

EL OMBUDSMAN

(Protector de ciudadanos frente a la Administración Pública y vigilante de las libertades públicas).

Dr. Enrique Rojas F.

INDICE

I. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL OMBUDSMAN PARLAMENTARIO, O PROTECTOR DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA ADMINISTRACION PUBLICA Y VIGILANTE DE LAS LIBERTADES PUBLICAS: *Etimología. Historia. Competencia. Breve análisis de los Recursos de Amparo y de Habeas Corpus en nuestra jurisprudencia. Designación. La diferencia conceptual entre la Administración Pública y Poder Ejecutivo.*

II. LA NECESIDAD DE SU CRECION EN COSTA RICA.

III. EL OMBUDSMAN EN DERECHO COMPARADO: *Suecia. a) Introducción. b) Historia. c) Modo de designación. Finlandia. Francia. Mediador. Introducción. Statuto. Funciones del mediador. Competencia. Procedimiento. Medios de acción I. Medios de acción II. Inglaterra (Parliamentary Commissioner, Comisionario Parlamentario). Canadá: Provincia de Quebec. Protector de ciudadanos. Preámbulo. Organización de la Institución: 1. Status del Protector. 2. Reclutamiento. 3. Renovación. 4. Incompatibilidades, obligación al secreto. 5. Remuneración. 6. Cesación de funciones. 7. Personal. Funcionamiento de la Institución o Medios de acción. Poderes de investigación. Procedimiento. Poder de recomendación. Derecho Neerlandés. Holanda. Introducción. Proyecto de creación del modelo holandés. República Federal de Alemania. Introducción. Requisitos. Elección. Status. Colaboradores. Competencia. Medios de acción. Procedimiento. Poderes. Relación con los otros órganos de control parlamentario. Relaciones con los órganos de control jurisdiccional. La Prokouratoura o Procuraduría Soviética.*

BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCION

Etimología

Existe una institución muy arraigada en los países nórdicos, que ha sido implantada en muchos países occidentales, según un esquema propio y aún con diverso nombre, pero en lo fundamental se conoce como Ombudsman.

La palabra, etimológicamente, proviene de la lengua inglesa: "Ombuds", que quiere decir protector y "Man", hombre es decir, protector de hombres y más concretamente, de los administrados frente a la Administración Pública. Lo importante es que en el lenguaje jurídico parlamentario o constitucional, la palabra denota "representante", que viene a ser un significado más preciso que "Procurador", que sería hacer alguna cosa en provecho de otra. Aún se le ha dado el nombre de "Protector", "Contralor", o bien de "Representante" (Ombudsman de Trabajadores, por ejemplo)¹.

Historia

Su historia se remonta al siglo diecisiete en Suecia. Ahí nació como órgano constitucional en las Constituciones de 1819 y 1859, denominado como "Órgano General de Control de la Administración Pública". Como no había descendencia al trono real, el Rey Gustavo, había escogido para sucederle a un francés. Los Estados Generales (Riedstat) o Parlamento Sueco quieren que haya un órgano parlamentario encargado de controlar los reyes extranjeros.

¹ Su introducción tiene por fin mejorar la protección jurídica de los ciudadanos frente a las autoridades públicas. Es un complemento a la protección ya existente de los recursos administrativos, en sede administrativa o jurisdiccional o los constitucionales: Habeas Corpus y Recurso de Amparo, Art. 48 de la Constitución Política.



Posteriormente evolucionó *in extenso* para controlar los agentes públicos. Ello para garantizar la inamovilidad de estos, y para evitar las intromisiones e influencias del Poder Ejecutivo. Mas en caso de falta en el cumplimiento de sus tareas públicas, los funcionarios estatales eran responsables penal y patrimonialmente, sea una responsabilidad de función. ¿Pero, quién exigía esa responsabilidad? La Constitución de 1929 prevee que sería el Ombudsman quien ejercería esa atribución.

Al principio se hacen frecuentes las denuncias con el subsiguiente procedimiento de responsabilidad funcional, pero luego basta la simple amenaza del hecho del poder y el prestigio del Ombudsman. Posteriormente, en los siglos XIX y XX la institución tiende a ligarse no sólo al régimen parlamentario sueco, sino que también se hace extensivo a la responsabilidad ministerial, individual o colectiva.

En 1954 Dinamarca crea un Ombudsman y lo lanza con una gran publicidad. La institución se pone de moda en la Europa Central, no obstante que en la U.R.S.S. en 1924 se había creado la *Prokuratura*, que se asemeja en gran medida al Ombudsman. Pese a ello, todo país, especialmente los anglosajones quieren tener su ombudsman.

✓ Su justificación en Dinamarca en 1954, fue precisamente la defensa de los derechos individuales de los ciudadanos daneses contra el abuso del poder de los funcionarios públicos. ✓

Actualmente existe entre otros países en Inglaterra, Provincia de Quebec, Canadá, los Países Nórdicos Finlandia y Noruega, Francia, Nueva Zelanda, Australia, etc.

Competencia

✓ Su nombre en Costa Rica debe ser Protector de los Ciudadanos frente a la Administración Pública y vigilante de las libertades públicas o derechos humanos. Ello nos lleva a la firme determinación de establecer como competencia principal del Ombudsman no sólo la protección de los derechos humanos, sino también el control de la Administración Pública. ✓ Es harto conocido que en Costa Rica los Derechos Humanos no son violados, al menos hasta el día de hoy. Los foros internacionales han reconocido a nuestro país como uno de los pocos países, al menos en Latinoamérica, en donde el Poder Público respeta la libertad y la vida.

Por otra parte, son numerosas las deficiencias de la acción administrativa. Si solamente se estableciera la institución para defensa de las libertades públicas, indudablemente que sus funciones serían escasas, por no decir nulas. ✓ Pese a ello, creemos que deberá mantenerse entre sus atribuciones esa eventual protección; pero lo principal es que exista la posibilidad de ser un vigilante de la Administración Pública costarricense. ✓

A través de la descripción que se hará posteriormente, estableceremos el significado en forma más precisa de la última premisa indicada. Repetimos que en regla general, tiene dos funciones específicas:

✓ control global de la Administración Pública y las defensas de las libertades públicas. La primera nació como un mecanismo de control de la legalidad administrativa al constatar que un control jurisdiccional administrativo resultaba insuficiente. ✓ Respecto a la segunda función, se citan varios casos que fundamentan la vigilancia sobre las libertades públicas, verbigracia: enclaustramiento arbitrarios en hospitales psiquiátricos o cárceles, clausura de periódicos, secuestro de revistas contrarias al régimen político dominante, etc. ²

✓ El órgano es unipersonal, aún cuando tiene un personal auxiliar nombrado por él, que coadyuva en su labor. La persona que ha de cumplir con el cargo debe reunir ciertas condiciones de integridad, sapiencia y libertad, propios de su función. De aquí se desprende que no debe por ningún motivo, ser parte de la Administración Pública, aún cuando pudo haber formado parte de ella. Normalmente se ha escogido a un jurista o un exfuncionario público. ✓

Breve análisis de los Recursos de Amparo y de Habeas Corpus en nuestra jurisprudencia.

Como información valiosa, es interesante destacar el análisis estadístico realizado por el Licenciado Roy Mena Chaves, en su tesis de licenciatura presentada en el año 1975, que establece que: del 21 de julio de 1950 al 18 de diciembre de 1962, se dictaron doscientas una resoluciones en juicios de amparo. De esas doscientas una, ciento noventa y cinco son sentencias. De ese número, sólo fueron declaradas con lugar *Treinta*. El resto, o sean: ciento setenta y cinco, fueron declaradas sin lugar en sentencias denegatorias definitivas o rechazadas de plano... Desde el primero de enero de 1963 al 15 de enero de 1974, se presentaron ciento noventa y tres recursos de amparo, se declararon con lugar 27, se denegaron 166; es decir, que se rechazó el 87.1 por ciento; se declararon con lugar el 12.9 por ciento. La mayoría de los recursos procedentes lo fueron en virtud de silencio o aceptación de cargos por parte de las autoridades recurridas. Seguidamente el citado autor enumera las causas por las cuales el recurso de amparo se rechazaba:

Rechazo del Recurso del Amparo.

- 1) Por confusión que hacían los recurrentes de los diferentes recursos protectores de las libertades públicas. Por ejemplo se confundían el recurso de Amparo con el de Hábeas Corpus, con el Inconstitucionalidad o con el proceso Contencioso-Administrativo.
- 2) Por no agotamiento de las vías previas o falta de interposición de recursos previos, a tenor del artículo tercero de la Ley de Amparo. Y aquí concordamos con el Lic. Mena, si bien es cierto hay omisión

² En Suecia en el siglo XIX ciertos herederos encerraban a sus parientes con el propósito de entrar en posesión de la herencia.

de parte de los recurrentes, sucede con frecuencia en Costa Rica que al no establecerse por ley el contenido y formalidades de los recursos administrativos, no existe claridad en muchos casos del iter necesario que el interesado debe seguir para incoar recursos administrativos en sede administrativa. Finalmente, acota que han llegado a rechazarse recursos de amparo por falta de agotamiento del recurso de "reconsideración"; a lo que agregó que ello obedece a la errónea aplicación analógica que nuestros tribunales han hecho de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, N° 3667 del 12 de marzo de 1966.

- 3) Porque el recurso de reconsideración o reposición, debe intentarse para agotar la vía administrativa, pero este instituto procesal es para efectos de impugnación jurisdiccional del acto o disposición administrativa, no para recursos de amparo, que se entiende deben ser expedito, sin patrocinio de abogado, sin formalismo, por el objetivo que tiende a tutelar: las libertades públicas.
- 4) Otras por falta de claridad en la exposición de los hechos que se consideran violatorios de los derechos constitucionales. Art. 8 de la Ley.
- 5) Porque existía el criterio entre los juzgadores, que el recurso tutela derechos individuales y sociales y otros que es protector de todos los derechos constitucionales.
- 6) Por aplicación mecánica de la tesis jurisprudencial siguiente:
" ... El Recurso de amparo es contra toda disposición que viole en forma arbitraria, cualquier derecho consagrado en la Constitución ... Es arbitrario un acto, acción u omisión, cuando es cometido por pura voluntad o capricho, sin poder invocar ninguna regla en apoyo de esta acción, ya que si el acto tiene respaldo en la ley vigente, aunque esta se tilde de inconstitucional, no procede el amparo porque esta no es la vía para declarar la inconstitucionalidad de las leyes ... "

El autor analiza con propiedad la anterior jurisprudencia, la cual contiene yerros ya superados según la actual teoría del control de los actos administrativos; por ejemplo no es posible establecer que un funcionario público actúe por pura voluntad o capricho, sea la tesis subjetiva de inconformidad de un acto con el ordenamiento jurídico; la voluntad del agente público no cuenta por cuanto es imposible al juzgador establecer la subjetividad del funcionario (odio, rencor, dolo, etc.), lo importante es la adecuación del acto en su contenido, motivo, o fin a la ley. Si no existe esa adecuación, el acto no es en derecho público válido, y será arbitrario cuando esos elementos del acto no se ajustan a ninguna norma. Y podría inclusive tratarse de la teoría de los actos inexistentes.

A pesar de todo lo expuesto, creemos que mientras no sea creada una Corte Constitucional o bien traspasados jurisdiccionalmente, la función constitucional actual al Tribunal Supremo de Elecciones, deberá mantenerse en la Corte Suprema de Justicia, los recursos de Há-

beas Corpus y de Amparo, pero eso sí, creando la posibilidad para el Ombudsman de ejercer su competencia en esta materia. Es decir, el particular lesionado con un acto que viole su derecho constitucional o su libertad, podría escoger o la vía del Recurso ante el Poder Judicial o bien ante el Ombudsman.

Designación

En Derecho Comparado (Inglaterra, Suecia, Francia, Canadá, Nueva Zelandia), el personaje es escogido por el Parlamento o Asamblea Legislativa; pero puede pensarse que en Costa Rica, su designación puede estar a cargo de la Corte Suprema de Justicia, siendo quizás uno de los mayores problemas que conlleva la efectividad de su función contralora. Se argumenta que debe ser la Asamblea Legislativa la llamada a designarlos, por cuanto es ese Poder la encarnación de la voluntad popular, es el núcleo político que aglutina a las personas que va a representar al pueblo, quien los ha electo en los camicios electorales. Por ende, deberá corresponder a ese cuerpo normativo nombrar su representante, por ser el Ombudsman un protector de los derechos del ciudadano.

A pesar de que esa firmación es consecuente desde un plano teórico-político, también es cierto que la experiencia puede demostrar un peligro real para la eficacia de la Institución.

Evidentemente la praxis política parlamentaria en Costa Rica, ha establecido que en determinados momentos el partido de gobierno puede dominar la Asamblea. Si el Ombudsman por ejemplo, y esa es su función, comienza a denunciar numerosas irregularidades del Poder Ejecutivo, en el fondo, (y a pesar de la diferencia que haremos en el capítulo siguiente entre función administrativa y función política, que en determinado momento ambas funciones se confunden irremediablemente), el que estará en causa simplemente será el Partido en el Poder y no el aparato burocrático o administrador. Ante ello, la Asamblea de quien depende el Ombudsman entrará en conflicto con su designado, crisis que podría ser de presión, negación de recursos financieros, de silencio ante las denuncias, de no reelección que produciría en resumen la renuncia anticipada del Ombudsman por falta de apoyo a su eficiente labor pero no conveniente a los fines político-electorales del partido dominante.

De todos modos si la tesis fuere aceptada, la designación por parte de la Asamblea Legislativa deberá hacerse o por mayoría calificada, dos tercios del total de los diputados, o bien por medio de una gran comisión, en la cual todos los partidos políticos representados en la Asamblea tuvieran ingerencia en su designación. Por supuesto la revocación deberá ser por el mismo número de votos necesarios para su nombramiento (teoría del acto contrario).

Puede pensarse que fuera designado por una gran comisión nacional en donde estarían representadas ciertas asociaciones de derecho

público, o representantes de los Colegios Profesionales, específicamente de la Federación de Colegios Profesionales, Asociaciones de Protección de Usuarios de los servicios públicos, Cámaras Patronales, etc.

Pese a ello, creemos que debe ser de resorte del Poder Judicial, al menos la elaboración de la terna para nombrar el Ombudsman. El Poder Judicial goza de mucho prestigio en el ámbito de opinión pública costarricense e inclusive la Constitución Política le ha atribuido la potestad de designar a los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, órgano constitucional que realiza una función de suyo delgada en materia de elecciones nacionales y municipales.

Como última idea y pretendiéndose que dentro de las funciones que realice el Ombudsman estará el control del servicio público justicia, puede establecerse el mecanismo de dos órganos, la Asamblea Legislativa y el Poder Judicial, quienes realicen la designación del Ombudsman. Todo lo expuesto tomando en cuenta como se dijo la realidad política administrativa de nuestro país.

La diferencia conceptual entre Administración Pública y Poder Ejecutivo.

En Derecho Público se hace la diferencia entre lo que significa la Administración Pública y el Poder Ejecutivo (Gobierno). Ambos pertenecen al Estado, sin embargo, a la primera corresponde ejecutar y organizar las tareas del Estado, (función administrativa), como persona jurídica perenne que se mantiene aún cuando el gobierno cambie cada cuatro años. El Gobierno como encarnación del Poder político no administrador del Estado, representa en esa calidad el pensamiento político del partido dominante y en consecuencia impondrá sus decisiones orientadas en la ideología que representa, más concretamente, el Gobierno aún cuando pueda encarnar ambos tipos de funciones dentro del Estado, la política y la administrativa, en determinado momento puede dictar ciertas medidas políticas que considere convenientes para satisfacer las necesidades sociales. Posteriormente, se realizan como decisiones jurídicas (decretos, reglamentos, órdenes, circulares, etc.); finalmente se ejecutan por medio de la Administración Pública o Burocracia. En este sentido, la Administración Pública viene a ser el puente que une el poder político con los administrados. Los actos de este son decisiones políticas enmarcadas en normas jurídicas a través del poder administrador, reducto final de las soluciones comunes.

El cómo y la oportunidad de esas decisiones dependerá en gran medida de la clase política dirigente en un momento dado y según la ideología dominante.

Ahora bien, el marco que nos interesa considerar a los propósitos de este ensayo es el puente final y directo que une a los gobernados y gobernantes. Es este el que nos pone en inmediata relación con el poder político a través de las órdenes de expropiación, de la prestación de servicios públicos o del cobro de impuestos. Allí es donde la figura

del Ombudsman adquiere relevancia e interés para todos los administrados. Porque si la prestación de los servicios públicos y la solución de los problemas sociales se dan dentro de un marco normativo, su cumplimiento se encarga a personas físicas, representantes de los órganos y entes públicos capaces por ignorancia, decidia o dolo, de producir una distorsión del fin, objeto o contenido de la norma. El Derecho Administrativo se ha encargado de desarrollar toda una teoría concretizada en derecho positivo (como por ejemplo la ley N° 3667 del 12 de marzo de 1966 que crea la *Jurisdicción contencioso-administrativa de Costa Rica*), a fin de detener jurídicamente la desviación de poder o el quebrantamiento del Ordenamiento Jurídico por parte de la Administración Pública. No obstante, hay una cantidad de problemas no solucionables por el proceso contencioso-administrativo y los resueltos resultan a la postre onerosos, (por pérdida de tiempo y de dinero) para el administrado y la propia Administración Pública. De ahí que se haga necesario, entonces, crear en Costa Rica un órgano que se sitúa fuera de la Administración Pública, con capacidad jurídica de poder controlarla en su actividad legal.

En esa hipótesis, la calidad de órgano público es innegable por los fines que va a cumplir: vigilancia del quehacer administrativo, y su encuadramiento en la legalidad, además de que su denominación salario y personal debe inscribirse dentro del Derecho Público.

Sus decisiones no serían susceptibles de un recurso administrativo, jerárquico o de tutela. Tampoco sería un órgano jurisdiccional por cuanto sus decisiones no tendrán la autoridad de cosa juzgada. De modo que vendría a ser un ente *sui generis*, lo que nos enfrenta a varios problemas a considerar en el desarrollo de la institución y que serán resueltas lacónicamente en la forma siguiente.

En primer término, no es posible establecer recursos contencioso-administrativos contra las decisiones dictadas por el Ombudsman, por lo que es aplicable a sus decisiones, la teoría de los actos de gobierno o actos de derecho público no sometidos al derecho contencioso-administrativo (art. 7 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Creemos que sus resoluciones y dada la calidad de la función que ha de cumplir, no debe ser revisada por los órganos jurisdiccionales; el sentido de la institución aconseja una resolución pronta de las cuestiones que le son sometidas a su decisión. Sin embargo, para llegar a una fórmula acorde con la doctrina moderna de inclusión de la responsabilidad aún en los denominados históricamente actos de gobierno o políticos, (artículo citado supra), es posible solicitar indemnización de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar las decisiones y actuaciones del Ombudsman cuando actúe en ese carácter; la razón es sencilla, por ser órgano público es un representante del Estado, y este debe indemnizar a los afectados con motivo de los actos que realizan sus representantes, (doctrinas de la culpa in eligendo o culpa objetiva, falta de servicio o falta de servicio público).

II. NECESIDAD DE SU CREACION EN COSTA RICA

La importancia de su creación en Costa Rica es según lo ya expresado en la primera parte, fundamentalmente la protección del particular contra la potestad pública, punto de partida de la mayor parte de los estudios en favor del establecimiento del Ombudsman. La potestad pública interviene cada vez más en la vida social. El estado de cosas en el cual se vive actualmente entraña una más vasta gestión de los intereses colectivos por la Administración Pública, que produce inexorablemente un aumento de los deberes del Estado.

El número de leyes y reglamentos a los cuales el particular debe obedecer crece sin cesar y el número de los funcionarios crece también a una velocidad incalculable. Esta evolución que se puede señalar en todos los países del mundo no es extraña a Costa Rica. De ahí se sigue, que el particular ha perdido la idea general que él tenía de las actividades de la Administración. Para él es difícil encontrar nítida la función administrativa, la abundancia en la prestación de servicios públicos y su deshumanización. El adagio de que "*nadie puede ignorar la ley debidamente publicada*", ha sido superado en la práctica y queda como una verdad legal o formal, nada más. A fuerza y medida, que la potestad pública multiplica sus intervenciones, que se hacen más intensas, los contactos entre ellos y el particular son más frecuentes y necesitan por ende que su comportamiento sea leal, adecuado y sobre todo *legal*. Todo ello ha aumentado la necesidad de protección jurídica para el particular. Aquella se ha desarrollado al mismo tiempo que la intensificación de las intervenciones de la potestad pública en ciertos de sus importantes dominios de acción; por el contrario, en otros dominios ella no ha seguido esta evolución.

Esto es un tanto más gravoso por cuanto la Asamblea Legislativa no tiene la posibilidad de ejercer convenientemente su poder de control. Ni aún la propia Contraloría General de la República, su órgano auxiliar, tiene los recursos materiales, humanos y jurídicos, necesarios para la fiscalización de las finanzas públicas. La extensión de los deberes de la potestad pública de una parte y el ineficaz control de la Asamblea Legislativa por otra, explica esta importancia relativa. Se ensaya mejorar la protección de los particulares completando en primer lugar los medios existentes. Verbigracia: mejoramiento de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ampliación de los controles financieros de la Contraloría General de la República, reglamentación y control de las sociedades anónimas de capital estatal, etc.

A pesar de lo expuesto, habrá casos en que ni la jurisdicción constitucional, *Habeas Corpus*, Recurso de Amparo, como se expuso al inicio, ni las investigaciones parlamentarias, ni siquiera las judiciales (Recurso Jurisdiccionales Contencioso-Administrativos), menos las administrativas (Recurso Administrativo), puedan llenar satisfactoriamente el deseado control jurídico. Subsistirán siempre casos de intervención de la potestad pública sobre los particulares contra los cuales

no será posible aplicar los medios legales que existen actualmente en Costa Rica.

Los recursos administrativos a menudo no están en capacidad de ofrecer una solución, por cuanto estas formas jurídicas tienden a tutelar un derecho subjetivo o un interés legítimo vulnerado por un acto o disposición administrativa, y tienen un fin concreto: indemnización de daños y perjuicios, acordar una licencia, anulación de un nombramiento o de una adjudicación de obra o servicio público. Por lo demás, los recursos administrativos y contencioso-administrativos están limitados por ciertos principios, que evidentemente no se aplican al Ombudsman. Así tenemos el agotamiento de la vía administrativa, fianza de costas, patrocinio de abogado, lentitud del procedimiento, etc.

Conforme a nuestro sistema montesquiano de división de poderes, los Tribunales de Justicia están impedidos para juzgar sobre la legislación existente; el deber del Juez es resolver el litigio aún con base en normas que él considera injustas. El Ombudsman podría juzgar la legislación existente, diciendo cuáles lagunas deben ser llenadas por medio de reglas formales, cuáles han caído en desuso, cuáles deben ser cambiadas, etc. Aunque tal juzgamiento no puede ayudar inmediatamente a las partes, sería importante para mejorar la legislación futura.

Y, tampoco puede subestimarse el efecto preventivo del Ombudsman.

Ninguna instancia de la potestad pública, ningún funcionario que-rrá ser exhibido por el Ombudsman públicamente, en razón de su comportamiento incorrecto o negligente. Finalmente el Ombudsman puede ser útil, informando al público, por ejemplo, indicando cuál es la protección jurídica más adecuada contra los actos concretos de la potestad pública. En conclusión, la protección jurídica que no puede ser ofrecida por una jurisdicción o por los recursos administrativos actuales, contendrá siempre lagunas que no podrán ser llenadas por una extensión del sistema.

La introducción de la institución del Ombudsman podría contribuir a llenarlas. Basta para ello el interés que la Administración Pública sea eficiente. Esa eficiencia es de interés público, pues el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, es garantía de la paz social en un Estado de Derecho que presupone no solamente que este imponga normas, sino también, que el propio Estado se encuentra sujeto a ellas; y es que, para efectos didácticos se establece una jerarquía normativa en Costa Rica, pero lo cierto es que vale tanto como norma jurídica desde el punto de vista de su obligatoriedad tanto la ley como el reglamento.

En ese sentido la Administración Pública va a ser controlada por los destinatarios de sus normas, pero como todos no podemos pretender iniciar querellas por separado, se creará un órgano imparcial, ajeno e independiente de la administración que va a canalizar seriamente las inquietudes, malestares y corregirá en último término los vicios, las malas prácticas y ante todo lo ineficiencia administrativa. Con esos postulados es bien claro que los beneficios serán para el país en general.

Téngase presente que será en síntesis un control de la tarea administrativa ejercida por la sociedad a través de un personaje jurídico independiente, con amplios poderes de fiscalización; de ahí el nombre de "Mediador" que se ha adaptado en Francia al Ombudsman, ya que es un mediador entre la Administración Pública y el administrado.

Para concluir diremos que las objeciones que se hacen al establecimiento de la institución, podría resumirlas así: ciertos autores dudam que sea necesario introducir una nueva institución para un mejoramiento de la protección jurídica. Otros consideran que es difícil encontrar una persona suficientemente apta para llenar esta función tan delicada, y que existe peligro en la introducción de un Ombudsman Parlamentario porque viene a debilitar el control ejercido por el Parlamento; igualmente, que esta función sería muy abrumadora para un solo hombre. Otros piensan que existe una insuficiencia de garantías contra las decisiones erróneas dictadas por un solo órgano, el Ombudsman, contra personas que pensaron y actuaron de la mejor forma posible.

Ninguna de esas objeciones son determinantes para impedir la introducción del Ombudsman en Costa Rica, porque son lógicamente superables.

Así es el temor a la burocratización de la institución y con ello a su exigua o ninguna efectividad en el ámbito de la protección, lo que denota un temor a la implantación de un contralor de las deficiencias de la Administración. Pese a ello es innegable que si existe la posibilidad de acudir a un personaje que, por definición y principio, se encuentre con poderes de decisión investigativa, cumpliendo una función socio-jurídico determinada, y sobre todo manteniendo un prestigio innegable merced a su labor y a su eficiencia, es posible que los ciudadanos acudan ante él para denunciar las fallas de un aparato que por principio es fuerte, poderoso y completo. El solo hecho de tener el país una institución que controle a los funcionarios públicos, simples depositarios del poder político-administrativo, es *per se* una base para la creación e implantación en el marco constitucional costarricense. Máxime que existe la experiencia de su eficacia en países que mantienen una excelente jurisdicción administrativa y un respeto a los Derechos Humanos, como es el caso de Francia. Sea que a pesar del desarrollo que ha alcanzado en lo que dice a la protección jurídica del ciudadano en los planos administrado-Administración, ciudadano-Poder Público, aún así han establecido un mecanismo más para que la ecuación individuo-Estado, prerrogativa-libertad, sea mejor equilibrado en aras del respeto de la ley. Respecto a la imposibilidad de encontrar una persona que llene los cometidos encomendados al Protector u Ombudsman, ello también es fácilmente superable, por cuanto en nuestro país existen grandes hombres que han gozado del respeto de sus conciudadanos por demostrar a lo largo de su carrera judicial, administrativa, parlamentaria, política, etc., una alta dosis de integridad, moralidad y sapiencia. Lo importante es más bien encontrar dentro de esa pléyade de hombres justos, el más indicado y apto para ejercer la

función, que no dudamos es delicada. La tercera conclusión en detrimento de la implantación del Ombudsman estriba en que el Parlamento o Asamblea Legislativa, se debilitaría en una función que le es propia al servir ese máximo poder de contralor del Poder Ejecutivo, función que le corresponde por ser los representantes del pueblo o la Asamblea popular, en síntesis los vigilantes constitucionales de las actuaciones del Poder Ejecutivo. Si observamos nuestra actual Constitución Política, a través de la experiencia legislativa, concluiremos en que el máximo grado de control que ejerce nuestros diputados sobre la Administración Pública, se refiere a dos posibilidades que se han ejercitado con escaso suceso: en primer término cuando la Asamblea considera que ha habido una deficiente gestión de los servicios públicos o bien una malversación de fondos públicos por parte de Ministerios, entes públicos descentralizados o actuaciones del Presidente de la República, han procedido de acuerdo con el artículo 121, inciso 23 de la Constitución Política, a designar comisiones investigadoras con el propósito de evaluar los hechos que motivaron la deficiente, errónea o ilegal actuación de los órganos públicos administrativos. Cuando el problema se presenta a la luz pública, adquiere un matiz escandaloso que obliga a la Asamblea a instalar la comisión con el objeto de ejercer la facultad constitucional de vigilancia del quehacer administrativo. Se da un gran debate a nivel de las sesiones parlamentarias, pero cuando tiene lugar el informe de la comisión parlamentaria, el problema investigado ha perdido actualidad por la lentitud del procedimiento que es propio del sistema parlamentario mundial. De lo cual se concluye que no es cierto el argumento que presupone la pérdida o debilitamiento del control parlamentario. Si tomamos en cuenta que el Ombudsman debe actuar en forma expedita, salta a la vista que será mucho más rápida y por ende más eficaz, que una comisión de investigación de la Asamblea Legislativa.

Pero lo más importante es que de ninguna manera se debilitaría o eliminaría el control parlamentario concretado en investigaciones salidas de su seno, ni mucho menos podría cercenarse la otra función de contralor del Poder Ejecutivo, que se ejerce cuando un Ministro de Estado es llamado al seno de la Asamblea Legislativa para que rinda ante el Plenario, las informaciones que este estime pertinentes. A propósito de este trámite legislativo, que es una copia del sistema parlamentario, aplicado a un régimen unitario y presidencialista como el nuestro, el efecto práctico es nulo, por cuanto las decisiones de censura que eventualmente puede votar la Asamblea Legislativa, son meramente morales, y no políticas. En este sentido, en un régimen parlamentario puro, (Inglaterra, Francia, Holanda), el voto de censura produce la consecuencia inmediata de la dimisión del Ministro considerado.

En Costa Rica hemos visto que se han producido varios acuerdos de censura y el Ministro permanece en su puesto, por cuanto él depende única y exclusivamente del Presidente de la República, quien tiene la plena libertad de designarlo y removerlo y por ende de mantenerlo aún en caso de una censura parlamentaria.

En lo que respecta a la idea esbozada por los detractores de la Institución del Ombudsman, de que esa función es abrumadora para un solo hombre, contesto que ello dependerá por supuesto de los medios previos que se establezcan para que las denuncias sin fundamento sean rechazadas *ad portas* la rapidez de sus investigaciones, y el otorgamiento de un personal idóneo para coadyuvar en su labor. Aclaro que se deberá nombrar un adjunto o colaborador inmediato y un equipo investigador, pero que estarán supeditados al Ombudsman jerárquicamente, de manera que podrá actuar únicamente en ausencia temporal del titular o por delegación expresa. Por lo demás el adjunto será el encargado de la administración del personal y de todo lo necesario para su debido funcionamiento administrativo. En síntesis no habrá dos Ombudsman, uno suplente y otro titular, habrá uno solo, quien tendrá concentrado todo el poder de decisión y mando, y solamente en su ausencia temporal, (salud, vacaciones, viajes, etc.), podría actuar su adjunto.

En cuanto a la posibilidad de que un funcionario sea injustamente encausado por el Ombudsman, creemos que siendo una institución jurídica pero encarnada por hombres, esa posibilidad no puede ser destacada. Ante esa situación y si el perjuicio es real, debe aplicarse como ya se dijo, la teoría de la responsabilidad estatal con motivo de actos y actuaciones de sus funcionarios, y eventualmente el funcionario afectado podría demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa daños y perjuicios. Por lo demás es obvio que deberá plasmarse en la Constitución Política la creación del Ombudsman. Esto es, no deberá tener su origen en la ley sino en la propia Carta Fundamental, a modo de órgano constitucional independiente. Ahí, deberá insertarse quién será el que lo designe, cuáles y por cuánto tiempo ejercerá sus atribuciones generales: la obligación para el Poder Legislativo de aprobar un proyecto suficiente para la realización de sus funciones, presupuesto que deberá ser elaborado por el propio Ombudsman y sólo modificable por una mayoría calificada de los diputados que integran la Asamblea Legislativa. Con esto obviamente se le daría independencia económica aunque creemos que no debe fijársele un porcentaje fijo.

Teniendo a la vista los dos tipos de actividad que realizará, —protección de los derechos humanos y control de la Administración Pública—, debe proveerse al Ombudsman de un mecanismo jurídico que suspenda automáticamente las decisiones del Poder Público cuando cometan un abuso en la esfera de las libertades públicas. Por ejemplo, detención arbitraria, clausura de periódicos, establecimientos comerciales, etc. No creemos lo propio en materia de actos o disposiciones administrativas aún cuando estas sean lesivas de los derechos del administrado. Podría, por supuesto, ejercer su influencia (Magistratura de influencia) para que el funcionario público revoque, retire, o anule el acto o disposición administrativa ilegal, pero la decisión de suspensión que quiebra el principio de ejecutoriedad de los actos y disposiciones

administrativas debe mantenerse aún cuando exista una denuncia ante el Ombudsman.

III. EL OMBUDSMAN EN DERECHO COMPARADO

Ahora examinaremos sumariamente y referido a ciertos países, cómo la institución ha sido implantada y cómo ha operado en el ámbito de cada realidad normativa. Concluiré con una referencia bibliográfica sobre el tema.

SUECIA:

Introducción

Aún cuando se le haya dado el significado y la competencia de Contralor o bien de Representante (de trabajadores por ejemplo); así mismo se han creado en Suecia, Antitrust o antimonopolios (su tarea es perseguir la correcta aplicación de las leyes para proteger la libre concurrencia) o puede inclusive significar la protección de los consumidores. Estos no son parlamentarios (electos por la Asamblea Nacional) sino que son designados por el Gobierno. Estos últimos tienen también a proteger contra la publicidad falsa, los comerciantes inescrupulosos o el libre mercado de bienes y servicios. Reciben denuncias del público, con el propósito de evitar acciones judiciales.

Historia:

El Ombudsman Parlamentario se creó en 1819 y de ahí el origen de la Institución. Antes de éste año existían en Suecia funcionarios del Rey, que eran una especie de Procuradores Administrativos, con el objeto de controlar a los jueces y a la Administración. Uno de estos funcionarios fue llamado al inicio "*Supremo Ombudsman*", a otro luego se le llamaría "*Canciller de Justicia*". En el Siglo XVIII el Poder Real es débil y el Parlamento fuerte, por lo cual era el Parlamento quien lo designaba. En 1872 será nuevamente el Rey quien lo designe.

Posteriormente en la Constitución de 1919 se busca un equilibrio con base en la experiencia histórica, por lo que se establece que el Ombudsman será electo por el Parlamento pero tendrá los mismos poderes del Canciller de Justicia, y se le denomina Ombudsman Judicial o para controlar la justicia.

De este modo el control se dirige no solamente a la Administración Pública sino también a las Cortes de Justicia. De esta influencia participará Finlandia.

En 1915 se crea un Ombudsman Militar que controlará la armada y la marina. En 1968 se establece una reforma la cual al reorganizarse la Administración Pública la función de los tres ombudsmen principales que existen se especializa y se dividen los asuntos entre ellos. En 1909 era una persona, de 1915 a 1968 eran dos, y a partir de 1968 son tres con una Secretaría común.

Se establece un control severo sobre los jueces y los funcionarios públicos. En Suecia existe el principio general de que todos los documentos de la Administración Pública son públicos. Para que un documento sea considerado secreto es necesario una ley especial que lo declare. Pero se ha interpretado que no todos los folios que forman un expediente son públicos, únicamente los documentos finales; es decir lo que en Derecho Administrativo podrían denominarse actos preparatorios (consultas, peritajes, dictámenes) no son objeto de examen por el público, solamente el acto final que se ejecutará y que produce eventualmente perjuicio en la esfera jurídica del administrado.

Modo de Designación:

Los tres son electos por el Parlamento (Reistag) por un período de cuatro años¹, la elección es en forma indirecta, de esta manera: un grupo de electores formado por 48 personas eligen los tres Ombudsmen. El Gobierno no tiene ninguna participación. Son independientes después de la elección. Al tener rango constitucional, el Parlamento lo único que ha elaborado es la instrucción general de su actividad.

Controlan no solamente la actividad del Presidente de la República sino todas las actividades administrativas y judiciales. Reciben acusaciones de los ciudadanos en forma personal o por cartas y se les veda la posibilidad de querellarse a los funcionarios de la Administración Pública. A veces ocurre que tanto el Ombudsman como el Canciller de Justicia, se encuentran estudiando la misma denuncia, ello es posible pero no frecuente.

En Suecia, el juez puede ser perseguido por un mal juzgamiento; no existe el Recurso de Revisión ni la separación de poderes.

El Ombudsman tiene derecho a presentarse a las deliberaciones de los órganos administrativos pero no interviene en las decisiones dictadas por los Tribunales Jurisdiccionales. Puede actuar enviando una comunicación escrita al funcionario negligente, en el caso de las deliberaciones de los órganos administrativos, así mismo demandar al Estado por daños y perjuicios cuando exista una falta de servicio. Controla la administración de la justicia en su organización y funcionamiento. Los jueces deben enviar y evacuar las consultas que les formule el Ombudsman. Si se constata la falta de servicio, de inmediato

¹ Excepto el Canciller de Justicia, el cual es nombrado por el Presidente de la República, de ahí su independencia con respecto al Parlamento.

el Ombudsman envía una carta al jefe del servicio para que tome las medidas disciplinarias correspondientes.

En Suecia, nunca se ha nombrado una persona política, solamente juristas eminentes, miembros eso sí del Partido Social Demócrata, que gobernó por cincuenta años.

Su cargo es vitalicio.

Los tres Ombudsmen se encargan de funciones civiles, militares y de justicia.

Al miembro del Parlamento, cualquiera que sea, puede llamarse la atención como simple ciudadano. Son Jueces de amplia experiencia y gozan de gran reputación. La actitud política del ciudadano no se cuestiona. Los asistentes son juristas también, en una población de 8.000.000 de habitantes se busca la seguridad legal.

El Ombudsman se dirige al funcionario y nunca hacia las personas privadas. Al respecto debe señalarse que en Dinamarca los Ministros están bajo el control del Ombudsman.

Sus informes pueden dar lugar a un debate en la Cámara.

En cuanto a su remuneración debe decirse que es pagado por el Reistag, por medio de un presupuesto especial.

Y en lo referente a su competencia consiste en la vigilancia de las autoridades y funcionarios públicos, en 1957 se extendió a los funcionarios comunales.

FINLANDIA:

En la Constitución actual, en el artículo 49 se crean disposiciones que regulan la sustitución del Ombudsman, por ejemplo es electo sin debate por los miembros del Parlamento, mitad más uno de los votos de los congresistas, por un período de cuatro años. Se hacen tres elecciones y en la tercera se elige por mayoría simple; debe ser un jurista renombrado.

Su salario es el mismo que el del Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Tiene un adjunto o Sub-jefe, electo al igual que él por un período de cuatro años, aquel diligencia los expedientes que el Ombudsman titular le delegue; sin embargo puede decidir una vez que se le ha entregado la respectiva denuncia, si continua o no con la investigación, verbigracia, si existe una falta grave en el cumplimiento del servicio público.

Controla la administración de la justicia, materia municipal o los miembros del gobierno, jueces; sólo escapa a su control el Presidente de la República.

No ejerce fiscalización sobre las personas privadas.

Las peticiones son dirigidas por los ciudadanos en forma escrita, pero se aceptan denuncias en forma oral. Son rechazados los escritos informales, cartas anónimas o usando un sobrenombre.

Tiene derecho a estudiar todos los expedientes públicos, incluyendo los pendientes ante los Tribunales, aún los documentos secretos.

Las autoridades competentes deben responder a la denuncia en curso ante el Ombudsman. Si existe falta de servicio, puede elevar su querrela personalmente ante los Tribunales ordinarios.

En el informe anual aparece el nombre del funcionario que ha incumplido con sus obligaciones en el servicio público. Este informe se hace público a través de la prensa, la radio y la televisión. Tiene derecho de comunicar al Parlamento sobre las prácticas seguidas por las autoridades en la resolución de las solicitudes administrativas.

La institución existe desde 1920. En Finlandia existe al igual que en Suecia, al lado del Ombudsman, un Canciller de Justicia, nombrado por el Presidente de la República para controlar la administración de la justicia. Es también un medio de las autoridades centrales para controlar a los funcionarios descentralizados. Fue creado en el Siglo XVIII por el Rey Carlos XII.

En la época así llamada de "Las Libertades", cuando el Parlamento sueco gobernaba el país, el Canciller era electo por el citado órgano legislativo. En los años 1807 a 1817, cuando Finlandia se convierte en un ducado de Rusia, bajo los Zares, siguió conservando el régimen jurídico de la época bajo la vigencia política de Suecia. Por ejemplo la Constitución Sueca siguió en vigor. El Zar quiere garantizar los privilegios y ventajas que la Constitución liberal sueca mantenía y no la forma autoritaria. Sin embargo al no haber Parlamento, el Canciller Sueco no podía trabajar en Finlandia, y sus funciones comienzan a ser ejercidas por el denominado Procurador de Justicia, quien controlaría además de la administración de justicia, las autoridades centrales y provinciales.

El representante del Zar Imperial se denominaba Gobernador General a quien el Procurador debía informar cualquier anomalía que encontrara en las actuaciones judiciales y administrativas. Podía acusar al funcionario estatal ante los Tribunales Judiciales al infractor, por negligencia, impericia, imprudencia o falta grave en sus actos públicos. En el Siglo XIX, es incorporada a la Constitución de 1919 luego de alcanzar su independencia después de la Segunda Guerra Mundial, conservándose la función del Canciller de Justicia, pero con el nombre de Procurador. Ello con motivo de la tendencia de los rusos de conquistar el país introduciendo su lengua y su legislación en la administración de Finlandia. En 1922 se dicta un reglamento que establece sus atribuciones y se le restablece nuevamente su nombre de Canciller de Justicia. Es nombrado por el Presidente de la República. Su nombramiento puede ser revocado, circunstancia que nunca ha sucedido por cuanto todos han continuado en su función hasta su retiro o jubilación. Siempre han sido juristas de alta reputación, especialmente se reclutan de los Tribunales de Justicia. La edad es la misma que la que necesita la persona que asuma la Presidencia de la Corte de Casación y su salario igual al de este. Goza de un gran prestigio en la sociedad finlandesa. El Presidente oye la opinión del Gobierno para su designación.

Se ocupa el Ombudsman de la legalidad de aquellas decisiones jurisdiccionales y administrativas pero no de los problemas políticos. Ejerce un control sobre los actos administrativos dictados por el Gobierno, si se dictan sin estar presente, la sesión no es válida.

Tiene por supuesto una gran autoridad y por ende debe ser un jurista por cuanto el Gobierno decide en varios de sus proyectos conforme al criterio del Canciller de Justicia.

FRANCIA:

Introducción

En Francia el Ombudsman ha tomado el nombre de MEDIADOR (Mediateur) luego de una cruenta oposición con motivo de argumentarse que la Jurisdicción Contencioso Administrativa paliaba el control de la Administración Pública.

Su atención comenzó en forma doctrinaria, con artículos publicados en la prensa jurídica, al manifestarse los estudiosos del Derecho Constitucional que la Justicia Administrativa no es suficiente para detener todos los abusos que la Administración Pública puede cometer. Se hizo actual el viejo adagio de Montesquieu en el sentido de que "todo aquel que tiene el poder tiende a abusar de él, por lo que es necesario su control". Por lo demás se decía que la Jurisdicción Administrativa no podía ejercerse sin tener legitimación para establecer el correspondiente recurso y que debía referirse a cuestiones de legalidad. Solamente el Mediador podía remediar esa situación en forma efectiva con las disposiciones arbitrarias o abusos de la Administración a propósito por ejemplo de la prensa escrita y hablada. Decían que en la práctica cuando sucedía un abuso de poder, la acción judicial era lenta y los gastos procesales enormes. Además sus mecanismos eran deficientes y difíciles para conocerlos, especialmente para el ciudadano común. Así mismo en su favor se estableció un factor importante el psicológico, la lucha del más fuerte contra el más débil haber un equilibrio entre el poder del Estado a través de sus agentes y el ciudadano individual.

M. Poniatoswky, actual Ministro del Interior Francés, había propuesto la creación de un Comisario Parlamentario, que iba en el mismo sentido que el Ombudsman Inglés, es decir ser un Contralor del Parlamento del accionar administrativo. En Enero de 1972 presenta un proyecto de ley para crear un Ombudsman, y viene a convertirse en Ley el 3 de Enero de 1973, con el nombre de *Mediador*.

Estatuto

Será designado por el Presidente de la República por decreto en Consejo de Ministros por seis años, no siendo renovable o no pudiendo ser reelecto. Es un periodo largo pero limitado. Sin embargo la auto-

ridad que lo nombre no puede poner fin a sus funciones antes de la expiración del plazo de seis años; aquel no puede más que perder sus atribuciones cuando haya impedimento debidamente constatado por un Órgano Colegiado formado por tres altos magistrados, el Vice-Presidente del Consejo de Estado, el Presidente de la Sala de Casación y el Presidente de la Corte de Cuentas.

Para asegurar su competencia se acogió como primer mediador a M. Antoine Pinay, un político intachable, alto funcionario de diversos gobiernos así como hombre parlamentario. Se dice que antes que la ley hubiese sido votada su nombre ya se conocía. En Inglaterra antes de ser votada la ley ya el Comisionado Parlamentario había sido nombrado.

Ciertas disposiciones aseguran la independencia del Mediador, así, en el límite de sus atribuciones no debe recibir instrucciones de ninguna autoridad. Por otra parte no puede ser perseguido, arrestado, detenido o juzgado con motivo de las opiniones que emita o de actos que realice en el ejercicio de sus funciones. Dentro de sus incompatibilidades tenemos: no puede ser parlamentario, ni electo en una Municipalidad, salvo que cuando hubiere sido designado, ya había sido electo popularmente. El Parlamento vota los recursos económicos necesarios para su funcionamiento y la Corte de Cuentas ejerce un control sobre esas partidas, pero solamente es un control posterior. Sus agentes o colaboradores gozan de esa misma independencia.

Funciones del Mediador

Son de tres órdenes:

- a) Recibe en ciertas condiciones las reclamaciones concernientes a la Administración del Estado, entendiéndose como tales: los establecimientos públicos y todo órgano encargado de una misión de servicio público. Excluye las empresas públicas que no generan un servicio público de acuerdo al sistema público francés, como por ejemplo: bancos, aseguradoras, empresas constructoras de aviones, o material bélico. Todas aquellas deben actuar de acuerdo con la misión de servicio público que les ha sido asignada.

La mala administración se define como ilegalidad o ineficacia del cumplimiento de su misión de servicio público.

- b) Interviene de diferentes maneras para arreglar las diferencias surgidas con las reclamaciones.
- c) Da una cierta publicidad a sus intervenciones o a las observaciones que él ha podido hacer con motivo de sus reclamaciones.
- d) Su competencia, la veremos seguidamente en forma más amplia.

Competencia

Tiene un cierto número de limitaciones.

- 1º No puede iniciar *ex-officio* un asunto, debe esperar que la reclamación le sea dirigida en las condiciones que se verán infra.

- 2º La reclamación no puede ser más que individual, emanando de una persona física. Las personas morales no pueden denunciar (asociaciones, sindicatos, colegios profesionales, etc.).
- 3º Los funcionarios o agentes públicos de las colectividades públicas no pueden dirigirse al Mediador. Se ha interpretado que los jubilados al no estar en relación de jerarquía sí lo pueden hacer.
- 4º No puede reclamarse respecto de otros órganos no administrativos, por ejemplo órganos legislativos o jurisdiccionales.
- 5º El Mediador no puede intervenir en un proceso pendiente delante de una jurisdicción, ni criticar una sentencia. Respecto a la posibilidad que tienen los agentes públicos de dirigirse al Mediador se ha interpretado que si bien formalmente y de acuerdo a la ley él debe rechazar el recurso, también es cierto que puede examinar el fondo de la querrela y establecer en toda suerte si ha habido abuso en el cumplimiento de la misión de servicio público que se le encomendó al órgano estatal.

Procedimiento

Están inspirados en su precedente británico; la reclamación debe ser dirigida a un Diputado o a un Senador. Este no está obligado a tramitar al Mediador y no lo hace si él considera que no merece su intervención o que no está dentro de la competencia del Mediador. Es un filtro y tiende a reforzar el control de parte del Parlamento de la función administrativa. La reclamación no interrumpe el plazo de los recursos administrativos o contencioso administrativos que el interesado hubiere interpuesto en vía administrativa o jurisdiccional. Téngase presente que el Mediador no puede intervenir cuando un litigio pendiente (Artículo 11 de la Ley de Creación de Mediador).

Medios de Acción

1) Cuando existe una reclamación que le parece justificada, luego de ser enviada por medio de un Diputado o Senador, el Mediador puede hacer todas las recomendaciones que le parezcan necesarias para arreglar las dificultades o la deficiencia administrativa. Puede igualmente emitir proposiciones tendientes a mejorar el funcionamiento del organismo público considerado. El Mediador debe ser informado del resultado de su recomendación. A falta de respuesta o si la respuesta es insuficiente, puede en un plazo fijado por él mismo, hacer públicas sus recomendaciones bajo forma de un *informe especial*. Otro poder importante es el de iniciar en defecto de la autoridad competente un *procedimiento disciplinario* contra todo agente responsable. Puede establecer una querrela ante la jurisdicción represiva. Finalmente presenta cada año ante el Presidente de la República y el Parlamento un informe que es objeto de *publicación*. Al 1º de abril de 1973, en nueve

meses de creación del Mediador, se recibieron 1603 querellas, sea un promedio de 178 por mes; 67 fueron dirigidas a los Senadores y 1427 a los Diputados. Se declararon 64 inconducentes, 78 justificadas parcialmente justificadas, 70 fundadas, 287 rechazadas de plano y 63 en curso de procedimiento. Se refirieron a materia financiera, social, fiscal, habitacional, construcción, expropiaciones, planificación urbana, población, etc.¹ muchas de las reclamaciones fueron solicitudes de informes.

2) Fuera del personal que es nombrado por él, por la duración de su mandato, tiene diferentes medios de acción, en primer lugar tiene derecho de obtener que su tarea sea facilitada por las autoridades públicas. Los Ministros y todas las autoridades deben a este efecto autorizar a sus agentes a responder las cuestiones y eventualmente a las convocatorias que realice el Mediador.

Puede igualmente solicitar al Vice-Presidente del Consejo de Estado y al Primer Presidente de la Corte de Cuentas (Contraloría General de la República en Costa Rica) que efectúen por cuenta de él investigaciones. Puede finalmente solicitar a todo Ministro o Autoridad de darle comunicación de los documentos o expedientes, aún secretos o confidenciales, concernientes al asunto del cual investiga. Solamente el secreto de la defensa nacional, de la seguridad del Estado, o de la política exterior puede serle negada. Sin embargo no debe mencionar la identidad de las personas que aparecen citadas en esos documentos.

INGLATERRA

Desde el primero de abril de 1967 existe el Ombudsman y ha adoptado el nombre de *Comisionario Parlamentario para la Administración* (*Parliamentary Commissioner*).

Antiguamente, si un ciudadano se encontraba lesionado por el Gobierno, se dirigía a un diputado quien elevaba la petición al Ministro respectivo para que respondiera; pero podía ocurrir que si el diputado era miembro de la mayoría parlamentaria y por lo tanto del Partido del gobierno, la petición del ciudadano no se elevaba a la Administración; por el contrario si era de minoría, el Ministro se negaba a contestar. No existe costumbre ni norma jurídica constitucional (en Inglaterra no existe Constitución escrita formal como la nuestra), que obligue ni al diputado a acoger la petición, ni al Gobierno por medio de sus Ministros a contestar; por ello el sistema no satisfacía.

Ante esta situación, se creó el *Comisionario Parlamentario*, que es nombrado por la Reina previa consulta con el Primer Ministro, en la misma forma en que son designados los Jueces Superiores en Inglaterra.

¹ "La Documentación Francesa". Empremeries Demis, 7 Rue Saint Benoit.

Tiene un salario de 8.600 libras esterlinas al año, que viene a ser igual al salario de un Juez de un alta Corte de Justicia.

Su nombramiento no puede ser revocado y se puede jubilar a los 65 años, salvo si está enfermo mental o físicamente.

El primer Comisionario Parlamentario fue Edmond Courton, antiguo director de Finanzas Públicas, no es jurista, estuvo en el cargo durante cinco años. El segundo fue Alain Male, que tampoco es jurista sino un alto funcionario administrativo.

Tiene a su cargo 65 funcionarios y su organización es casi la de un Ministerio.

Todo reclamo ante el Gobierno debe hacerse a través de un diputado (miembro de la Cámara de los Comunes) no de un Lord. Debe ser por escrito y se dirige a la deficiente administración, que no se define pero que involucra lo siguiente: prevención, negligencia, no atención, lentitud, incompetencia, dolo, y arbitrariedad. El ciudadano establece la denuncia contra un acto de la mala administración que le concierne directamente, es decir, debe haber un interés personal en la resolución administrativa. El que demanda debe residir en Gran Bretaña y establecer su recurso dentro del plazo de un año a partir del acto administrativo. Puede ser que el recurso le sea rechazado si el administrado pudo hacerlo ante un órgano judicial (Tribunales de Expropiación, Seguridad Social, Planificación Familiar, etc.). Pero el Comisionario puede admitirlo si lo considera razonable, posteriormente informa al diputado y solicita los expedientes administrativos correspondientes a la vez que confiere audiencia los funcionarios del Departamento Gubernamental considerado. El demandante no tiene derecho a ser oído en el procedimiento. La investigación lleva 3, 4 o 6 meses según el asunto; una vez concluida, se envía a los diputados¹. Se establece que si la denuncia ha salido a la luz pública por medio de la publicidad colectiva y la denuncia fuere falsa, puede el demandante ser condenado por difamación.

CANADA - PROVINCIA DE QUEBEC

Preámbulo

Canadá es una confederación formada por diez provincias.

Una de ellas es la Provincia de Quebec, que tiene un núcleo considerable de población francofona (de habla francesa) y en repetidas ocasiones han proclamado su deseo de independizarse. Los acontecimientos del año 1969 (asesinato de un político y secuestro de un súbdito británico), dieron motivo a revueltas estudiantiles y obreras.

¹ Específicamente el Comité Permanente (Selecty Comisión del Parlamento) compuesto de 12 miembros, el presidente es de la minoría representada en la Cámara de Diputados.

El General De Gaulle con motivo de la visita que hiciera en el año 1968 proclamó "la independencia de Quebec y su destino unido a la Francia continental". El Ombudsman se denomina en Quebec Protector de Ciudadanos (Protecteur du Citoyen), cinco de las diez provincias de Canadá lo han adoptado. Quebec lo hizo en el año 1969, copiando el sistema de Nueva Zelandia y del Sistema Danés, con algunos enmendados de la ley y de la evolución del Ombudsman Sueco. Debe tenerse en cuenta que formando parte la Provincia de Quebec de un régimen Federal, la competencia del Protector se encuentra limitada a la Administración Provincial. Además se encuentra organizada en régimen Parlamentario de tipo británico.

Su función se circunscribe al control de las libertades públicas y al control de la Administración Pública.

El Protector tuvo un gran trabajo durante la crisis de octubre de 1970, al protestar contra los métodos policiales de arresto las condiciones de las detenciones adoptadas y los modos de investigación seguidas en ciertos lugares. El llamó la atención del Ministro de Justicia sobre la imprecisión de los criterios que se siguieron para establecer la lista denominada "Número Uno", sobre la cual habían sido inscritos los nombres de sospechosos y que fue la base de la operación de policía durante la crisis de octubre. Forzaron por ejemplo a personas detenidas por simple falta de identificación a esperar algunos días antes de poder justificarse; las fuerzas de la policía no respetaron el derecho de toda persona detenida de ser prontamente informada de los motivos de su arresto o detención, según la Declaración Canadiense de los Derechos de 1960 art. 2 párrafo c. Para obtener la indemnización de las víctimas, el protector debió convencer al Ministro de la necesidad de reconocer una presunción en favor de las personas contra quienes no había acusación alguna, siendo ésta mantenida. El principio de igualdad delante de las cargas públicas que él invocó para justificar la indemnización, sirvió de fundamento a la medida de equidad resarcitoria. En otras ocasiones menos espectaculares que los acontecimientos de octubre de 1970, el protector intervino para defender los derechos del hombre, por ejemplo para defender la internación en recintos no apropiados de enfermos mentales y la detención de mujeres jóvenes, la toma de fotos de manifestantes, el arresto y la detención abusiva de personas etc. En cuanto al control de la Administración, el protector ejerce su control sobre el plano de la legalidad como del pleno contencioso. El primer motivo previsto por la ley de protector del ciudadano es la ausencia de conformidad a la ley. Este motivo se refiere al error de derecho o hecho. Bien que él se haya manifestado en no erigirse como corte de apelación ni de substituir su propio juzgamiento a aquel de la autoridad administrativa considerada, el protector está habilitado, por la ley, a verificar la conformidad de las decisiones que hacen el objeto de recursos, con aquella. Además de ser un juez de equidad el protector está habilitado para ser un guardián de la legalidad. Por ejemplo: recursos relativos a prestaciones previstas por las leyes, ayuda social, asignaciones familiares, habitación familiar, ayuda a los estu-

diantes, permisos necesarios para el desarrollo de actividades privadas (permisos de conducir, de construcción, de comercio e industria) y profesionales (permiso para establecer un establecimiento de educación privada), y del poder complementario de retirar estos permisos por medida disciplinaria.

A pesar de que el ejercicio de las funciones administrativas está sometido sin restricciones al control del protector, el ejercicio de funciones cuasi-judiciales no está sometido, según la ley de su creación, más que a un control del procedimiento, debido a que aquellos son controlados por los tribunales ordinarios. El control pues está limitado al respeto de los derechos de defensa, netamente a la posibilidad para los interesados de tener acceso a los documentos que las concierne, sobre la obligación de motivar las decisiones, que se distingue del control de los motivos y sobre la publicidad de las decisiones. Inclusive puede denunciar la interpretación errónea que un organismo cuasi-judicial pueda dar a un texto de ley. En lo referente al pleno contencioso el protector es llamado a conocer de las querellas tendientes a obtener la reparación de los daños causados por la Administración. Su intervención se limita a examinar la manera cómo el servicio evacúa la reclamación que recibe. Así, en materia de trabajos públicos, fiscaliza que los plazos no se prolonguen, que las investigaciones no se multipliquen, que las cartas no queden sin respuesta etc.

En materia de expropiación, los plazos, las tergiversaciones y los cambios de actitud de la Administración son igualmente objeto de críticas del protector.

Los litigios en cuanto al fondo no los resuelve por cuanto él no tiene poder de decisión; el protector se limita a recomendar soluciones a la Administración. En general es sobre el plano de la equidad, como dijimos supra, que el protector recomienda la indemnización de un perjuicio cometido por la Administración.

Organización de la Institución

1º) Status del Protector:

En cuanto a su nominación es escogido por la Asamblea Nacional, por una mayoría de dos tercios; su duración es de cinco años, bajo presentación del Primer Ministro.

En 1969 fue electo el primer protector por unanimidad, pero en la segunda elección de Mayo de 1974, que tuvo como base los votos del Partido en el Gobierno (102 Diputados) y sólo ocho en contra de la oposición.

2º) Reclutamiento

El Derecho Comparado nos muestra que los países escandinavos se han inspirado en dos soluciones directamente opuestas para reclutar al

Ombudsman. Suecia y Finlandia han preferido a la juventud y por ende, la iniciativa al comenzar su carrera y un término de función muy leve para evitar la burocratización de la institución. Al contrario Dinamarca y Noruega han escogido juristas de bastante edad siendo su mandato de larga duración. En Quebec los escogidos son de edad media y ello debido a que después de dos decenios, una evolución socio-política muy rápida ha hecho que los puestos de responsabilidad sean ocupados por personas generalmente más jóvenes que en los países europeos. En el artículo 9 de la Ley se indica que la Magistratura es una fuente posible de reclutamiento.

3º) Renovación

El mandato del protector se renueva sin límite. Este aspecto del estatuto del protector es inconveniente desde el punto de vista de su independencia. El deseo de hacer carrera arriesga a veces al protector a moderar su celo crítico frente a la Administración. Sin embargo este peligro encuentra límite en la consistencia misma de la institución. Un Ombudsman que aceptaría su función y no cumpliera con sus obligaciones, trabajaría contra él mismo, al fin de cuentas.

4º) Incompatibilidades. Inmunidades. Obligación al Secreto.

Una incompatibilidad absoluta es la de ocupar cargos federales. Respecto a la inmunidad, ella se le otorga, así como los privilegios de los Jueces de la Corte Superior. Entre las inmunidades citaremos por ejemplo la imposibilidad de dirigir contra él, recurso civil en relación a la publicación de sus informes. Ninguna clase de recurso jurisdiccional puede ser dirigido contra las decisiones del protector.

Así mismo debe jurar no revelar los secretos del servicio público.

5º) Remuneración.

La Asamblea Legislativa fija el salario y se le confiere derecho a la pensión. Su nivel de remuneración, es comparable con aquel de un alto funcionario o de un Juez de la Corte Superior, se estima que es de \$ 30.000.00 al año.

6º) Cesación de Funciones.

Puede dimitir en cualquier tiempo. También ser sustituido por la Asamblea Nacional en la misma mayoría que aquella en que fue nombrado. Supone una irresponsabilidad completa. Salvo una contravención a los juramentos a los cuales es tenido por ley. "Allegance et d' office".

7º) Personal.

El personal del Protector tiene un estatuto diferente al de él.

Su adjunto tiene un estatuto especial. Para su designación es necesario la recomendación del Protector. El Gobierno lo nombra a diferencia del titular, que lo es por la Asamblea Nacional. El resto del personal lo nombra el Protector, y así mismo, pueden ser destituidos por recomendación del Protector.

El Protector y su adjunto, están fuera del Estatuto del Servicio Civil o Función Pública, tienen un ordenamiento que organiza la función en forma diversa a los demás funcionarios del Estado.

Funcionamiento de la Institución

Su competencia es amplia, pero no es general, es decir, es una competencia de atribución. Se excluyen de su control las autoridades políticas y judiciales. Sólo controla las autoridades administrativas que dependen directamente del Gobierno Provincial o de uno de sus Ministerios u Organismos.

Las relaciones de trabajo al interior de la función pública están excluidas del control del Protector.

De manera general la competencia del Protector es subsidiaria: no es competente más que en defecto de una apelación o de un recurso igualmente adecuado. Tienen los administrados un año para presentar su querrela y se les exige interés personal suficiente.

El primer Ombudsman de la Provincia de Quebec, le ha dado una mayor extensión a su competencia. Por ejemplo él ha interpretado que si un decreto administrativo es intocable y si su promulgación está al abrigo de toda investigación, las circunstancias en las cuales ha sido elaborada y adoptada la reglamentación pueden ser objeto de examen. En síntesis él puede controlar el procedimiento seguido y no el fondo de la decisión administrativa, por analogía a su competencia relativa a las funciones cuasi-judiciales de la Administración, comentadas supra.

Así mismo en materia judicial, él ha indicado que no tiene competencia para criticar o elaborar una sentencia judicial, sin embargo ha intervenido en materia de inculpaciones de quiebras fraudulentas, plazos para instruir los procesos criminales, responsabilidades por inculpaciones seguidas de sobreseimientos, depósitos voluntarios de salarios, sueldos o prendas en las oficinas judiciales. Se excluyen los actos de los Tribunales de Administración Penitenciaria. Sin embargo ejerce su control con motivo de visitas a las prisiones, que le permiten descubrir casos de detenciones abusivas, condiciones de higiene, alimentación y salud de los presos. Seguido de esas visitas, informa a la opinión pública del respeto mínimo debido a la persona del detenido tanto desde el punto de vista físico como psicológico y social.

Frente a la Administración, el primer informe del Protector, ha interpretado que él puede vigilar las cuestiones referentes a la organización del trabajo en la función pública, las relaciones jerárquicas y la división del trabajo. Así mismo, el estatuto del personal, a saber,

el ejercicio de las condiciones de entrada a la función pública, de clasificación de puestos, nombramientos, etc.

Su control presenta largamente el aspecto de un vigilante de la actividad de la Administración en general y sobrepasa pues, el cuadro de la censura del acto administrativo.

Como habíamos señalado, un límite a la competencia del Protector relativamente a la Administración resulta de la existencia de un recurso igualmente adecuado. Sin embargo, él mismo ha interpretado que el Ombudsman es juez de su propia competencia. El ha considerado como recurso adecuado los recursos especiales de carácter administrativo llevados delante de un Tribunal *Ad-Hoc*, por oposición a los recursos de derecho común.

Utilizando la expresión acto administrativo, el Protector ha expresado "Yo no hablo de acto, sino yo entiendo evidentemente por ello también, la acción que la omisión"¹.

En suma la competencia del Protector de Quebec como aquella del Mediador Francés, se ejerce sobre el funcionamiento de la Administración más bien que sobre los actos administrativos cuyo control depende de los Tribunales ordinarios. El Protector es un medio complementario de control. El no está en concurrencia con los Tribunales, salvo en la medida donde la interpretación de un recurso igualmente adecuado puede haber, en la mejor hipótesis, un efecto preventivo sobre las soluciones jurisdiccionales de los litigios.

Medios de Acción. Poderes de Investigación.

Tiene los mismos poderes legales que los Comisarios de Investigación. La Comisión de Investigación, juez en derecho público anglosajón, tiene un gran poder inquisitivo que se demostró a propósito del caso Watergate en U.S.A.

Se prevee que el legislador puede hasta delegar sus poderes legislativos en materia federal. Disponen de todos los medios del Poder Judicial, con la excepción de pronunciar decisiones ejecutorias.

Tienen la obligación de hacer un reporte de su investigación, la cual es seguida privadamente. La decisión final con base en las pruebas y las conclusiones del reporte, las puede tomar el Poder Ejecutivo o Legislativo, según el caso.

La Ley prevee que el Protector puede negarse a iniciar una investigación cuando considera que la persona que le demanda hacerlo no tiene un interés personal suficiente o que la investigación es difamatoria, exista mala fe o es inocua de acuerdo a las circunstancias.

Para concluir, como en Dinamarca y a diferencia de Suecia, el poder del Protector de Quebec le permite decir si el asunto debe o no ser objeto de un examen.

¹ Lefebvre Roch, Editor Oficial de Quebec. Informe Anual de M. Morceau, párrafo 55, 1969.

Procedimiento:

Puede ser cualquier ciudadano el que se dirige al Protector, inclusive los diputados, pero debe ser en forma escrita. Sin embargo en 1972 las denuncias recibidas fueron el 54% por carta, el 36% por teléfono y el 10% por los interesados en persona. El Protector y su personal tienen la obligación de ayudar al requirente en la redacción de su querrela. Toda demanda dirigida al protector da lugar a la apertura de un expediente. Cerca de la mitad de las denuncias salen de su competencia: sin embargo tiene el deber de contestar a los interesados en el término de una semana. Debe motivarlo e indicar eventualmente el recurso apropiado. De ahí la labor de información que le da al ciudadano de Quebec.

Luego, dependiendo de las circunstancias de cada caso la institución puede durar, uno, dos, tres o cuatro meses, según si se da audiencia al funcionario, investigaciones, informes, constataciones, verificaciones, excepcionalmente puede oír testigos, etc. Su procedimiento es inquisitorio. El primer protector M. Morceau ha tratado de evitar en lo posible el formalismo. Y ha obtenido que cada Ministerio designe un funcionario de enlace encargado de suministrar los informes necesarios para solucionar casos simples. Cuando estima que los hechos están suficientemente establecidos el protector debe hacer conocer su opinión a la Administración y al querellante. Su opinión puede ser simple o con recomendación.

Poder de recomendación:

Entre las cuatro soluciones posibles a las intervenciones del Ombudsman, se encuentran las siguientes:

- a) informe a la opinión pública;
- b) solicitud de intervención de una jurisdicción ordinaria;
- c) solicitud de intervención a la acción del órgano legislativo; y
- d) reclamación directa a la administración.

El sistema de Quebec tiene las dos últimas. El protector no tiene el poder de acusar en los tribunales a los funcionarios. Tiene la obligación de dirigir cada año un informe a la Asamblea Nacional y agregar informes especiales. El informe anual o general se divide en tres partes: una exposición general sobre las principales cuestiones que dieron lugar a su intervención al lado de la administración, otra presentando un resumen de las querellas, las más frecuentes y las más típicas recibidas por el protector; finalmente, un conjunto de tablas estadísticas relativas a las operaciones del servicio. La suerte de los informes anuales del protector no ha sido oída por el Parlamento.

El Protector debe avisar al superior jerárquico del funcionario reconocido autor de una falta de servicio. Puede agregar una recomendación formal y una solicitud de información sobre las medidas que propone para corregir la falta del funcionario. No es como su homólogo danés, un procurador, un acusador, ni juez ni superior jerárquico. La sustitución de la facultad de crítica a aquella de la acusación es el trazo más característico de la evolución de la institución del Ombudsman en Suecia.

Las estadísticas de los informes del protector denotan una evolución un poco negativa de la institución. En 1970 el protector había hecho 127 recomendaciones formales contra 18 opiniones simples al Ministro de la Justicia, las cifras pasan para 1971 y 1972 a 7 y 31 y 2 y 38, respectivamente. El suceso de la institución no puede medirse en cifras sino en cuanto a la suerte de sus recomendaciones formales. Sin embargo las estadísticas incorporadas al informe anual del Ombudsman no dicen nada respecto a ellas, es una laguna de la ley, indudablemente.

DERECHO NEERLANDES (HOLANDA)

Introducción:

La Institución del Ombudsman no existe actualmente en el Derecho Holandés, es decir que ninguna persona o institución, judicial o administrativa, estudia actualmente denuncias contra las trasgresiones al derecho por parte de la Administración Pública. Sin embargo, en los últimos diez años se ha discutido la posibilidad de introducirlo por lo útil que es en la mayoría de los países. El gobierno ha depositado en 1974 un proyecto de ley para introducir el Ombudsman en Holanda; ha considerado necesario su establecimiento al negar que la solución de los problemas suscitados entre los administradores y la Administración Pública puede ser solucionada con la extensión de la competencia de las Comisiones de las dos Cámaras del Parlamento encargadas de las peticiones o por una mejoría en su procedimiento. Consideró al efecto que el Parlamento está ante todo encargado de legislar y de juzgar los aspectos generales de la política; estas tareas le impiden ocuparse del fondo de las peticiones individuales de los ciudadanos. Por lo demás, los miembros del Parlamento, aún cuando hubiere una mejoración de los métodos de trabajo, no disponen de suficiente tiempo para poder llegar las investigaciones que muchas veces son extensas. Esto fue tan cierto que estadísticamente se presentan más de 300 denuncias ante el Parlamento. Por otra parte, consideró que para el particular no es la instancia ideal frente a la cual podría establecer su queja contra el funcionamiento de la Administración Pública. Eso se debe, al hecho que el Parlamento no es considerado como una unidad sino como un cuerpo heterogéneo formado de diferentes par-

tidos políticos. La ignorancia, la aversión o la desconfianza del particular con respecto a la empresa parlamentaria puede también tener su influencia. Falta en todo caso la dirección precisa donde él podría llevar sus quejas, sea, un obstáculo psicológico. En resumen piensa el Gobierno Holandés que las comisiones encargadas de las peticiones no son los instrumentos más adecuados para resolver amigablemente las denuncias de importancia menor o para resolver rápidamente los casos muy complicados que demandan una investigación compleja. También la especialización en el trabajo lo haría más eficiente así como mayores posibilidades para establecer contactos personales.

Modelo Holandés

Se está con la tesis de que el Ombudsman debe estar al servicio del Parlamento. Se considera que podrá llenar más a fondo su papel de institución de control. Pero deberá guardar su independencia, en este sentido, el Parlamento no podrá encomendarle al Ombudsman un trabajo preciso, simplemente deberá elaborar una instrucción general en cuanto a su trabajo. Por ejemplo el informe anual que deberá hacer el Ombudsman deberá ser objeto de estudio por parte del Parlamento, lo cual implica que está a su servicio. Sin embargo no es un empleado del Parlamento al no existir relación de subordinación. El Ombudsman deberá actuar y juzgar en su propio nombre y con su propia autoridad. Es la sola manera de poder ser un personaje respetado y ganar la confianza de los administrados. El Gobierno Holandés, autor del proyecto, cree necesario que las denuncias deben ser transmitidas por las comisiones encargadas de las peticiones parlamentarias, quienes decidirán en último caso cuáles serán investigadas por el Ombudsman. Es el sistema inglés y francés, a diferencia del de Suecia y Dinamarca. A pesar de los deseos del Gobierno, se discutió en la Cámara de Diputados la posibilidad de que el Ombudsman puede también iniciar de oficio una investigación y que todo particular puede tener derecho a dirigirse directamente a él. Por otra parte, en cuanto a su competencia, el Ombudsman puede criticar la organización de trabajo de un juez pero no puede llevar una investigación si el asunto en cuestión, está o ha estado sometido a un juez del orden judicial o a un órgano de recurso independiente o bien a la Corona. En efecto, se ha considerado que si el Ombudsman se declaraba competente, se suprimiría entonces el sistema de protección jurídica garantizada por el Poder Judicial. Es suficiente pensar en los plazos de los recursos que perderían entonces todo su sentido. Pero se ha creído que el Ombudsman debe indicar al denunciante las vías de recurso existentes; esta obligación de información será muy importante para el ciudadano que debe plantear un recurso administrativo o jurisdiccional contra la Administración Pública. El Ombudsman no podrá modificar un comportamiento de la Potestad Pública o sustituirse a ella, por un comportamiento injusto o ilícito;

para ello podrá informar y recomendar, pero no podrá dictar decisiones con carácter imperativo.

El Gobierno Holandés en su proyecto pretende excluir la obligación que tienen los Ministros de presentarse ante el Ombudsman, la razón es de que no son más que responsables frente al Parlamento.

REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Introducción

Solamente existe un Ombudsman Militar o Delegado Parlamentario a la Defensa, creado en 1957, que vigilará el rearme bélico, los derechos fundamentales de los soldados y los principios democráticos de la estructura interna las fuerzas armadas. Así mismo debe reforzar el control parlamentario del Bundestag (Parlamento) y su comisión de defensa nacional sobre las fuerzas armadas. Ver artículo 45 de la Constitución Federal y la Ley sobre el Delegado Parlamentario a la Defensa del 26 de junio de 1957 (Bundesgesetzblatt I pág. 652). En la práctica las denuncias se han referido a preocupaciones personales de los soldados, ascensos, remuneración, habitación, asistencia social etc., que no tiene más que una relación lejana con los principios democráticos. En 1970 debemos decir que se dirigieron 7.000 denuncias de las cuales solamente un tercio fueron acogidas.

Proponer cambios de leyes, reglamentos, circulares de servicio y de prácticas administrativas; define y precisa cuáles son los principios democráticos de la estructura interna de las fuerzas armadas, a falta de precisión del Bundestag o del Ministro de Defensa. Inevitablemente el Delegado corre el riesgo también de entrar en conflicto político con la mayoría parlamentaria o el Ministro de Defensa sin ser suficientemente sostenido por la oposición.

Requisitos

Debe tener 35 años de edad como mínimo, de nacionalidad alemana, con derecho de voto y un año de servicio militar. No es necesario una formación jurídica. Solamente uno de los cuatro Delegados desde el año 1959, era jurista (Hoogen 1964 - 1969); los otros eran oficiales militares retirados o políticos.

Elección

Mediante escrutinio secreto sin discusión, sobre presentación por los grupos parlamentarios o por la Comisión de Defensa.

Es electo previa nominación del Presidente del Bundestag; por voto mayoritario, lo cual implica que no es necesario un acuerdo con la oposición. Artículo 13 de la Ley.

Su mandato es de cinco años, es decir, un año más que el Bundestag. Podría ser reelecto. Su revocación la hace el Presidente del Bundestag por petición del propio delegado¹ o por petición del Bundestag por mayoría de sus miembros; ello demuestra que el Delegado debe tener la confianza del Parlamento.

Status

No es un funcionario público, sometido a las instituciones o a una disciplina jerárquica más bien es como un Ministro, titular de una función de derecho público. No puede ejercer ninguna otra función remunerada industrial o comercial, profesional, ni tampoco ser parte de la Dirección o del Consejo de Administración de una empresa con fin lucrativo; en igual sentido, ser miembro del Gobierno, del Parlamento, de la Federación de un Estado.

Colaboradores

La Ley prevee asistentes y un funcionario encargado de la dirección del servicio del Delegado. Son nombrados y revocados por petición del propio Delegado dirigida al Presidente del Bundestag a pesar de que son nombrados de por vida.

Competencia

Tiene poder discrecional de ocuparse de un asunto; le viene por las siguientes vías:

- Interesados (3 casos sobre 4 en 1973).
- Un miembro del Parlamento (1 caso sobre 200).
- En ocasión a una visita a una cárcel o guarnición militar (1 caso sobre 30).
- Por la prensa (1 caso sobre 8 en 1973).

Todo soldado puede dirigirse personalmente al Delegado sin pasar por la vía jerárquica y sin tomar el riesgo de ser sancionado o de sufrir una desventaja cualquiera del hecho de su reclamación. Pero el Delegado no podría ocuparse de ninguna investigación sino dentro del marco de su competencia. Para excederse (derechos fundamentales o principios democráticos) necesita autorización especial del Bundestag.

¹ Grolman en 1961; Heye en 1964 en razón de un conflicto político con el Bundestag.



El Delegado tiene la facultad de solicitar al Ministro de la Defensa o directamente (sin pasar por el Ministro del ramo) a todos los subordinados lo siguiente:

- 1º Suministrarle todas las informaciones que solicite.
- 2º Proporcionarle todos los expedientes que conciernen al asunto que investiga. Sin embargo, el Ministro tiene la atribución de invocar que el asunto es ultra secreto, con acto razonado frente a la investigación o Comisión de Defensa.
- 3º Tiene derecho de visitar los servicios administrativos y los establecimientos de las fuerzas armadas sin anunciar su llegada. En 1973 se produjeron 51 visitas en 30 días.

Asimismo la de discutir privadamente con los soldados o sub-oficiales, informándose de la situación en general y al mismo tiempo tener conocimiento de los casos individuales que dependen de su competencia, hacerse conocer en las fuerzas armadas y crear un clima de confianza.

También la de asistir a los debates e interesarse en los expedientes sobre causas penales o disciplinarias. Pero lo que no debe hacer es intervenir para solicitar la aceleración de una instrucción de un proceso. Puede solicitar ayuda en sus investigaciones a todas las autoridades administrativas de la Federación y del Estado.

Procedimiento

Es libre de proceder como él lo juzgue oportuno. La Ley prevee que el nombre del actor no debe ser revelado si aquel lo desea y si no existen normas de derecho que exijan esa revelación. Debe respetar las reglas generales que regulan los procedimientos administrativos que son elaborados por la Jurisprudencia o principios generales del procedimiento administrativo que están en vía de codificación¹.

Poderes

No está autorizado a tomar decisiones por cuanto él no debe sobrepasar los límites del control parlamentario del cual es un instrumento; solamente puede dar recomendaciones que dependerá para su eficacia de su autoridad personal, de la fuerza de sus argumentos, del apoyo que encontrará en el Parlamento, en la comisión de la defensa en el

¹ Ver proyecto de ley concerniente al Procedimiento Administrativo del 23 de marzo de 1973. Bungsatsdrucksache 227/73.

Ministro de Defensa, en la prensa y en el público en general. Invita a la autoridad respectiva a arreglar el asunto de una cierta manera, pero podría llevar el asunto a conocimiento de la autoridad que es competente para abrir un procedimiento disciplinario o penal. El no tiene derecho como lo indica Kraehe² de perseguir penalmente o disciplinariamente al contraventor, como es el caso de Suecia.

Envía informes sobre un caso individual por petición de la Comisión de Defensa. También informa anualmente al Bundestag en forma pública lo que le dá la oportunidad al Delegado de denunciar públicamente los casos en los cuales sus recomendaciones no han sido seguidas. Así como ciertas medidas penales o disciplinarias que en su opinión no son compatibles con los derechos fundamentales o los principios democráticos. Recomienda reformas administrativas o legislativas, es por este medio que inclusive controla al Parlamento.

Puede tener contactos directos con el público y en particular con la prensa, pero debe respetar la naturaleza de la confidencialidad o el secreto de las informaciones que le son encomendadas. Debe dar prioridad en la información al Bundestag y abstenerse de movilizar la opinión pública contra el Parlamento, M. Heye en 1964 así lo hizo y posteriormente solicitó la revocatoria de su nombramiento.

Relación con los otros órganos de control parlamentario

Si la comisión de la Defensa del Bundestag ha iniciado una investigación, ella no puede solicitar al Delegado de ocuparse del mismo asunto.

Un miembro de las fuerzas armadas tiene como todo ciudadano el derecho de dirigir una petición al Bundestag, específicamente a la Comisión de Peticiones sin que ello le impida dirigirse también al Delegado. El Delegado y la Comisión de Peticiones se informarán mutuamente.

Relaciones con los Organos de Control Jurisdiccional

La protección de los miembro de las fuerzas armadas por el Delegado y su protección por los Tribunales son enteramente independientes una de otra. La reclamación dirigida al Delegado no impide el recurso formal.

El Delegado no está protegido por inmunidad ni por inviolabilidad como los miembros del Bunderstag; por ejemplo podría ser perseguido por difamación.

² Revista de Derecho Público 1966, pág. 549.

La U.R.S.S.

La Prokouratura

Una institución semejante aunque no idéntica es la Prokouratura; sistema practicado en la U.R.S.S. y en ciertas democracias populares socialistas. Encontramos Procurador Superior en Hungría, Procurador Federal en Alemania, en Polonia, República Democrática Alemana, Bulgaria, etc. La traducción de Procurador General de la U.R.S.S. puede ser la de Ministerio Público o bien de Procuraduría de acuerdo a nuestro sistema.

Existe a escala federal o estatal, y se le encarga la misión general de controlar la Administración Pública Socialista.

Puede iniciar de oficio la investigación sobre el funcionamiento de los servicios públicos administrativos, o bien puede ser requerida directamente por los interesados. Debe decirse que ella no resuelve por sí sola el litigio, sino que se limita a presentar la denuncia a los Tribunales o bien a ejercer los correspondientes recursos administrativos o jurisdiccionales.

La solución final incumbe al Juez o a la Administración. Los principios de LENIN son la base la organización y de la actividad de los órganos de la Procuraduría en los países socialistas. Se inspiran en su actividad y experiencia de la Procuradora Soviética, teniendo en cuenta las particularidades de cada país. V.I. Lenin ha señalado que su creación es impuesta por la necesidad de establecer "vigilancia suprema de la estricta observación de la legalidad, por la necesidad de aplicar, de manera uniforme, la legalidad en el conjunto del país".

Tiene por fin consolidar la legalidad socialista y de proteger contra todo atentado del régimen social popular del Estado, la propiedad socialista y la ley. Son medidas en vista de proteger los derechos e intereses de los ciudadanos garantizados por la ley, así como los derechos e interés de las instituciones del Estado, de las empresas económicas socialistas y las organizaciones de masa (Sindicatos).

En la U.R.S.S. según los términos del artículo 113 de la Constitución Política anterior corresponde a la Prokouratura "la vigilancia suprema de la estricta ejecución de las leyes por todos los Ministerios y las instituciones de su competencia, lo mismo que los funcionarios, así como los ciudadanos de la U.R.S.S."

Tareas análogas incumben al Procurador General de la República Popular de Polonia en virtud del artículo 54 de su Constitución Política. Para ejercer la vigilancia general, los órganos de la Procuraduría tienen el derecho de solicitar que les sean remitidas la documentación e información necesarias sobre los actos dictados por los diferentes órganos e instituciones administrativas y judiciales. Si constatan una infracción a la legalidad intervienen de diferentes maneras; por ejemplo protestando a propósito de un acto contrario a la ley. Tienen también la posibilidad de meter en causa la responsabilidad de las

personas que han infringido la ley, inclusive pueden protestar contra todos los veredictos y sentencias ilegales o mal fundamentadas de los Tribunales de Justicia.

Ejercen vigilancia en los procedimientos de instrucción y la observación a la legalidad en los lugares de detención.

Las Constituciones establecen también que los Procuradores son independientes de los órganos de la Administración del Estado y de los órganos locales de poder (Municipales). El principio de doble subordinación, que caracteriza los órganos de la Administración de Estado no le son aplicables. Eso asegura la independencia de los procuradores frente a las influencias locales. La implantación de los órganos corresponde a la división administrativa y territorial de cada país. En la mayoría de los países se encuentra un Procurador Militar. El Procurador General es nombrado por el órgano Superior Representativo de los Poderes del Estado por una duración de cinco años (en la U.R.S.S. siete años, en Hungría por seis años). En Polonia el Procurador General es nombrado por el Consejo de Estado; en la República Socialista de Checoslovaquia es designado por el Presidente de la República. Los órganos de la Procuraduría responden de su actividad frente a los órganos superiores representativos de los poderes del Estado, (Soviet Supremo, Asamblea Popular, etc.) y durante los recesos delante del Presidium o el Consejo de Estado.

BIBLIOGRAFIA

- CNANDERNAGOR, Andre. El Ombudsman en Suecia. París 1969. Tesis de Doctorado.
- DESFEUILLES, Henry. Le Pouvoir de Control des Parlements Nordiques. LGDJ, París 1973.
- RIDEAU, Joel. L'Ombudsman, le modèle suédois et ses variantes. La Documentation Française, número 66, 2 abril de 1977.
- BLAGOJVEVIC, Bt. CZACHORSKI, W. INASCO, T. KNAPP, V. KROVTOGOLOV, M.A. SABO, I. TOVMANOV, V.A. Introduction aux Droits Socialistes. Akademica Kado, Budapest 1971.

Obras Generales

- Gille Pépin. Les tribunaux administratifs et la Constitution. Etude des articles 96 à 101 de l'A.A.N.B. Les Presses de l'Université de Montréal, 1969.
- René Dussault. Le contrôle judiciaire de l'administration au Québec, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1969.
- Patrice Garant. La fonction publique canadienne et québécoise, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1973.
- Rapport du Groupe de Travail sur les Tribunaux administratifs Les tribunaux administratifs au Québec, Ministère de la Justice, Québec, (dactylo).

Monografías

- André Legrand. L'Ombudsman scandinave, Etudes comparées sur le contrôle de l'administration, L.G.D.J., París, 1970.
- D.C. Rowat The Ombudsman Plan, Carleton Library, McClelland & Stewart Ltda., 1973.
- Jocelyn Lavoie Le Protecteur du citoyen du Québec, organisation et fonctionnement, Mémoire de D.E.S., París II, 1973, (dactylo).

Artículos

- Marceau L. Le protecteur du citoyen — les Institutions publiques traditionnelles et les tribunaux administratifs, (1970), 30 R. du B. 67.

- Legrand A. Médiateur ou Ombudsman (1973) A.J.D.A., 229.
- Beetz J. Uniformité de la procédure administrative, (1965) 25 R. du B. 244.
- Garant P. Du protecteur du citoyen québécois au médiateur français, (1973) A.J.D.A., 237.
- " La loi du protecteur du citoyen, (1969) 10 C. de D. 189.
- " Le contrôle de l'administration au Québec (1973), 39, Rev. Int. des Sciences administratives, n° 3.
- " La justice administrative au Québec: prise de conscience et défi. (1973) 14, C. de D. 277.
- Dussault, R. Relationship between the Nature of the Acts of the Administration and Judicial Review: Quebec and Canada, (1967) 10 Can. Pub. Adm. Publique du Canada, 298.
- Dussault R. et Bernatvhez R. La fonction publique canadienne et québécoise (1972) 15 Can. Pub. Adm. publique du Canada, 74 et 251.
- Combarnous M. Ombudsman et juge administratif Observations sur les premiers rapports du protecteur du citoyen du Québec, (1972) Bull. de l'I.I.A.P., 660.
- Verrier P. Le Médiateur, (1973) R.D.P., 941.
- Baccigalupo A. Le protecteur du citoyen dans la province de Québec, (1972), Rev. adm. 640.

Documentos

- Le Protecteur du citoyen,
Premier rapport annuel 1969,
Deuxième rapport annuel 1970,
Troisième rapport annuel, 1971,
Quatrième rapport annuel 1972, chez l'Editeur officiel du Québec, Roch Lefebvre.

Bibliografía referida al Ombudsman en derecho neerlandés

- H.H. Kirchheimer. Ombudsman en democratie, Alphen an den Rijn, 1971.
- Nota van de regering betreffende het ombudsman vraagstuk. Gedruckte stukken II. 1968/69, 9925, 2.
- De ombudsman, Rapport van een studiecmissie, ingesteld door de Vereiging voor Administratief Recht. Geschriften van de V.A.R., LII, Haarlem 1964.
- Rapport van de Dr. Wiardi Beckmanstichting. Amsterdam 1963.
- J.G. Steenbeck. De parlementaire ombudsman in Zweden Denemarken en Noorwegen. Haarlem 1963.
- J. Wessel, Burger contra administratie. Den Haag 1969.

Bibliografía General

- Redeker, Notwendigkeit und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten von Parlamentsbeauftragten in Deutschland, Neue Juristische Wochenschrift 1967 p. 1297.

Zwischenbericht der Enquete-Kommission für Fragen der Verfassungsreform. Bundestagsdrucksache VI/3829 (29 septembre 1972), III.

Ebert, Der Ombudsman in Großbritannien (Reihe Recht und Staat Heft 371/72), Tübingen 1968, p. 61.

L'ombudsman militaire

Maurer, Wehrbeauftragter und Parlament (Reihe Recht und Staat Heft 317/318) Tübingen 1965.

Busch, Das Amt des Wehrbeauftragten, Bonn 1969.

Rapport annuel du Délégué (Jahresbericht des Wehrbeauftragten) 1973, Bundestagsdrucksache 7/1765 du 7 mars 1974.

Kraehe, Revue du droit public 1966, p. 545.

INVERSION EXTRANJERA EN AMERICA LATINA

Dr. Mario Carvajal Herrera