ou Ombudsman?*, op. cit., p. 233.

(35) Citado por P. GARANT: *Du protecteur du Citoyen quebecois au mediateur français. L'Ombudmanie et francophonie*, «AJDA», mayo 1974, p. 241.

cierto es que la autorización ministerial es precisa para poner en funcionamiento los medios de control. Tres son, en grandes líneas, los medios de actuación con que cuenta el *Mediateur* para el desarrollo de sus funciones: acceso a la documentación administrativa (artículo 13), facultad de interrogar a los funcionarios (art. 12. 2) y recabar el auxilio de los Cuerpos de Inspección y Control, así como solicitar los estudios pertinentes al Consejo de Estado y al Tribunal de Cuentas. Pues bien, estas facultades se hallan mediatizadas por la previa y expresa autorización ministerial y la obligación de mantener el secreto profesional, vigilando a tal efecto «para que ninguna mención que permita la identificación de personas cuyo nombre le hubiese sido revelado, aparezca en los documentos publicados bajo su autoridad» (art. 13). Por otra parte, se señala que «el carácter secreto o confidencial de los documentos sobre los que solicita conocimiento no puede serle negado, salvo en materia de secreto concerniente a la defensa nacional, seguridad del Estado o política exterior» (art. 13). Estos tres medios de actuación no han experimentado modificaciones sustanciales, si bien cabe apreciar una sensible atenuación de la absoluta disponibilidad ministerial sobre la organización administrativa. La autorización previa para que los funcionarios contesten a las preguntas del *Mediateur* y asistan a sus convocatorias sigue vigente, pero en relación con los cuerpos de Control parece que ha desaparecido. Como novedad ha de señalarse que la Ley de 24 de diciembre de 1976 prescribe la obligatoriedad de los funcionarios y de los cuerpos de Control de responder y de colaborar con el *Mediateur* e incluso los Ministros deben velar para la efectividad de esta previsión normativa.

Como puede observarse, el paso dado por la reforma de 1976 es todavía muy tímido, pero cabe apreciar una mayor sensibilidad para facilitar la eficacia del control. No cabe olvidar que éste es el punto crucial de la nueva institución y las restricciones que todavía pesan sobre los medios de control constituye la diferencia fundamental del *Mediateur* con el Comisario Parlamentario inglés y los *Ombudsman* que ofrece el derecho comparado. Evidentemente, en los sistemas escandinavos y anglosajones existen unos principios de organización ministerial distintos y un mayor grado de responsabilidad individual de los funcionarios en todos los escalones, lo que facilita la labor investigadora del *Ombudsman* y la ausencia de limitaciones en su acceso a la Administración. De todas formas, si la labor del *Mediateur* se consolida, será necesario introducir grandes reformas en esta materia, aun a riesgo de replantearse un principio tan consustancial al régimen francés como el de la responsabilidad jerárquica ministerial.

4. *Intervención en el control de la ejecución de las sentencias judiciales.*

El tema de la ejecución de sentencias en el ámbito del contencioso-administrativo es absolutamente capital para el Estado de Derecho,

pero es de todos conocido que en los sistemas de régimen administrativo es ésta una de las cuestiones más problemática, por cuanto corresponde a la propia Administración activa la ejecución de los fallos judiciales en virtud del principio de separación de poderes. Las resistencias directas (negativa pura y simple o demora) e indirectas (36) de la Administración a dar cumplimiento a los fallos judiciales constituyen uno de los capítulos más irritantes de la patología judicial jurídica. La postura de la doctrina sobre esta cuestión, en general, es pesimista y conformista: así, para GONZÁLEZ PÉREZ, «cuando llega el momento de realizar el mandato de la sentencia condenatoria de la Administración, se comprueba que esto sólo se consigue cuando quiere el político de turno» (37); en análogos términos de preocupación se pronuncia en relación al derecho francés P. WEIL, quien después de afirmar que «las sentencias más audaces no son nada si la Administración rehúsa ejecutarlas», dice: «estamos en un terreno en el que el derecho es impotente. Pueden, ciertamente, imaginarse paliativos: se ha previsto que el requirente que no ha obtenido satisfacción en los seis primeros meses, puede señalar el hecho al Consejo de Estado, que podrá mencionarlo en su informe anual. Pero no deben esperarse milagros en este terreno... Querer reducir a la nada las últimas defensas de la independencia del poder es, pura y simplemente, una quimera: el realismo ordena resignarse a ver cómo el control judicial de la acción administrativa desemboca a veces en un callejón sin salida» (38). Los testimonios de las diversas doctrinas nacionales podrían multiplicarse en este sentido; quizá la única particularidad que cabría señalar en este sentido es la nueva perspectiva que ofrece el Derecho español a partir de la Ley Orgánica del Estado de 1967, en su artículo 31 (desarrollado en el número 2 de la Base primera de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974), al establecer que «la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en los juicios civiles, penales, contenciosos-administrativos, laborales y demás que establezcan las leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales». A juicio de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «cualquiera que sea la interpretación que quiera darse a este último precepto, es lo cierto que liquida expresa-

(36) Para el Derecho español en esta materia. Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, núm. 73 de esta REVISTA, enero-abril 1974, pp. 151-178.

(37) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La justicia administrativa en España*, cuadernos Civitas, 1974, p. 118. El mismo autor advierte que «los procedimientos utilizados por la Administración para lograr la inejecución de los fallos son infinitos. En todos los países, los administradores muestran una habilidad extraordinaria para conseguir sus fines y lograr que prevalezca su criterio. Se ha llegado a decir que la Administración, a la que, por otra parte, se le reprocha su falta de imaginación, hace gala en este aspecto de una ingeniosidad notable. En este combate singular en que luchan el juez y el administrador es preciso constatar que el juez parte vencido, cualquiera que sea la forma tomada por la resistencia de los poderes públicos», p. 121.

(38) P. WEIL: *El Derecho administrativo*. Cuadernos Taurus. Madrid, 1967, página 98.

mente los presupuestos políticos que en su día determinaron la singular configuración técnica de la ejecución de sentencias en la vía contencioso-administrativa» (39).

El Derecho francés no escapa a la fragilidad del sistema de ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo, ya que, como puntualiza P. WEIL, «la ejecución de las sentencias judiciales por las colectividades públicas sólo reposa, en definitiva, sobre la buena fé de la Administración y el prestigio del juez. Afortunadamente una y otra son lo suficientemente grandes en Francia como para que la ejecución no produzca demasiadas dificultades; los casos en que la Administración rehúsa son espectaculares, pero muy escasos» (40). Los supuestos de inejecución, defectuosa ejecución o simple demora en la misma no son en la realidad francesa excesivamente alarmantes para poner en tela de juicio el sistema del contencioso-administrativo, pero sí lo suficientemente significativos para que la doctrina haya llamado la atención sobre la *mauvais vouloir* de la Administración en orden a la ejecución de los fallos (41) y la necesidad de arbitrar remedios eficaces contra estas prácticas defectuosas. La crítica de la doctrina encontró cierto eco en la reforma de la organización y funcionamiento del Consejo de Estado por Decreto de 30 de julio de 1963, al facultar al Consejo de Estado para llamar la atención de la Administración sobre el curso dado a la ejecución de una sentencia, pudiendo al mismo tiempo en el informe anual hacer una referencia a los supuestos de inejecución. Esta innovación, como puede observarse, era una medida tímida y de escasa repercusión, pero relevante por cuanto señalaba la existencia de un auténtico problema que demandaba una solución mucho más enérgica. A juicio de VEDEL, la única medida verdaderamente radical y digna de un Estado de Derecho sería, sin duda, la puesta en funcionamiento automática de la responsabilidad pecuniaria del funcionario responsable de la inejecución de la sentencia que adquiere la fuerza de cosa juzgada (sin distinción entre la jurisdicción ordinaria o contenciosa)» (42).

La solución arbitrada en 1963 ha devenido a la postre insuficiente, puesto que se ha aprovechado la reciente reforma del estatuto de *Mediateur* para incidir de nuevo en este tema y utilizar la operatividad de esta figura para otorgarle un protagonismo cualificado en este orden de ideas. Así, el párrafo 2 del artículo 11 prevé que el *Mediateur* en supuesto de «inejecución de una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada» podrá requerir al Organismo demandado» para que en el plazo que aquél le señale la ejecute. Si este requerimiento no

(39) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Algunas reflexiones*, op. cit., p. 152. Sobre el mismo tema, MONTORO PUERTO: *Nuevas perspectivas en la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, «REVL» núm. 166, 1970, pp. 203-252, y CANO MATA: *Ejecución judicial de las resoluciones contencioso-administrativas*, núm. 70 de esta REVISTA, pp. 29-52.

(40) P. WEIL: *El Derecho administrativo*, op. cit., p. 98.

(41) A. LAUBADERE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, «LGDJ», Paris, 1967, pp. 442-444.

(42) G. VEDEL: *Droit administratif*, «PUF», Paris, 1964, p. 408.

surte efecto, la inexecución de sentencia será objeto de un informe especial en la forma prevista en el artículo 14 (remisión al Presidente de la República y al Parlamento) y publicado en el «Journal Officiel». La innovación merece destacarse por cuanto supone una auténtica novedad en el sistema tradicional del contencioso-administrativo francés por cuanto otorga a una Magistratura singular como la del *Mediateur* un papel relevante en el sistema de ejecución de sentencias emplazando a la Administración a actuar en un plazo determinado y a deponer su actitud de inercia o demora. La sanción contra la reiterada inactividad, no obstante, es más moral que propiamente jurídica, puesto que se materializa en un informe especial al Presidente de la República y al Parlamento, informe que sin duda tiene repercusiones para el Organismo administrativo inactivo dada la relevancia constitucional y política de sus destinatarios. La experiencia se encargará de demostrar la eficacia de esta innovación singular, pero no cabe duda que en el terreno de los principios son preferibles los sistemas que arbitran medios coactivos de tipo jurídico a cargo de los propios órganos judiciales. Con todo, debe destacarse y anotarse esta solución dada por el ordenamiento francés por cuanto pone el dedo en la llaga en una deficiencia institucional común a todos los sistemas jurídicos de régimen administrativo.

5. *Exclusión de las materias relativas a la función pública: revisión parcial de este criterio*

Las cuestiones que afectan a las relaciones entre la Administración y sus agentes están absolutamente excluidas para el *Mediateur* (art. 7.º). Es este un campo reservado por entenderse que las cuestiones de personal son propiamente pertenecientes a la potestad doméstica y privativa de la Administración en la cual deben actuar exclusivamente los Organos disciplinarios que el derecho positivo reconoce. Este criterio en parte ha sido revisado en la reforma de 1976 al permitirse que el *Mediateur* intervenga en los asuntos de personal cuando el funcionario haya cesado en el servicio activo. Con ello se viene simplemente a sancionar una práctica anterior que había ya admitido su intervención en materia de derechos pasivos de funcionarios jubilados (43).

Pese a esta exclusión de las materias relativas a la función pública, el artículo 10 faculta al *Mediateur*, a falta de autoridad competente, para promover un procedimiento disciplinario contra un funcionario público o incluso demandarlo ante la jurisdicción penal. Este artículo, como apunta A. S. MESCHERIAKOFF, es producto de una enmienda par-

(43) Vid. R. PIEROT: *Le mediateur...*, op. cit., p. 649.

(44) A. SERGE MESCHERIAKOFF: *Le mediateur: un Ombudsman français?*, «Bulletin de l'Institut international d'Administration Publique» núm. 28, abril-junio 1973, página 44.

lamentaria y su redacción es muy confusa (44); el *Mediateur* se convierte en una especie de acusador público, pero el alcance exacto de estas facultades no se detecta plenamente. La reforma de 1978 no ha introducido ninguna novedad en este tema.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El balance que ofrece la regulación positiva del *Mediateur* y de su reciente revisión es lo suficientemente ilustrativo para demostrar la cautela que debe presidir la creación de nuevas instituciones, especialmente cuando el modelo a imitar ha surgido en un contexto basado en principios informadores distintos a los propios del régimen administrativo. No cabe duda que en alguna medida la figura del *Ombudsman* ha influido una atracción poderosa en el legislador francés, pero en todo caso el resultado final ha sido muy distinto o, si se quiere, como ya se ha apuntado por algún autor (45), una copia deformada de aquél. Querer hacer compatible el modelo escandinavo o el anglosajón con el sistema de justicia-administrativa o en última instancia con el régimen administrativo resulta difícil y en cierta medida contradictorio sin una revisión, a su vez, de todo el sistema o edificio jurídico-administrativo. La experiencia francesa, cuna del régimen administrativo, es singularmente valiosa por el pragmatismo que ha presidido la configuración del *Mediateur*; su puesta en funcionamiento ha permitido descubrir caminos que ya —valga la expresión— estaban descubiertos, pero que era necesario revitalizar y readaptar, y se ha aprovechado dicha institución para potenciarlos. Muchas de las cuestiones que se han detectado a raíz del funcionamiento del *Mediateur* podrían encontrar solución con una reforma de la regulación positiva del contencioso-administrativo o un perfeccionamiento del derecho de petición. Ello no quiere decir que la creación de esta figura haya sido inútil, sino simplemente que el tema de la defensa de las libertades públicas, tal como se configura en los países en que tienen establecido el *Ombudsman*, sigue todavía inédito en los sistemas de régimen administrativo, debido en gran medida a las dificultades que la compatibilidad de tales sistemas presenta.

Estas consideraciones creemos que son de particular interés para nuestro país, cuando ya empiezan a levantarse voces en favor de instituciones parecidas al *Ombudsman* o al *Mediateur* (46). Por lo que respecta al ejemplo francés, su trasplante a nuestra realidad opinamos que no significaría un avance trascendental. Con un perfeccionamiento de la Ley reguladora del Derecho de petición de 1960 y la instauración de una amplia intervención del ministerio fiscal en el contencioso-admi-

(45) A. SERGE MESCHERIAKOFF: *Le mediateur: deux ans apres*, op. cit., p. 68.

(46) V. DE LA VALLINA VELARDE: *La figura del mediador en el Derecho positivo francés*, op. cit., pp. 149-151; A. GIL ROBLES GIL-DELGADO: *El control parlamentario de la Administración*, op. cit., pp. 223-241; y R. PELLON: *¿Un Ombudsman para España?*, en «Documentación Administrativa» núm. 170, 1976, pp. 99 y ss.

nistrativo y en el control de la ejecución de sentencias (47) podrían alcanzarse prácticamente los mismos objetivos. Por lo que respecta a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo debe anotarse la significativa innovación del reciente Decreto-ley de 18 de marzo de 1977 sobre normas electorales que le atribuye «la representación pública y la defensa de la legalidad en el recurso contencioso-electoral». Esta innovación, indudablemente, puede significar un primer paso en la reforma de nuestro contencioso-administrativo.

Martín BASSOLS COMA

Profesor agregado de Derecho administrativo

(47) Véase para el examen de esta problemática el interesante y sugestivo estudio de J. GONZÁLEZ PÉREZ: *El fiscal defensor de la legalidad administrativa*. Separata del Ciclo de Conferencias organizado por el Ministerio Fiscal, octubre de 1976, pp. 51 y ss.